

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Armando Albuquerque de Oliveira, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-204-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Democracia. 3. Direitos Políticos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

A publicação “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, ocorrido no dia 8 de julho de 2016, no XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, realizado na Universidade de Brasília entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

O grupo de trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos teve o início das suas atividades no Encontro Nacional do CONPEDI Aracajú, realizado no primeiro semestre de 2015. Naquela ocasião, seus trabalhos foram coordenados pelos Professores Doutores José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e Matheus Felipe de Castro (UFSC). No Congresso Nacional do CONPEDI Belo Horizonte, realizado no segundo semestre deste mesmo ano, coordenaram os trabalhos do Grupo os Professores Doutores José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR), Adriana Campos Silva (UFMG) e Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB). Finalmente, no Encontro Nacional do CONPEDI Brasília, os trabalhos estiveram sob a coordenação dos Professores Doutores Rubéns Beçak (USP), José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Não há dúvidas de que mesmo após a terceira onda de democratização, ocorrida no último quarto do século XX, o mundo se deparou com uma grave crise das instituições da democracia e, por conseguinte, dos direitos políticos, em vários países e em diversos continentes. O atual contexto no qual se encontram as instituições político-jurídicas brasileiras ilustra bem esta crise.

Dessa forma, esta publicação apresenta algumas reflexões acerca das alternativas e proposições concretas que visam o aperfeiçoamento das instituições democráticas e a garantia da efetiva participação dos cidadãos na vida pública. Assim, os trabalhos aqui publicados, sejam de cunho normativo ou empírico, contribuíram de forma relevante para que o GT Teorias da Democracia e Direitos Políticos permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira - UNIPÊ/UEPB

O DESPERTAR DA CIDADANIA INDÍGENA

THE AWAKENING OF CITIZENSHIP INDIGENOUS

Julianne Holder Da Câmara Silva Feijó

Resumo

A cidadania moderna teve que ser ampliada e democratizada de modo a incluir os não-proprietários na reprodução da ordem vigente, dando-lhes participação e pertencimento, funcionando como verdadeira intermediadora de classes, a forma encontrada pela burguesia capitalista de manter o regime dominante sem o risco de uma instabilidade social provocada pela insatisfação dos subalternos. Assim, abordaremos a evolução histórica desse processo de inclusão das minorias culturais brasileiras, e como essa tendência, a partir da Constituição de 88, acabou por dar visibilidade política aos povos indígenas, construindo uma cidadania indígena antes impensável no cenário de exclusão ao qual foram submetidos por séculos.

Palavras-chave: Cidadania, Povos indígenas, Reprodução cultural, Constituição de 1988, Capacidade civil

Abstract/Resumen/Résumé

Modern citizenship had to be expanded and democratised to include non-owners to replicate the existing order, giving them participation and belonging, working as true intermediary classes, the way found by the capitalist bourgeoisie to keep the ruling regime without risk of social instability caused by the dissatisfaction of the subaltern. Thus, we will cover the historical evolution of this process of inclusion of Brazilian cultural minorities, and how this trend, from the Constitution of 88, ended up giving political visibility to indigenous peoples, building an indigenous citizenship before unthinkable in the exclusion scenario which were submitted for centuries.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Citizenship, Indian people, Cultural reproduction, 1988 constitution, Civil capacity

1 INTRODUÇÃO

A cidadania moderna, tal como a compreendemos hoje, foi o resultado de um processo lento e belicoso de reivindicações e reações das classes sociais marginalizadas pelo modo de produção capitalista. Destituídas dos meios de se realizar autonomamente, sem participação política no Estado e na riqueza produzida pelo seu trabalho, restava à classe operária, e demais classes não-proprietárias (os chamados subalternos por ABREU, 2008), se articular na defesa de seus interesses comuns, construindo uma identidade coletiva específica que lograria, ao final de um século, conquistas inimagináveis nos primórdios da revolução industrial.

Dessa forma, a cidadania moderna, cumprindo seu papel de mantenedor da hegemonia capitalista, teve que ser ampliada e democratizada de modo a incluir os subalternos na participação e pertencimento à ordem social vigente, funcionando como verdadeira intermediadora de classes, a forma encontrada pela burguesia capitalista de manter o regime dominante sem o risco de uma instabilidade social provocada pela insatisfação dos subalternos.

Nesse contexto, abordaremos nos próximos capítulos a evolução histórica desse processo de inclusão política, social e econômica dos subalternos e como essa tendência, a partir da Constituição Federal de 88, acabou por dar voz e visibilidade política e social aos povos indígenas, construindo uma cidadania indígena antes impensável no contexto de exclusão e negligência jurídica e social ao qual foram submetidos por cinco séculos de dominação .

2 A CIDADANIA MODERNA E SUA GÊNESE

Passada a era das revoluções (francesa, de 1789, e independência norte-americana, de 1776) e a consagração das liberdades civis e políticas como direitos humanos constitucionalmente assegurados, os temas liberdade, igualdade e fraternidade indicavam uma ideologia idílica e irrealizável frente à miséria e às privações que se abateram sobre a população não-proprietária. Principalmente após o início da revolução industrial, a liberdade burguesa se desenvolvia em desigualdade, ampliando o abismo social existente. A liberdade efetiva e a participação política somente alcançavam os detentores dos meios de se realizar autonomamente.

A cidadania liberal burguesa em sua gênese era essencialmente desigual e excludente: primeiramente porque as liberdades civis, conquistadas após as revoluções liberais do final do sec. XVIII consagravam direitos abstratos que efetivamente não eram

exercidos pela maioria esmagadora da população. Enquanto juridicamente se assegurava à todos uma liberdade, igualando juridicamente os indivíduos, na prática somente quem possuía os meios materiais, econômicos e culturais de se realizar autonomamente é que efetivamente atingia essa liberdade.

Somente os detentores dos meios de produção, capazes de se apropriar da natureza e dos valores produzidos pelo trabalho, é que logravam usufruir de uma liberdade efetiva. O tão proclamado livre-arbítrio somente se tornava realizável para aquele que se encontrava inserido na divisão do trabalho (cada vez mais complexa e concorrencial) possuindo algum valor de troca para intercambiar no mercado. Somente satisfazendo suas necessidades e carências autonomamente poderia o indivíduo se dizer livre.

No entanto, aqueles desprovidos de capital, que só possuem o valor trabalho para ofertar ao mercado como moeda de troca, ficam à mercê da vontade de outro, o capitalista, que se apropria de seu trabalho e do valor por ele produzido, afastando qualquer liberdade pretendida. A satisfação das carências resta comprometida em face das péssimas condições de emprego e salários.

Em segundo lugar, a cidadania liberal burguesa revelava sua característica excludente ao limitar os direitos políticos aos proprietários. A participação política na época se dava por critério censitário, excluindo toda a população não-proprietária de opinar e decidir os destinos do Estado (DELGADO, 2012, Pág. 19-20). O Estado se consolidava, assim, como expressão de uma classe dominante, única a ditar seu destino, mantenedor dos interesses da classe hegemônica, garantindo o livre sistema de trocas e apropriação privada que gerava desigualdade e exclusão.

A coligação de tais fatores, apimentada pela pobreza e privações, não demoraria a resultar na insatisfação social dos marginalizados, que passaram a se articular material, cultural e intelectualmente em reação às desigualdades do sistema, culminando, basicamente, em duas formações ideológicas reacionárias (ABREU. Op. Cit., pag. 162): a socialista, que almejava extirpar qualquer forma de apropriação privada, intentando construir uma nova formação Estatal a partir da destruição do Estado liberal burguês; e a democrática, que, sem destruir a ordem vigente, mantendo o Estado Liberal burguês pretendia democratizá-lo, ampliando a cidadania de modo a incluir nela os subalternos.

Mais cedo ou mais tarde, na grande maioria dos países ocidentais industrializados onde as idéias socialistas não lograram êxito, a proporção tomada pelo movimento operário deu início a um processo de reconhecimento e constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais que, ao lado das liberdades civis e políticas conquistadas com as

revoluções liberais do final do sec. XVIII, ganhavam o status de direitos fundamentais (ditos de segunda dimensão). As Constituições pioneiras nesse processo de constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais foram a mexicana, de 1917, e a alemã (Weimar), de 1919.

Entretanto, tais direitos não eram compreendidos como de aplicação imediata, mas como programas a serem cumpridos progressivamente pelos Estados nacionais que os reconheciam, correndo o risco de se esvaziar na dependência de uma providência legislativa. Somente no segundo pós-guerra mundial e consolidação do Estado Democrático de Direito, se deu um aprofundamento desses direitos sociais, de modo a consagrar a dignidade humana e a justiça social como pilares constitucionais, tudo voltado à proteção da pessoa humana, agora alçada à valor nuclear do sistema jurídico constitucional (DELGADO, *Op. Cit.* Pág. 24, 74-75).

Nascia, assim, no início do sec. XX, uma classe de direitos que exigia uma ação do Estado, um fazer, um proporcionar, sem os quais o indivíduo não obteria a satisfação de suas necessidades mais elementares. Essa nova classe de direitos acabava, ainda, por promover uma transformação nas instituições públicas e na estrutura do próprio Estado (HABERMAS, 1992. Pag. 16). A separação Estado/sociedade tal qual moldada pelo liberalismo clássico não satisfazia mais as exigências da época, de modo que o Estado teve que assumir uma postura ativa na realização da justiça social, passando a intervir na seara econômica e social, tendência intensificada com o pós-guerra e os esforços de reestruturação sócio-econômica das Nações envolvidas no conflito (BRANCO. *Op. Cit.* Pág. 110), assim como em virtude da primeira grande reestruturação do capitalismo (ABREU. *Op. Cit.*, 2008. pag. 138-148).

Paulatinamente, o Estado se desantropomorfizava, deixava de ser compreendido como expressão da classe dominante e mantenedor da hegemonia capitalista, para ser compreendido como algo exterior, neutro, um sujeito impessoal (ABREU. *Op. Cit.* pag. 145.). Importante destacar que o surgimento dessa nova plêiade de direitos fundamentais ainda possibilitou uma releitura e ampliação das liberdades clássicas (DELGADO. *Op. Cit.*, pag. 25-26) ao incorporar valores sociais e permitir sua extensão sobre as classes não-proprietárias a fim de promover uma liberdade com igualdade de fato e participação política, tudo possibilitado pelo Estado provedor.

A consagração de direitos que satisfizessem as demandas dos subalternos, ou pelo menos que detivesse a promessa de satisfação futura, fora o mecanismo encontrado pela burguesia de manter a hegemonia capitalista, apaziguando os ânimos reacionários dos subalternos. De fato, antes mesmo da segunda guerra mundial, os líderes das importantes

potências mundiais já reconheciam o risco social à paz representado pela agitação do movimento operário, levando-os à empregar maiores recursos na proteção contra referidos riscos (ABREU. Op. Cit., Pág. 183).

Dessa forma, o Estado nacional ganhava cada vez mais espaço na regulação da reprodução econômica e social, intervindo, tributando, regulando, satisfazendo as carências dos subalternos através de políticas públicas, o que era possível somente em razão de uma margem de lucro crescente, que permitisse a redistribuição dos frutos do trabalho. Assim, e paradoxalmente, a satisfação das necessidades dos subalternos dependia inexoravelmente da mais-valia capitalista.

Conforme dito alhures, foi apenas no segundo pós-guerra, em virtude das atrocidades cometidas pelo regime nazi-fascista, que a dignidade humana se eleva como valor fundamental da ordem constitucional. Um valor a se irradiar por todo o ordenamento jurídico e revelado através de um catálogo de direitos fundamentais que passavam a indicar os princípios básicos e opções políticas da Ordem constitucional. Uma constituição agora dotada de força normativa, impondo seus valores por toda a Ordem jurídica, pela sociedade civil e pela sociedade política.

Essa importância atingida pelo princípio da dignidade humana, somada às reivindicações e manifestações das classes subalternas por participação política e econômica, acabaram por configurar o ambiente propício à ampliação e democratização da cidadania, que passava a incorporar as classes sociais antes marginalizadas, conferindo-lhes participação política nos destinos da Nação e maior divisão econômica dos frutos do trabalho, em virtude da intervenção estatal, crescendo o sentimento de pertencimento à Nação, o que acabou por diluir o sentimento de classe, para formar uma identidade coletiva nacional, ainda mais funcional para a manutenção da hegemonia capitalista.

Nesse processo de ampliação e democratização da cidadania, não só a classe operária se viu atendida em suas reivindicações, mas outros segmentos sociais marginalizados e não-proprietários se viram diante da oportunidade de sair da invisibilidade política, econômica e social com que foram tratados ao longo da história humana: as minorias étnicas e culturais.

Esse processo de inclusão das minorias étnicas fora notadamente sentido nos países Latino-americanos, cuja forte heterogeneidade de sua formação sociocultural evidenciava sociedades cosmopolitas bastantes diversificadas, cujo pluralismo social gritava por processos democráticos emancipatórios, capazes de ampliar a cidadania incluindo todos os segmentos sociais que conviviam lado a lado dentro do mesmo território nacional.

No Brasil, especialmente, com sua diversidade de comunidades tradicionais que vivem um estilo de vida peculiar, diferenciadas da comunhão envolvente, cada qual com suas necessidades e aspirações, essa democratização da cidadania somente se tornou possível a partir de uma Constituição transformadora, que rompeu paradigmas arraigados na tradição jurídica pátria, monista e culturalmente opressora, cujo maior desafio hodierno consiste em efetivar os direitos consagrados às minorias nacionais, obstaculizados pelo preconceito renitente do imaginário nacional.

A Constituição apresentou uma sensibilidade ímpar ao tratar dos direitos e interesses das minorias étnicas e culturais, buscando atender suas reivindicações e necessidades reais, donde se observa sua inquestionável legitimidade, uma vez que, congrega, harmoniza, em seu interior as necessidades e aspirações de todas as categorias sociais e econômicas que convivem dentro da sociedade plural e complexa que regula, além de representar o direito positivo devido ao seu caráter normativo.

Se existe falta de efetividade das normas constitucionais de proteção às minorias culturais esta se deve a ausência de uma verdadeira transformação nas instituições públicas e nas práticas da própria sociedade civil. Deparamos-nos, então, com a velha dicotomia entre constituição real e constituição ideal, presente por toda a América subdesenvolvida, que revela a imperfeita transição desses Estados Nacionais para um Estado Democrático de Direito.

A grandeza do texto constitucional não alcança efetividade, não se materializa em plenitude, sobretudo porque muitas das instituições, a começar pela FUNAI e pela regulação do Estatuto do índio, se prendem ao paradigma anterior, de assimilação e incorporação do indígena com abandono de sua identidade étnica. A distinção entre índios isolados, integrados e em vias de integração, presente no Estatuto do índio e ainda muito evocada pela jurisprudência pátria e aplicado nas políticas públicas, não desmente nossa teoria. No imaginário da sociedade índio só é índio se andar de tanga e cocar, com tacape na mão e sem acesso a qualquer tipo de tecnologia que lhe facilite a vida.

A Constituição de 88 não conseguiu perpetrar uma transformação na sociedade, a sociedade brasileira ainda não estava preparada para compreender a diversidade cultural, largando a tradição monista de outrora, afinal temos uma marca indelével em nosso histórico como sociedade escravista e de colonizadores (o que significa inexoravelmente opressão de africanos e de aborígenes). A quebra de paradigma fora muito brusca. Somente agora, passado quase três décadas de sua promulgação, é que os dispositivos constitucionais de proteção à

diversidade começam a fazer algum sentido e a alcançar alguma concretude, ainda longe da pretendida.

A ampliação da cidadania indígena, e de outras minorias culturais, se deu através da Constituição de 88, de maneira normativa, pretendendo a norma transformar a realidade social. Daí porque esse processo se materializou de maneira tão lenta. A seguir nos debruçaremos sobre esse processo de ampliação da cidadania brasileira, democratizada a partir da Constituição Federal de 88, quando as minorias étnicas e culturais, sobretudo os povos indígenas, lograram visibilidade política, reconhecimento jurídico e participação na reprodução social, galgando, paulatinamente, pertencimento à Ordem e satisfação das necessidades básicas, o que somente se tornou possível a partir do instituto da capacidade civil, conforme veremos mais adiante.

3 O DESPERTAR DA CIDADANIA INDÍGENA: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA

De uma forma ou de outra, a política oficial do Governo brasileiro sempre se dedicou à integração do indígena à comunidade envolvente, seja para catequizar, “civilizar” ou integrar, com a conseqüente perda das características tradicionais dos gentios¹. Em razão desse fato, considerava-se o indígena uma condição transitória, fadada à extinção (SOUZA FILHO, 1990. pag. 158). Acreditava-se sinceramente que o índio desejaria e necessitaria se integrar, que seria seu objetivo abandonar a vida ‘primitiva’ que levava.

Não era permitido ao índio continuar sendo índio, ele deveria ser ‘civilizado’ e, alcançando essa civilização, perderia sua condição de índio e todas as prerrogativas que essa qualidade poderia propiciar. Ou o indivíduo era um cidadão brasileiro, exercendo seus direitos políticos e liberdades, e não era índio; ou ele era um índio, sem cidadania, (sem exercício de direitos políticos e sem liberdade) de modo que para atingi-la necessitava abandonar sua condição de índio.

Percebe-se claro tal objetivo a partir de uma análise da legislação histórica brasileira, o que passaremos a analisar e, em seqüência, demonstraremos como esse quadro fora revertido a partir da Constituição de 1988, que ampliou e democratizou o conceito de cidadania de modo a incluir as aspirações e reivindicações de minorias étnicas nacionais, lançando sua proteção sobre a reprodução física e cultural delas, além de assegurar plenos

¹ Sem negligenciar as diferenças conceituais entre os termos *índios*, *silvícolas*, *aborígenes*, *autóctones*, *gentios*, *íncolas* dentre outras formas utilizadas para designar o indígena, utilizaremos todas essas expressões como sinônimas, apenas para fins didáticos.

direitos civis aos indígenas nacionais, ampliando os participantes da reprodução política e social brasileira.

3.1 Legislação Histórica

A legislação indigenista portuguesa do séc. XVI determinava bom tratamento aos tapuios que se submetessem à catequização e guerra aos demais. Leis de 1548 e de 1655 vedavam o cativo indígena, salvo os tomados em ‘guerras justas’ e os que se opusessem à evangelização. A carta Régia de 09/03/1718 considerava as nações indígenas fora do alcance da Jurisdição da Coroa Portuguesa, declarando os índios livres, não sendo possível obrigá-los à deixar suas terras ou seus costumes (SANTOS FILHO, 2006. Pag. 24-25).

Durante a administração do Marquês de Pombal, primeiro ministro Português, durante o reinado de D. José I, foi editada a Lei de 06/06/1755, reconhecendo o direito dos índios sobre suas terras, um direito hereditário, ao mesmo tempo em que determinava que os silvícolas deixassem de ser ‘bárbaros’, adotassem nomes portugueses e abandonassem a língua local em favor do português, tornando-se legítimos cidadãos portugueses (SANTOS FILHO. Op. Cit. 2006. Pag. 26).

Cartas Régias de 1808 (maio, novembro e dezembro) declaravam guerra aos índios Botocudos do Paraná, então província paulista, aos índios Bugres de São Paulo e aos Botocudos do vale do Rio Doce, Minas Gerais, que não se submetessem às Leis reais, permitindo aos milicianos que os aprisionassem para fins de servidão (por 15, 15 e 10 anos, respectivamente) podendo o cativo se estender até a sua pacificação. As referidas Cartas Régias explicavam que não se tratava da escravização dos gentios (!), mas de educá-los à convivência da sociedade ‘doce e pacífica’ (SOUZA FILHO, Op. Cit. Pág. 56).

O fim da escravidão indígena, fruto das guerras de 1808, veio através da Lei de 27 de outubro de 1831 que, no entanto declarou a orfandade dos índios cativos, que deveriam ser entregues a um Juiz de órfãos que lhes forneceria educação e sustento, até que viessem a ter um trabalho remunerado (SOUZA FILHO. Op. Cit. 1990, pag. 155).

Mais tarde, um Decreto de 03 de junho de 1833, encarregou os juizes de órfãos da administração dos bens dos silvícolas libertos do cativo proveniente das guerras de 1808. Esses dois Atos (Lei de 1831 e Decreto de 1833) conduziram à equivocada interpretação de que todos os índios do País seriam incapazes de gerir o seu patrimônio e a sua vida, necessitando da assistência estatal para tanto, inaugurando a malfadada tutela orfanológica. Observe que a Lei de 1831 e o Decreto de 1833, se destinavam unicamente aos gentios liberados da servidão iniciada nas guerras de 1808, não contemplando os silvícolas que

viviam em liberdade. Entretanto, os juristas da época acharam por bem enquadrar todo e qualquer índio sob a tutela orfanológica (SOUZA FILHO. Op. Cit. 2008, pag. 94).

A Constituição do Império (1824) de início nada previu acerca dos índios, tendo, posteriormente, um Ato Adicional (1832) introduzido a competência do Governo quanto à catequização e civilização dos tapuios (art. 11, §5º, Lei 16 de 12 de agosto de 1832).

O Decreto 8.072/1910, responsável pela criação do SPI (Serviço de Proteção ao Índio)², altera profundamente a política indigenista do País, deixando de lado as preocupações religiosas substituiu a catequese por uma política integracionista, fundada na crença evolucionista da humanidade, onde a condição de índio seria algo ‘primitivo’, fadado à civilização, estágio mais ‘avançado’ da evolução humana.

Acreditava-se sinceramente que a ‘civilização’ era o melhor para o índio e por ele desejada. Então toda a legislação brasileira a partir deste momento, até o período anterior à Constituição Federal de 1988, voltava-se à gradativa incorporação do indígena à civilização, o que fatalmente conduziria ao desaparecimento dos aborígenes do País. É o que a doutrina convencionou chamar de paradigma da assimilação cultural, ou paradigma assimilacionista, ou integracionista (SOUZA FILHO. Op. Cit. 1990, Pag. 161). A idéia era tornar o índio um autêntico cidadão brasileiro.

Neste particular, a criação do SPI baseava-se na política de integração dos povos indígenas à cultura nacional, na expectativa de suplantar as culturas indígenas ‘primitivas’. Observe que a dizimação da cultura tapuia era, então, uma política oficial do Governo! Entretanto, e contraditoriamente, o diploma (Decreto 8.072/1910) previa a demarcação das Terras Indígenas (TI) (art.11) e o respeito às terras, à organização interna, hábitos e instituições das tribos (art. 2, §2 e §4).

O Código Civil de 1916 (art. 6, IV e parágrafo único) preconizando à incapacidade civil relativa do indígena³, enquanto não integrados à civilização, criou o regime tutelar, a ser disciplinado em lei especial. Essa regulação se deu através do Decreto 5.484 de 27/06/1928, que dentre outras coisas previu a necessária representação dos índios pelo Estado (na figura

² O SPI fora inicialmente designado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, transformou-se simplesmente em SPI em 1918, era ligado ao Ministério da Agricultura, indústria e comércio, tendo sua direção conferida ao Marechal Candido Mariano Rondon.

³ Frise-se que desde o início, Clovis Beviláqua, mentor do CC de 1916, fora veementemente contra ao regime tutelar instituído pelo diploma, uma vez tratar-se de instituto do direito de família, em nada compatível com a situação indígena, um universo jurídico aparte, que deveria ser regulado em legislação específica (SOUZA FILHO. Op. Cit. Pág. 98).

do SPI) a fim de validar os atos por eles praticados, sob pena de nulidade. A incapacidade cessaria à medida que os aborígenes fossem se integrando à civilização (art. 5º e 7º)⁴.

A Constituição brasileira de 1934 (Art. 129) foi a primeira a tratar dos direitos indígenas, assegurando-lhes a posse de suas terras e atribuindo à União a competência para legislar acerca da incorporação do silvícola à comunhão nacional (Art. 5, XIX, m). A Constituição de 1946 retoma o dispositivo, retirado na CF de 1937, que defere à União a competência para legislar sobre a incorporação do silvícola à comunhão nacional (art. 5, XV, 'r'), dispositivo este mantido nas Constituições de 1967 (art. 8, XVII, 'o') e na Emenda nº1 de 1969. Claro então, que a incorporação do indígena à cultura dominante tratava-se de política oficial do Governo brasileiro, assegurado em instrumento constitucional.

Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que esse quadro se modificou, representando um marco decisivo para o direito indigenista do País, operando uma transformação sem precedentes no relacionamento índio-Estado brasileiro.

A novel Carta constitucional rompe definitivamente com o paradigma da assimilação cultural e civilização dos indígenas, estruturando um sólido sistema de proteção à diversidade cultural brasileira, valorizando os diversos grupos étnicos responsáveis pela construção do patrimônio cultural brasileiro. A partir de 88 as preocupações do Estado não objetivam mais a civilização e engajamento dos silvícolas à comunhão envolvente, mas sim a proteção de sua identidade cultural.

A Constituição de 88 foi a primeira Carta brasileira a dedicar um capítulo⁵ à regulação dos direitos e interesses indígenas, estruturando um sólido sistema de proteção à sua singularidade cultural, reconhecendo sua organização social, seus costumes, religião, línguas, crenças e tradições, assegurando-lhes o direito a reprodução física e cultural. Trocando em miúdos, a CF de 88 garantiu ao índio o direito a ser índio e a continuar reproduzindo seu modo de vida particular, tal como sempre fez, vivendo seus costumes e tradições sem o fantasma da aculturação forçada (SOUZA FILHO. Op. Cit. 2008, pag. 107).

A nossa Carta constitucional ainda estruturou uma seção dedicada à cultura (arts. 215 e 216), estendendo sua proteção as manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos formadores do processo civilizatório nacional, reconhecendo expressamente que as formas de expressão e manifestação cultural desses grupos

⁴ Inclusive, o art. 1, parágrafo único, da Lei 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que instituiu a FUNAI, estabelece a competência da Fundação para exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio.

⁵ Capítulo VIII, art. 231-232, dentro do título VIII 'da ordem social'

consubstanciam o patrimônio cultural brasileiro, merecedor de proteção pelo Estado brasileiro.

A nova dogmática constitucional visa preservar a diversidade cultural do País, reconhecendo que o Brasil é uma nação multicultural e pluriétnica (SANTOS FILHO. Op. Cit. pag. 46), formada por uma riquíssima variedade de populações tradicionais que merecem ter seu modo de vida secular e sua cultura singular preservados uma vez que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro.

Aliás, o reconhecimento de que compomos uma “sociedade pluralista e sem preconceitos” resta expressamente evidenciada em seu preâmbulo que, apesar de desprovido de força normativa possui uma incontestável função hermenêutica integradora do texto constitucional, revelando seus valores mais contundentes⁶. Assim, quilombolas, indígenas, seringueiros e toda uma sorte de populações que vivem um estilo de vida tradicional ganham espaço na tutela constitucional à diversidade cultural.

A Constituição de 1988 concedeu proteção às manifestações culturais dos afro-descendentes, incumbindo o Poder Público de proteger tais referências culturais (arts. 215,§1º e 216). A Constituição ainda atribuiu aos remanescentes das comunidades quilombolas o direito de propriedade sobre os seus territórios (Art. 68, ADCT), conferindo, de forma inédita no Ordenamento Jurídico do País, proteção aos descendentes dos antigos escravos, deixados à margem das iniciativas governamentais desde a abolição da escravatura em 1888, quando os quilombos passaram da proibição a uma realidade simplesmente desconsiderada.

Ressalte-se que a CF, no §5º do art. 216, declara tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tendo, ainda, no caput, determinado que todos os bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, memória e ação dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, constituem nosso patrimônio cultural.

Da mesma forma, reconhecendo a necessidade de preservação de uma minoria étnica nacional, a Constituição Federal estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando em seu art. 231 e parágrafos, o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e

⁶ O papel do preâmbulo como instrumento de interpretação constitucional fora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADI 2.649, relatora Min. Carmem Lúcia, julgamento em 08/05/2008.

tradições, além de resguardar os direitos originários⁷ sobre as terras que tradicionalmente ocupam, assegurando-os o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes.

A proteção constitucional das minorias étnicas brasileiras vai mais além do que o simples reconhecimento da identidade cultural singular, garantindo aos membros de tais grupos sociais os mesmos direitos, deveres e oportunidades conferidas a qualquer cidadão brasileiro, dado que são integrantes do ‘povo brasileiro’, destinatários do rol de direitos e garantias fundamentais do ser humano, assegurados pelo Estado Brasileiro a qualquer de seus membros, sem que o gozo desses direitos implique qualquer perda de identidade cultural ou prerrogativas inerentes à sua condição jurídica especial.

Percebe-se, então, que o maior direito assegurado pela Carta aos silvícolas foi o direito a ser índio, reproduzindo sua cultura e tradições seculares, perpetuando seu estilo de vida tradicional sem que isso acarrete qualquer prejuízo ao gozo de direitos enquanto membro do povo brasileiro (SANTOS FILHO. Op. Cit. 2006, pag. 47). A CF de 88, conforme veremos a seguir, consagrou a plena capacidade civil do indígena e, conseqüentemente, possibilitou sua participação e pertencimento à reprodução social. O índio ganha, assim, cidadania.

3.2 A capacidade civil indígena

A capacidade jurídica plena das pessoas naturais relaciona-se à possibilidade de adquirir direitos e assumir obrigações pessoalmente, sem a intervenção de quem quer que seja para tanto. Ensina-nos Nelson Rosenvald (2010. Pag. 248.) que a capacidade jurídica se divide em duas vertentes: a Capacidade de direito (ou de gozo), relacionada a aptidão para titularizar relações jurídicas (ser sujeito de direitos), conferida à todas as pessoas naturais nascidas com vida; e a capacidade de fato (ou de exercício), correspondente à aptidão para, pessoalmente, praticar os atos da vida civil, exercendo por si só seus direitos (GAGLIANO, 2010, Pág. 132).

As limitações à capacidade jurídica das pessoas naturais se dão justamente através da capacidade de exercício, quando determinadas condições pessoais do indivíduo (orgânicas ou psicológicas) impedem a realização pessoal dos atos da vida civil, conduzindo à necessidade de integração dessa falta de capacidade de exercício, através dos institutos jurídicos da assistência e da representação. Dessa forma, a incapacidade civil seria a ausência da

⁷A expressão “Direitos originários sobre as terras que habitam” liga-se ao reconhecimento, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, da tradicional ocupação da terra pelos autóctones desde épocas imemoriais, que remontam à colonização do País, quando em 1º de abril de 1680 o Alvará Régio os outorgou tal legitimidade. De lá para cá, a tendência nacional em todas as Constituições, foi a manutenção do reconhecimento de que o direito da posse indígena sobre suas terras é congênito, restando o Alvará de 1680 ainda em vigor, posto que nunca fora revogado.

possibilidade de exercício dos próprios direitos por si só ou por procurador habilitado (dado que não teria capacidade para outorgar poderes de representação).

Pessoas com capacidade jurídica plena não necessitam ser assistidos ou representados para que possam exercitar seus direitos. Já pessoas sem capacidade jurídica plena, muito embora possuam a capacidade de gozo, não poderão praticar sozinhas os atos da vida civil, sob pena de invalidade de tais atos. Vale dizer que as pessoas incapazes merecem um tratamento especial, em virtude de sua falta de compreensão total, ou relativa, dos atos da vida civil, de modo que essa incompreensão seja suprida, igualando-o aos sujeitos plenamente capazes.

É o Código Civil quem estabelece as limitações à capacidade de exercício das pessoas naturais, elencando em seu art. 3 os absolutamente incapazes, que precisam ser representados; e os relativamente incapazes (art. 4) cuja incapacidade se circunscreve apenas a determinados atos, quando se faz necessária a assistência. Os atos praticados pelos absolutamente incapazes, sem a necessária representação, padece do vício da nulidade desde sua origem; já os atos praticados pelos relativamente incapazes sem a necessária assistência conduz à anulabilidade de tais atos, desde que declarados pelo Poder Judiciário, em decisão com efeitos ex nunc.

Exposto os contornos gerais do instituto da capacidade civil das pessoas naturais, passemos à análise da capacidade civil dos indígenas.

Conforme demonstrado alhures, a política oficial de relacionamento entre o Estado brasileiro e seus indígenas sempre fora a dominação cultural, uma aculturação forçada. De início com finalidades religiosas, através da catequização, posteriormente por meio do processo de civilização. Tal opção política lançava seus reflexos em diversos aspectos jurídicos do direito indigenista:

Em primeiro lugar fora responsável pela instituição da tutela-incapacidade do Estado sobre os silvícolas existentes no território nacional. Compreendia-se que, sendo os índios uma categoria não civilizada, não pertencente ao processo de comunhão nacional, não possuiriam capacidade para gerir suas próprias vidas e a de seus bens, sendo, pois, incapazes frente à legislação civil, motivo pelo qual deveriam ser assistidos pelo Estado, na figura de um órgão especialíssimo, inicialmente o juiz de órfão, posteriormente o SPI (Sistema de Proteção ao Índio), substituído, finalmente, pela FUNAI (Fundação Nacional do índio) em 1967.

A noção de tutela-incapacidade teve início com os Decretos de 03/06/1833 e 27/10/1831 (Brasil império), aliado ao Regulamento 143 de 15/03/1842, que criou o sistema da tutela orfanológica, atribuindo aos juizes de órfãos poderes especiais em relação à pessoa e

aos bens dos índios (MIRANDA, 1994, Pág. 34), capaz de elidir, inclusive, o pátrio poder (atual poder familiar)⁸. Os juízes de órfão, além de poderes para gerir o patrimônio e a pessoa dos silvícolas, possuíam atribuições jurisdicionais, de primeira e segunda instância, com poderes para conhecer e julgar as causas envolvendo questões indígenas.

O Decreto nº 426, de 24/07/1845, chamado de Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos índios, assim dispunha: Art. 5º - “A capacidade, de fato, dos índios sofrerá restrições prescritas nesta lei, enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada.”.

O Código Civil de 1916 passa a determinar expressamente a incapacidade relativa dos índios para os atos da vida civil (art. 6, IV), sujeitando-os ao regime tutelar, que deveria ser regulada em legislação específica, salientando que esta incapacidade cessaria a medida que fossem se adaptando à civilização do País (parágrafo único). Esse novo regime tutelar não se confundia com a tutela orfanológica, dado que esta apresentava feição nitidamente privatista, arrimado em institutos do direito de família, sendo o tutor aquele que decide e administra os bens, enquanto que a tutela estabelecida pelo CC de 1916 possuía cunho publicista, relacionado a devida representação do Estado para dotar de validade os atos praticados pelos índios, o tutor seria aquele que assiste (SOUZA FILHO. Op. Cit. 2008, Pag. 101-105).

A regulação específica exigida pelo Estatuto civil veio em 1928, através do Decreto 5.484, que expressamente liberava os silvícolas da tutela orfanológica vigente nas Ordenações do Reino, reputando nulos os atos praticados pelos índios sem a devida assistência do Estado, que na época se dava através do SPI. Frise-se que a extinção da tutela orfanológica pelo referido Decreto não afastou o equívoco da incapacidade civil.

Quando foi editado o Estatuto do Índio (Lei 6001/1973), revogando o Decreto 5.484/1928, fora mantido o regime tutelar previsto no CC de 1916, que tratava o silvícola como relativamente incapaz, cessando a sua incapacidade a medida que fosse se adaptando à civilização do País, revelando a transitoriedade com que a condição indígena era tratada na época⁹. Protegia-se para integrar, acreditando-se sinceramente que a integração fosse o

⁸ Carlos Frederico Marés de Souza Filho (Op. Cit. 2008, pag. 92) conta a triste história da índia Helena que, considerada incapaz de gerir a própria vida apenas pelo fato de ser índia, perdeu a guarda de seu filho menor, Antônio Solimões, para um Juiz de Órfãos, em 25 de outubro de 1898, sob o argumento de que “era uma selvagem”, “não dominando o português” e, “como consequência, não poderia gerir a sua própria vida, muito menos a de seu filho”.

⁹ Lei 6001/1973: Art. 7º § 2º e Art. 8º.

melhor para o índio, e uma vez integrado o tapuio deixaria de ser índio e perderia os direitos inerentes a esta condição¹⁰.

Destaque-se que o EI condiciona, inclusive, o gozo de direitos civis e políticos pelos tapuios à integração deste à comunhão nacional (art. 5º, parágrafo único): “O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente”. Esses requisitos não estão claros no diploma, o que nos leva a crê que sejam as condições necessárias para se obter a liberação do regime tutelar e aquisição da plena capacidade civil, conforme veremos adiante.

O EI expressamente dividia os indígenas em ‘isolados’, ‘em vias de integração’ e ‘integrados’, de acordo com o grau de contato que mantivessem com a sociedade envolvente e conseqüente assimilação de seus hábitos, sendo certo que confere plena capacidade para os atos da vida civil apenas ao indígenas reconhecidamente integrados, mantendo sob o regime tutelar os ainda não integrados.

A liberação do regime tutelar dependia de solicitação do interessado junto ao órgão de assistência, dependendo de homologação judicial e do preenchimento dos seguintes requisitos (art. 9): Ser maior de 21 anos, ter conhecimento da língua portuguesa, ter habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional e razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional¹¹.

Saliente-se, ainda, que ao definir a condição de índio, o EI aduz, em seu artigo 3º, que “É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. Percebe-se, pois, que a qualidade de índio independe de sua relação com a sociedade envolvente, estando, por sua vez, intimamente correlacionada com sua ascendência genética e social, bem como com o vínculo de pertinência a uma determinada comunidade. Conclui-se, então, que pouca importa o grau de ‘integração’ à sociedade ‘civilizada’ para definir um indivíduo como indígena (SOUZA FILHO, *Op. Cit.* 2008, pag. 115.).

O interessante é que o próprio EI afirma, em seu art. 1º, que “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a

¹⁰ Perceba que, uma vez integrados, os índios deixariam de ser índios e, conseqüentemente, suas terras deixariam de ser indígenas, o que fatalmente conduziria à sua reversão ao domínio público.

¹¹ A tutela do EI conduziu à absurdos tamanhos que acabavam por justificar verdadeiros cerceamentos do direito à locomoção, como aconteceu com o cacique Mário Juruna que, convidado no exterior, por entidades defensoras dos direitos humanos, para expor a situação indígena no Brasil, teve sua saída do País obstada pelo Ministro do Interior, então chefe hierárquico do presidente da FUNAI, tendo o caso ido parar no judiciário que, por fim, autorizou o líder indígena a sair do Território brasileiro, (SOUZA FILHO. *Op. Cit.* 2008, pag. 105).

sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (grifamos). Ora, o estatuto aduz ser seu objetivo integrar o silvícola à comunhão nacional, ao mesmo tempo que colima a preservação da singularidade cultural dos gentios, por obvio se deduz, então, que para se ‘civilizar’ não seria necessário que o índio abandonasse seus costumes e modo de vida.

Aliás, em seu artigo 4º, ao dividir os índios em isolados, em vias de integração e integrados, a referida Lei salienta que, quando incorporados à comunhão nacional, obterão o pleno reconhecimento de seus direitos civis, mesmo que mantenham seus costumes, crenças e tradições. Dos referidos dispositivos depreende-se a convivência tranqüila entre capacidade civil e manutenção da estrutura étnica-cultural histórica.

Dando ao dispositivos citados uma interpretação conforma à constituição, a fim de mantê-los em vigor no Ordenamento Jurídico, temos que, abandonado o paradigma da assimilação pela novel Constituição, não há mais que se falar em necessária integração do indígena à comunhão nacional, como meio de alcançar a plenitude da capacidade civil, ao mesmo tempo em que a divisão dos silvícolas entre integrados e não-integrados perde sua utilidade, uma vez que todo índio é índio, independente do grau de relacionamento e intimidade que mantêm com a sociedade não-índia, mantendo todos os direitos inerentes à tal condição. Aliás, fora isso que o estatuto do índio salientou em seu art. 3º, ao delimitar o conceito de índio sem levar em consideração sua interação com a ‘civilização’, mas apenas sua ascendência e pertinência sócio-cultural.

Seguindo esse raciocínio, no famoso caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou no sentido de que a integração do indígena não faz cessar sua condição de índio, permanecendo os direitos inerentes a esta condição¹². A integração tem apenas o condão de afastar a necessidade de perícia a fim de averiguar a capacidade penal do silvícola.

A partir de 05 de outubro de 1988, quando o índio no Brasil passou a ter o direito a ser índio, não há mais o que se falar em incapacidade civil¹³, primeiramente em virtude do abandono do paradigma assimilacionista em favor da garantia de reprodução física e cultural

¹² Pet 3388, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181.

¹³ Registre-se que, em suas justificativas, o PL 2.057, voltado a regular o Estatuto das Sociedades Indígenas, ainda não aprovado pelo Congresso Nacional, expressamente abandona a concepção de incapacidade civil do indígena para compreendê-lo como apto plenamente ao exercício dos atos da vida civil.

de minorias étnicas, restando garantido aos indígenas a manutenção de seu estilo de vida tradicional sem o fantasma da ‘assimilação’¹⁴.

Em segundo lugar por ser conferido aos silvícolas, sem qualquer exigência adicional, todos os direitos fundamentais destinados a qualquer integrante do povo brasileiro, dentre eles a cidadania. Em terceiro, por não ter a novel Constituição exigido qualquer representação ou assistência a fim de legitimar os atos praticados pelos índios.

E finalmente, em face do art. 232 que assegura aos índios, suas comunidades e organizações, legitimidade para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, não exigindo representação ou assistência de quem quer que seja.

Voltando à questão da capacidade civil, se extrai do artigo 7º do Código de Processo Civil que toda pessoa que se achar no exercício de seus direitos (capacidade de exercício!), tem capacidade para estar em juízo na defesa de seus interesses¹⁵. Partindo do pressuposto de que 'quem pode o mais, pode o menos' - ou seja, se podem os indígenas estar em juízo sem a assistência do Estado é porque possuem capacidade para exercer, por si só, os atos da vida civil - o STJ decidiu, em julgado recente, pela plena capacidade civil do indígena¹⁶, uma vez que, não sendo permitido aos incapazes estar em juízo sem a devida representação, em possuindo os silvícolas a prerrogativa de estar em juízo por si só, claro está sua plena capacidade civil (de exercício e de gozo).

O STJ, inclusive, se posicionou expressamente no sentido de que não cabe mais à FUNAI responder pelos atos praticados pelos silvícolas que causem danos à terceiros, nem cabe-lhe mais tutelar os bens dos silvícolas posto que são eles plenamente capazes para os atos da vida civil.

É bem verdade que o Código civil, em seu art. 4, parágrafo único, deixou a regulação da capacidade civil dos indígenas para a legislação específica, o que conduz os intérpretes desavisados ao Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) por ser a Lei de regência especial dos tapuios. No entanto, esquecem que o EI fora editado em momento anterior à promulgação da CF de 88, quando ainda vigorava o malfadado paradigma da integração cultural, presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o período colonial e que fora suplantado apenas com a

¹⁴ Vide decisão do STJ neste sentido: Rec. Especial Nº 1.026.942 - SC Relatora: Min. Denise Arruda. (03/02/2010).

¹⁵ É de salientar que, fora os índios e suas comunidades e organizações, também a União (através da FUNAI) e o *Parquet*, possuem legitimidade para defender em juízo os interesses das comunidades indígenas. A primeira em razão da tutela-proteção estabelecida no caput do art. 231, o segundo em virtude do dever institucional previsto no art. 129, V.

¹⁶ STJ – RE Nº 1.026.942- SC. Publicação em 03/02/2010 Rel. Denise Arruda.

Novel Constituição e seu paradigma de reprodução física e cultural das minorias étnicas nacionais.

À guisa do exposto, tendo a CF de 88 abandonado o modelo integracionista, temos que toda a legislação indigenista anterior a 5 de outubro de 1988, deverá ser interpretada segundo seus ditames e, em sendo contrária a ela, por óbvio, estará revogada por falta de recepção na nova Ordem Constitucional. Dessa forma, fácil concluir que diversos dispositivos do Estatuto do índio, por estarem atrelados ao padrão assimilacionista, não foram recepcionados pela Constituição hodierna, não tendo, pois, qualquer aplicação (SANTOS FILHO. Op. Cit. Pág. 44).

Quanto a legislação especial destinada à regulação da capacidade civil dos índios, como exigiu o Código Civil de 2002, forçoso concluir pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, uma vez que a própria CF de 1988 não exigiu qualquer representação ou assistência aos índios para que estes possam estar em juízo, ou seja, reconhecendo sua capacidade civil plena, não poderia um Código, legislação infraconstitucional, impor restrições ao exercício da cidadania por quem não sofreu limitação pela própria Carta Constitucional. Compreender de outra forma seria um atropelo às decisões políticas e jurídicas assumidas pelo Constituinte de 88, numa flagrante inconstitucionalidade.

Percebe-se, pois, mais uma grande inovação perpetrada pela Constituição brasileira de 1988 no que tange ao direito indigenista pátrio, rompendo com uma tradição histórica de nossa legislação: a (in)capacidade civil dos silvícolas. O art 232 da CF inaugura uma nova fase do direito indigenista brasileiro, onde o índio não necessita mais se fazer representar por órgão estatal especial (hoje a FUNAI) para que os atos por ele praticados se revistam de legitimidade. A partir de 1988 o índio não só ganhou o direito constitucional a ser índio como também ganhou a plena capacidade civil para gerir sua própria vida e a de seus bens, ostentando, em fim, cidadania.

Ressalte-se que a capacidade civil é a regra, enquanto a incapacidade civil é a exceção, devendo ser estabelecida por lei justamente por afetar o pleno exercício dos direitos da personalidade da pessoa natural (DINIZ, 2005, Pág. 148). No entanto, independente de existir regulação da matéria, o fato é que a própria Constituição não exigiu representação ou assistência para o exercício dos direitos conferidos aos povos indígenas.

Pelo contrário, possibilitou aos índios e suas organizações o ingresso no judiciário sem a representação ou assistência de quem quer que seja. Se a própria CF não limitou a capacidade civil dos autóctones, não seria concebível que um ato normativo infraconstitucional o fizesse, dado que o ingresso de indígenas no judiciário por si só fora

opção do próprio constituinte originário, um direito da personalidade que não poderá ser limitado por norma hierarquicamente inferior.

Não se objetiva mais a incorporação do silvícola ao nosso *modus vivendi*, pelo contrário, protege-se o seu direito de viver conforme suas tradições culturais, a viver como índio, sem que isso acarrete qualquer perda dos direitos conferidos a qualquer brasileiro. Não é mais necessário deixar de lado a condição de índio a fim de que se possa gozar das prerrogativas inerentes à cidadania. Cidadania e condição indígena não são mais qualidades excludentes, mas agregadoras.

Percebe-se, pois, que a Constituição de 88 deu continuidade ao processo de ampliação e democratização da cidadania moderna, iniciada século passado, agregando ao processo de reprodução social as necessidades e reivindicações de uma parcela marginalizada da sociedade brasileira.

A reprodução física e cultural de grupos etnicamente diferenciados passa a ser reconhecido como direito fundamental dessas comunidades, um direito inarredável da materialização de sua dignidade humana, o que, por si só, já democratiza o conceito de cidadania. Indo mais além a nossa Carta funciona como verdadeira intermediadora da conflitiva reprodução social de nossa sociedade plural ao reconhecer direitos civis plenos aos indígenas, sem que seu exercício dependa da negação de sua identidade cultural. Agora o índio tem cidadania e continua a ser índio, numa ampliação inclusiva e emancipatória da cidadania moderna tal qual desenhada na Ordem constitucional brasileira.

4 CONCLUSÕES

Vimos que a manutenção da cidadania liberal burguesa, tal qual sua formatação originária, gerou uma instabilidade social dentro do modo de produção capitalista que acabou por conduzir à sua necessária remodelagem de modo a incluir as aspirações e reivindicações das classes não-proprietárias. Assim, segmentos sociais marginalizados, os subalternos, passam a obter, paulatinamente, expressão política, adquirindo participação na vida política da Nação e na repartição dos frutos do trabalho, em um processo de ampliação e democratização da cidadania que permitiu a manutenção da hegemonia capitalista enquanto atendia as reivindicações sociais.

No Brasil, essa ampliação da cidadania se deu através da Constituição Federal de 88, sobretudo no que tange às minorias étnicas culturais, especialmente os povos indígenas, objeto do presente trabalho. Rompendo com uma tradição constitucional de dominação intransigente e repressão cultural, a Carta de 88 reformulou o tratamento conferido pelo

Estado brasileiro aos nossos indígenas. Rompendo com o paradigma da assimilação cultural, que acabava por negar qualquer direito de cidadania aos povos indígenas, a Constituição de 88 concedeu-lhes não só participação política, outorgando-lhes cidadania, como também permitiu que continuassem a ser índios, vivendo como índios, afastando o fantasma da integração forçada.

A partir da Constituição Federal de 1988 os índios passaram a ter garantido seu direito fundamental à reprodução física e cultural, perpetuando suas tradições, costumes e religiosidade, sem que isso acarrete qualquer perda de direitos no cenário político e social do País. O índio agora pode continuar sendo índio ao mesmo tempo em que é um cidadão brasileiro, ostentando todas as prerrogativas de qualquer das duas condições. Não precisa mais negar suas tradições culturais, se ‘integrando’, a fim de que usufrua de todas as prerrogativas conferidas a qualquer membro do povo brasileiro. Dentre os instrumentos constitucionais dedicados a promover essa ampliação da cidadania indígena, temos o reconhecimento de sua plena capacidade civil, rechaçando a mal fadada incapacidade indígena, presente no Ordenamento Jurídico Pátrio ao longo de cinco séculos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Haroldo. **Para além dos direitos - Cidadania e hegemonia no mundo moderno**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: Vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Revisão Constitucional e a Cidadania: A legitimidade do Poder Constituinte que deu origem a Constituição da república Federativa de 1988 e as Potencialidades do poder Revisional Nela Previsto. **Fórum Administrativo – Direito público – FADM**, Belo Horizonte, nº7, ano 1, set. 2001.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Povos indígenas do Brasil**. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/estatuto-do-Indio/introducao>>. Acesso em 05 jun 2014.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva ; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Proteção à identidade indígena e quilombola: Uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional. **Revista Constituição e garantia de direitos**. Natal:Vol. 04, ano II, Fev-Ago,

2011. Disponível em:
<<http://www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/issue/view/40/showToc>>.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. O direito penal e o indígena: Aspectos acerca da imputabilidade penal e da competência judiciária. **Revista jurídica In Verbis**. Ano XIV, 25º Ed. Natal-RN: Janeiro-junho 2009. Págs. 127-139.

_____. A capacidade civil indígena. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Vol. 8. nº 28. Jul/Set. 2014. Pag. 209-228. (A.1).

_____. O direito indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC de Minas Gerais**. Vol. 17, nº 34 de 2014. pag. 274-304. (A.2).

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Índios do Brasil**. Disponível em:
<<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em 04 maio. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte geral**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1992.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, A. Gursen de. Coordenador. **O direito e o índio**. Belém: Editora Cejup, 1994.

ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. **O direito envergonhado – o direito e os índios no Brasil**. Revista IIDH, vol 15. Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1990. Disponível em:
<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>>. Acesso em 17 jul 2014.