

---

## OS ÍNDIOS E A CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA FUNAI NO ÂMBITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

---

*Lucimar Hofmann Bogo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O contexto das ações possessórias; 2 O índio e os paradigmas do Estado De Direito; 2.1 O Estado Liberal e a negação ao índio da condição de sujeito de direitos; 2.2 O Estado Social e o fomento da dependência e da incapacidade; 2.3 O Estado Democrático de Direito – emancipação e reconhecimento da diversidade; 3 O índio e a condição de cidadão brasileiro; 3.1 O Princípio da Cidadania e o direito à preservação do costume indígena; 3.2 A cidadania e o direito fundamental ao desenvolvimento; 4 A atuação estatal na proteção dos interesses indígenas; 4.1 extinção da tutela indígena pela Constituição Federal de 1988; 4.2 Novos contornos da atuação Estatal; 5 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A condição de indígena no Brasil foi sofrendo alterações conforme se sucederam os modelos de Estado Liberal, Social e Democrático. O paradigma do Estado Democrático de Direito exige a instituição de um processo comunicativo/discursivo que propicie a participação da sociedade civil na definição do interesse público e das políticas públicas. Nesse paradigma, em que o Estado assume um papel regulador, não mais de produtor de bens e serviços, a sociedade civil adquire a titularidade do interesse público. O pluralismo e a diversidade são essenciais ao Estado Democrático de Direito, no qual o direito de cidadania adquire novos contornos, incorporando a necessidade de participação ativa dos cidadãos, que deixam de ser meros clientes do Estado. A Constituição de 1988, em consonância com o paradigma democrático, atribui aos índios a cidadania plena e a capacidade processual, o que significa a emancipação de uma tutela que se fundava na incapacidade. Desde a Constituição de 1988 os índios não são mais tutelados pelo Estado, não cabendo à FUNAI realizar a sua representação judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito. Cidadania. Indígena. Ações Possessórias. FUNAI.

**ABSTRACT:** The condition of the indigenous in Brazil has suffered changes as succeeding into the models of a Liberal, Social and Rule of Law State. The paradigm of the Rule of Law State requires the establishment of a communicative/discursive process that allows the participation of civil society in defining the public interest and public politic. In this paradigm, in which the State plays a regulatory role, not anymore as a producer of goods and services, it's the civil society that becomes the owner of public interest. Pluralism and diversity are essential to the Democratic State, in which the right of citizenship acquires new dimensions, incorporating the need for active participation of citizens, who are no longer only clients of the state. The Brazilian Constitution of 1988, in line with the democratic paradigm, assigns the indigenous full citizenship and procedural capacity, which means the emancipation of a guardianship that was based on disability. Since the Brazilian Constitution of 1988 the Indians are no longer protected by the State, not fitting to FUNAI to perform their judicial representation.

**KEYWORDS:** Rule Of Law. Citizenship. Indigenous. Possessory Actions. FUNAI.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende efetuar uma reflexão acerca da necessidade e/ou adequação da atuação judicial da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) nas ações judiciais em que um ou mais indígenas se encontrem em qualquer dos polos da relação processual. Para tanto, partirá de uma experiência concreta, em que a Procuradoria Federal Especializada da FUNAI recebeu recomendação do Ministério Público Federal para atuar no feito, após ter declinado do interesse em nome da Fundação indigenista sob o fundamento de que não cabe à FUNAI intervir em ação proposta por índio contra índio, bem como em face da constatação de que se tratava de demanda de caráter individual em que ambas as partes estavam representadas por advogado.

Embora o problema específico registrado fosse passível de superação mediante as razões acima mencionadas, elencadas pela Procuradoria Federal Especializada da FUNAI, um amadurecimento das reflexões se faz necessário a partir de uma nova visão do Estado e de seu papel no que diz respeito aos povos indígenas, a fim de demonstrar que a questão diz respeito a algo muito mais profundo, atinente ao reconhecimento do índio como cidadão brasileiro e às implicações daí advindas.

Assim, após a descrição do caso em estudo, serão abordados os paradigmas do Estado de Direito, na forma vislumbrada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, em paralelo com a condição atribuída ao índio em cada um dos paradigmas: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. O trabalho pretende apontar a insuficiência da classificação de direitos em gerações, tendo em vista que a cada mudança de paradigma os direitos já instituídos ampliam-se, assumindo novos contornos, fato que ocorreu com os direitos de igualdade, que no Estado Democrático passou a agregar o reconhecimento e o respeito à diversidade e à pluralidade, e de cidadania, que mudou completamente de feição, passando a exigir efetiva participação dos cidadãos na escolha dos rumos da nação.

Com relação à cidadania, impõe-se a abertura de um capítulo específico abordando a condição de cidadão do índio brasileiro e as consequências do reconhecimento dessa condição enquanto integrante de um Estado Democrático de Direito. Neste ponto, serão abordados o direito de preservação de sua língua, cultura e tradições, albergado pela Constituição Federal, bem como a relação entre a condição de cidadão e o direito fundamental ao desenvolvimento, visando à emancipação do indígena no plano fático. Tal abordagem tem como escopo demonstrar que a incapacidade atribuída aos índios no passado não tem sustento no Estado Democrático de Direito.

Considerados os novos contornos do direito de cidadania e o reconhecimento do indígena como cidadão pleno e, como tal, sujeito de direitos e deveres no cenário nacional, impende verificar se persiste a tutela preconizada pela legislação anterior à Constituição de 1988 e definir qual deve ser a atuação da FUNAI no caso em estudo diante de tal diploma constitucional e da adoção, já no seu artigo inicial, do regime democrático.

## 1 O CONTEXTO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Na Medida Cautelar Inominada n. 5000549-15.2011.404.7202, em trâmite na 2ª Vara Federal de Chapecó, movida pelos indígenas Lurdes Barbosa e Ademir Correia da Silva em face do Cacique da Comunidade da Terra Indígena Xaçepó, Gentil Belino, os autores, representados por advogado constituído, alegaram que teriam sido expulsos pelo Cacique de sua casa, situada no interior da reserva indígena demarcada e onde haviam residido por toda a sua vida, e transportados em um caminhão, com todos os seus móveis, até a reserva indígena de Palmas/PR, onde foram impedidos de entrar pelo Cacique dessa área indígena, tendo ficado, portanto, desabrigados.

Com base em tais afirmações, os autores requereram medida cautelar de reintegração de posse, informando que estariam ajuizando a respectiva ação principal dentro de trinta dias.

A FUNAI, através de sua Procuradoria Federal Especializada, manifestou desinteresse no feito, como sintetizado pelo magistrado:

Intimada, a FUNAI informou não ter interesse em relação à lide. Argumentou que apesar de possuir o dever legal de tutelar os interesses indígenas, não pode intervir nas demandas que envolvem interesses antagônicos de membros da comunidade. Além disso, a FUNAI não pode interferir na organização social e costumes da comunidade indígena, sob pena de violação ao art. 231 da CF/88.<sup>1</sup>

No caso em apreço, o magistrado, afastando a incidência do artigo 109, XI<sup>2</sup>, da Constituição Federal, indeferiu a petição inicial, por entender inexistente a competência da Justiça Federal, ao que o Ministério

1 BRASIL. 2. *Vara Federal de Chapecó*. Ação Cautelar Inominada n. 5000549-15.2011.404.7202. Autores: Lurdes Barbosa e Ademir Correia da Silva. Réu: Gentil Belino. Data de autuação: 31 mar. 2011. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50005491520114047202&num\\_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0e1dfaa8abf3b](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50005491520114047202&num_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0e1dfaa8abf3b). Acesso em: 30 jan. 2014.

2 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] XI- a disputa sobre direitos indígenas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

Público Federal interpôs recurso de apelação, apresentando como um dos fundamentos a imprescindibilidade da participação da FUNAI no feito, seja como litisconsorte ativo ou passivo.

Além disso, a Procuradoria da República em Chapecó encaminhou à Procuradoria Federal Especializada da FUNAI a Recomendação n. 05/2011, dando ciência da decisão de:

RECOMENDAR à Procuradoria Federal Especializada da FUNAI em Chapecó, na pessoa da sua Procuradora Federal, para que não deixe de atuar nas demandas judiciais em que se discuta posse e propriedade em Terra Indígena, independentemente das partes envolvidas serem indígenas ou não, sob pena de por em risco a própria razão de existir da FUNAI, ou seja, de "Coordenar o processo de formulação e implementação da política indigenista do Estado brasileiro, instituindo mecanismos efetivos de controle social e gestão participativa, visando à proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas".

Ressalte-se que nesta, como em outras ações semelhantes, os índios, no mais das vezes, tem ido a juízo representados por advogados constituídos, sem solicitar a tutela da FUNAI, seja quando integram o polo ativo<sup>3</sup> ou o extremo oposto<sup>4</sup>.

Por outro lado, há ações judiciais em que a FUNAI é colocada no polo passivo da demanda em razão de seu suposto dever de tutela, o que ocorre especialmente em casos de reintegração de posse, quando os índios invadem área de terceiro não indígena, o qual pleiteia a condenação do órgão público indigenista a realizar a desocupação do imóvel<sup>5</sup>, ou quando o próprio indígena expulso por ordem do Cacique atribui à FUNAI uma omissão relacionada ao dever de tutela, com o intuito de obter indenização<sup>6</sup>.

3 Cf. Reintegração de Posse n. S. Juízo Federal Substituto da 2. Vara Federal de Chapecó. Autores: Antonio Gilmar Ferreira e Marinês de Oliveira. Réus: FUNAI e Idalino Fernandes. Data de Autuação: 08 ago. 2013. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50059277820134047202&num\\_chave=&hash=ad391cbec5fff0cb324ff780a75c19b5](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50059277820134047202&num_chave=&hash=ad391cbec5fff0cb324ff780a75c19b5). Acesso em: 30 jan. 2014.

4 Cf. Ação Ordinária n. 5001470-37.2012.404.7202. Juízo Federal da 2. Vara Federal de Chapecó. Autores: Adilson Jorge Ferreira e outros. Réus: FUNAI e Valmir Fernandes. Data de autuação: 27 fev. 2012. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50014703720124047202&num\\_chave=&hash=1f0bdf5d1000a046e3100504622a1779](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50014703720124047202&num_chave=&hash=1f0bdf5d1000a046e3100504622a1779). Acesso em: 30 jan. 2014.

5 Cf. Reintegração de Posse n. 5000242-68.2010.404.7211. Juízo Federal da 1. Vara Federal de Caçador/SC. Autor: Renar Maçãs. Ré: FUNAI. Data de autuação: 18 mai. 2010. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50002426820104047211&num\\_chave=&hash=3908385263d541eec57275a8e56c339f](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50002426820104047211&num_chave=&hash=3908385263d541eec57275a8e56c339f). Acesso em: 30 jan. 2014.

6 Cf. Ação Ordinária n. 5000826-64.2012.404.7212, em trâmite no Juízo Federal da 1. Vara Federal de Concórdia/SC. Autores: José Alcício Sagjo Pedroso e outros. Ré: FUNAI e União. Data de autuação: 17 maio 2012. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_)

É importante, nesse contexto, estabelecer os limites da atuação da FUNAI, afastando as dúvidas existentes acerca de sua legitimidade e responsabilidade em relação aos atos praticados pelos caciques e demais índios, bem como acerca da forma de intervenção porventura cabível em tais processos.

A questão merece ser refletida à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como do conteúdo fornecido por este novo paradigma aos conceitos de liberdade, igualdade e cidadania, em especial este último, albergado pela Carta Constitucional de 1988 entre seus princípios basilares, porquanto é a partir desse arcabouço conceitual que devem ser interpretados os artigos 231 e 232 da Constituição Federal e o regime tutelar estabelecido pelo Estatuto do Índio<sup>7</sup>.

## 2 OS ÍNDIOS E OS PARADIGMAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A noção de paradigma foi desenvolvida por Thomas Kuhn, no intuito de conceituar “pressupostos e pontos de vista compartilhados como sendo a fonte da coerência para as tradições da pesquisa normal”<sup>8</sup>. A sua transposição para a seara jurídica se dá na forma de um conjunto de compreensões que representam a “visão mais hegemônica de certa

---

selecionar&acao\_origem=processo\_consultar&acao\_retorno=processo\_consultar&num\_processo=50008266420124047212&num\_chave=&hash=a409b48c19a6c574cd3268f840f24faf. Acesso em: 30 jan. 2014.

7 BRASIL, *Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973*. Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. § 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória. § 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas. Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos. Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil. Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil. Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional. Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

8 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 66.

sociedade, compreendida em certo contexto, num dado período de tempo.”<sup>9</sup>

Um paradigma constitucional reflete a visão de mundo com que se elaboram e/ou interpretam as normas constitucionais, pois, nas palavras de Fernando José Gonçalves Acunha

A sucessão de paradigmas constitucionais do Estado moderno significa, assim, a sucessão de visões, interpretações e pré-compreensões que influencia a concepção que os atores sociais têm da própria Constituição e dos textos jurídicos a serem interpretados. Temas como a legalidade ou o conteúdo da legalidade, ambos de presença marcante em todos os paradigmas comentados, passam por interpretações e reinterpretações capazes de atualizar e modificar o seu sentido, a ponto de significar, hoje, algo completamente distinto daquilo que significaram antes.<sup>10</sup>

Os paradigmas constitucionais, segundo Menelick de Carvalho Netto<sup>11</sup>, referem-se ao Estado de Direito, ao Estado Social e ao Estado Democrático de Direito.

Os portugueses chegaram ao Brasil antes do advento do Estado Constitucional, no período em que governavam os reis absolutistas e não havia separação entre o patrimônio do Estado e o patrimônio do governante, pois o Estado servia apenas para satisfazer os interesses deste. Neste sentido, Acunha, ao discorrer sobre os modelos de administração pública que caracterizaram a evolução do Estado moderno, afirma, em relação ao modelo vigente no *ancien régime*, que “é possível dizer que não existe coisa pública em sentido contemporâneo, visto que o Estado é, em verdade, patrimônio do soberano, uma extensão daquilo que lhe pertence”.<sup>12</sup>

Já na sua concepção moderna, o Estado tem passado por inúmeras transformações, tanto em seu desenho constitucional como na sua forma de administrar e se relacionar com a sociedade civil. Como não podia deixar de ser, a relação do Estado com os primitivos habitantes das terras descobertas também foi sofrendo alterações substanciais de acordo com cada um dos paradigmas adotados.

9 AQUINO JUNIOR, Getúlio Eustáquio de. *Reflexões sobre o direito na pós-modernidade*. In: Publicações da Escola da AGU. Brasília, Advocacia-Geral da União, 2010. p. 150.

10 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 21 out. 2013.

11 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

12 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 36p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 21 out. 2013.

## 2.1 O Estado Liberal e a negação ao Índio da condição de sujeito de direitos

O advento do Estado de Direito, de viés liberal, representou a ruptura com o *ancien régime*, da sociedade medieval, em que vigia o poder absoluto do soberano, tendo surgido a ideia de público e privado como conceitos separados. O Estado era visto com desconfiança e por isso deveria ser mínimo, existindo apenas para possibilitar a liberdade, a igualdade e a propriedade, sendo-lhe reconhecido o exercício de funções de garantia da ordem social, defesa externa e administração da justiça. A igualdade no sentido formal, a liberdade e propriedade no sentido de não mais permitir a escravidão. A igualdade formal significava que a lei se aplica da mesma forma para todos, independentemente das peculiaridades inerentes a cada ser.<sup>13</sup> Na visão de Marés, esses direitos, ainda que mínimos, demoraram a ter aplicação prática, especialmente no Brasil, porquanto

O escravagismo brasileiro do século XIX deixa claro que no Estado Liberal a proclamação pela liberdade não significa mais do que a não-intervenção do Estado na vida econômica do cidadão e suas leis, talvez por isso mesmo são inoperantes para garantir os direitos proclamados. Quer dizer, a liberdade é contratual e negocial muito mais do que liberdade de pensar, de crer e de agir.<sup>14</sup>

No Estado Liberal, buscou-se a limitação dos poderes de atuação do Estado, protegendo-se, assim, o cidadão contra o absolutismo do rei, o que implicava a restrição da atividade administrativa, que era vista como usurpadora da liberdade individual. Para tanto, as Declarações de Direitos consagravam direitos fundamentais, que consistiam em deveres de abstenção pelo Estado. Esses direitos negativos oponíveis ao Estado consagravam essa igualdade formal entre os componentes da sociedade.<sup>15</sup>

Na vigência do Estado Liberal, portanto, não se reconhecia o direito à diferença e o índio, sendo diferente, era destituído de direitos concernentes à cidadania, representando um estorvo ao avanço do processo civilizatório, passível inclusive de extermínio<sup>16</sup>. No Brasil, apenas em 1910, com a criação do Serviço de Proteção ao Índio através

---

13 Idem.

14 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 81.

15 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

16 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 81.

do Decreto n. 8.072/1910<sup>17</sup>, é que se iniciou a preocupação com a sua proteção, com o objetivo, entretanto, de integração das comunidades indígenas à cultura oficial. Em 1916, sob essa ótica da negação das diferenças, o Código Civil<sup>18</sup> estabeleceu que os índios eram pessoas relativamente incapazes.

A crise que atingiu o modelo Liberal de Estado teve relação direta com o reconhecimento do princípio da igualdade apenas no seu aspecto formal, sem envolver a consideração das particularidades que envolvem os seres humanos, sendo indiferente aos desníveis sociais, o que permitia a exploração dos operários pelos detentores do capital, vez que a economia regia-se segundo as regras do livre mercado. Os explorados começaram a manifestar cada vez maior descontentamento, resultando em situações de conflito, estimulados pelas ideias socialistas e comunistas, e passaram a exigir direitos sociais, em detrimento do direito de propriedade e da autonomia da vontade dos contratantes. Por outro lado, a crise econômica vivenciada após a Primeira Guerra Mundial revelou as nefastas consequências de se deixar o mercado à sua própria sorte, evidenciando a necessidade de intervenção estatal na economia. A Grande Depressão, em 1929, também demonstrou a falibilidade do modelo de Estado Liberal, pois colocou em evidência os riscos a que está submetida a economia regida integralmente pelo mercado. O Estado precisava, portanto, fortalecer-se para assegurar meios de intervenção, a fim de corrigir as distorções provocadas pela autorregulação.

## 2.2 O Estado Social e o fomento da dependência e da incapacidade

O modelo liberal foi substituído pelo paradigma do Estado Social, o qual, pretendendo resolver os sérios problemas criados em face de sua atuação mínima, agigantou-se e passou a interferir nas relações entre particulares, a ser produtor de bens e serviços e a prometer o bem estar social, alterando os conceitos de liberdade e igualdade para buscar o sentido material de igualdade e sobre ele fundar o sentido de liberdade<sup>19</sup>. Nesse contexto, surgiram os direitos sociais, econômicos e

17 BRASIL. *Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910*. Art. 1º O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, criado no Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tem por fim: a) prestar assistência aos índios do Brasil, quer vivam aldeados, reunidos em tribus, em estado nomade ou promiscuamente com civilizados; b) estabelecer em zonas férteis, dotadas de condições de salubridade, de mananciais ou cursos de água e meios fáceis e regulares de comunicação, centros agrícolas, constituídos por trabalhadores nacionais que satisfaçam as exigências do presente regulamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

18 *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

19 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://>

culturais, de natureza positiva, atribuindo-se ao Estado não mais um dever de abstenção, mas de promoção desses direitos. O Estado passou a ser prestador de serviços públicos e a explorar diretamente atividades econômicas, tendo por cliente a sociedade. A propriedade deixou de ser absoluta, devendo exercer sua função social. Sob esse paradigma, os cidadãos eram vistos como conjunto de destinatários dos programas sociais, não como sujeitos, coautores de tais programas.<sup>20</sup>

Os índios passaram a merecer proteção constitucional a partir da Constituição de 1934<sup>21</sup>, mantendo a perspectiva integracionista que orientava a atuação do Serviço de Proteção ao Índio. A criação da FUNAI<sup>22</sup>, em 1967, e a edição do Estatuto do Índio<sup>23</sup>, em 1973, representaram significativo avanço na proteção aos direitos indígenas. Entretanto, essa tutela tinha como fundamento a incapacidade do índio, entendido como um ente incapaz de se adaptar às regras da sociedade vigente.

Com efeito, o Estatuto do Índio, em consonância com o paradigma do Estado Social, possui um capítulo destinado à “Assistência ou Tutela” (capítulo II), no qual determina a aplicação do regime tutelar aos índios e comunidades indígenas “ainda não integrados à comunhão nacional” (art. 7º), ao qual se aplicam “no que couber, os princípios e as normas da tutela de direito comum” (art. 7º, § 1º). A falta de assistência, segundo a referida lei, torna nulos os “atos praticados entre índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena” (art. 8º). A tutela coube à Fundação Nacional do Índio, órgão responsável por exercer “os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais”, conforme disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 5.371/67<sup>24</sup>.

Esse paradigma sofreu um colapso por volta da década de 70 do século XX, pois a cidadania passou a ser entendida como um processo que exige a participação efetiva dos cidadãos, reconhecendo-

---

moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242. Acesso em: 13 jun. 2013.

20 Idem.

21 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Art. 5º. Compete privativamente à União: [...] XIX – legislar sobre: [...] m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em: 04 dez. 2013

22 BRASIL. *Lei n. 5371, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

23 BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

24 BRASIL. *Lei n. 5371, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências*. BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

se paulatinamente a existência do pluralismo como riqueza e não mais como problema.

Para Janaína Penalva:

A crise do Estado de Bem-Estar Social reflete a ideia que se solidifica em um contexto de Estado Democrático de Direito de que o mero assistencialismo (Estado como pai) não forma cidadãos de verdade. Direitos não são dados, são conquistados. A relação do cidadão com o Estado não pode ser paternalista e dependente, a construção e definição de direitos reclama a participação direta dos envolvidos<sup>25</sup>.

Ainda hoje, contudo, no que diz respeito aos índios, o Estado brasileiro mantém resquícios dessa atuação paternalista inerente ao Estado Social, exercendo, em muitos casos, seja através do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, a tutela-incapacidade, que possui como consequência o fomento da cultura da dependência. Ressalte-se que mediante o exercício da tutela-incapacidade o Poder Público nega ao índio a condição de cidadão pleno, negando-lhe a própria dignidade.

Como exemplo dessa cultura de dependência, ainda persistente na prática do Estado brasileiro, podemos citar a decisão proferida na Ação Civil Pública n. 5003983-12.2011.404.7202<sup>26</sup>, ajuizada pelo Ministério Público Federal, visando compelir a FUNAI e a União ao fornecimento de cestas básicas para as famílias da etnia Guarani provisoriamente acampadas na Terra Indígena Toldo Chimbangue, no município de Chapecó, cuja posse pertence aos índios da etnia Kaingang, alegando o precário estado, em termos de moradia e alimentação, em que se encontravam as famílias aludidas.

Entre outras alegações, tais como a sua ilegitimidade passiva em face de que o fornecimento de cestas básicas às pessoas em situação de insegurança alimentar seria obrigação da Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), nos termos do artigo 19 da Lei n. 8.029/90, a FUNAI aduziu a falta de interesse de agir, tendo como um dos fundamentos a inexistência da situação alegada na inicial, não se encontrando tais famílias em situação de insegurança alimentar, nem se registrando qualquer caso de desnutrição ou fome.

Para comprovar suas alegações, a FUNAI juntou aos autos, além de outros documentos, declaração de profissional da área de enfermagem

25 PENALVA, Janaína. *Metodologia da pesquisa aplicada ao direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=195>. Acesso em 17 out. 2013.

26 BRASIL. 2. *Vara Federal de Chapecó. Ação Civil Pública n. 5003983-12.2011.404.7202*. Sentença proferida em 15/04/2013 pela Juíza Federal Substituta, Priscilla Mielke Wickert Piva. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=721366211737692550230000000001&evento=721366211737692550230000000001&key=87949abdd45ed21ece883463da31b2388e58ae1720cc0d0019f1971049af523](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=721366211737692550230000000001&evento=721366211737692550230000000001&key=87949abdd45ed21ece883463da31b2388e58ae1720cc0d0019f1971049af523). Acesso em: 30 jan. 2014.

que fazia acompanhamento nutricional na referida área indígena, atestando a inexistência de casos de desnutrição na comunidade, bem como relatório de viagem realizado pelo Setor de Assistência Social da referida fundação pública, contendo a informação de que nenhuma família se encontrava em situação de risco nutricional, bem como que todas as famílias contavam com renda própria, tendo em vista que todos os adultos possuíam alguma ocupação ou recebiam benefício social (aposentadoria rural, bolsa família etc).

A sentença, embora reconhecendo não ter sido comprovada a existência de casos de desnutrição entre os membros do referido grupo social, condenou as rés, em caráter solidário, ao fornecimento de cestas básicas às famílias da etnia Guarani acampadas na Aldeia Toldo Chimbanguê, “*mensalmente, de modo regular e por tempo indeterminado*”. A decisão traduz o esquecimento, pelo Poder Judiciário, de que políticas de fornecimento de cesta básica deveriam ser transitórias e adotar como pressuposto a necessidade do alimentando.

Na atuação do Poder Executivo, pode-se identificar o exercício da tutela-incapacidade na assunção, pelos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, da defesa judicial de interesses individuais indígenas de natureza cível, criminal, trabalhista, eleitoral e previdenciária, nos casos especificados na Portaria n. 839/2010<sup>27</sup>, da Advocacia-Geral da União, ainda que tal ato normativo excetue da atuação os casos em que os indígenas ou suas comunidades hajam constituído advogados privados.

O Estado Social, que certamente significou um avanço em relação ao modelo anterior, faliu, justamente, por buscar o extremo antagônico do liberalismo, tentando puxar para si toda a responsabilidade pela produção de bens, pela economia, previdência e implementação de direitos sociais, não tendo sido capaz de manter tal estrutura por muito tempo. A estrutura do Estado tornou-se pesada, morosa e burocrática, já não mais capaz de atender à demanda da sociedade clientelista que se formara. Além disso, segundo Habermas

O paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais, têm que pressupor implicitamente. A ideia de

---

27 BRASIL. *Advocacia-Geral da União. Portaria n. 839/2010*. Publicada no DOU de 21.06.2010. Seção 1, p. 52-53. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=254624>. Acesso em: 03 dez. 2013.

uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana.<sup>28</sup>

Conclui-se, portanto, que o predomínio do assistencialismo nesse modelo de Estado trouxe consequências nefastas, por limitar a atuação privada e impedir o exercício da plena cidadania, tendo em vista que colocava os integrantes da sociedade civil em uma condição passiva perante o Estado, como detentores de direitos, mas não como integrantes, participantes e responsáveis pelas decisões que seriam tomadas.

### 2.3 O Estado Democrático de Direito – emancipação e reconhecimento da diversidade

O Estado Democrático de Direito surge como uma reação aos dois paradigmas anteriores. O Estado não deve ser omissivo, mas também não pode retirar a autonomia da sociedade civil, a quem é reconhecida a participação nos processos decisórios. Deixa de haver uma separação absoluta entre a esfera pública e a privada. O Estado sai da esfera de produção, passando a fiscalizar, normatizar e controlar a realização das atividades privadas, ampliando seu raio de atuação na seara fiscalizatória. O Estado prestador dá lugar ao Estado regulador, que deve atuar de forma a manter a harmonia e o equilíbrio entre a atuação do mercado e a manutenção dos direitos individuais e sociais constitucionalmente assegurados, além dos direitos difusos e coletivos, como é o caso do meio ambiente e dos direitos das minorias. Nesse novo paradigma, a sociedade civil adquire a titularidade do interesse público, sendo exigida dos cidadãos maior participação, seja consultiva ou deliberativa, na gestão das políticas públicas, tornando-se imperioso, segundo Habermas<sup>29</sup>, o estabelecimento de um processo comunicativo/discursivo para a participação social na definição de tal interesse.

Segundo Habermas, a legitimidade de uma norma obedece ao princípio democrático segundo o qual, para a formação da norma, deve haver um processo institucionalizado que contemple a ampla participação de todos aqueles que serão por ela atingidos, a fim de que, mediante o intercâmbio de argumentos, possa ser encontrado o consenso em torno do melhor dos argumentos apresentados. Essa legitimidade, daí decorrente, é o que confere dignidade ao ordenamento político, por nele ter sido reconhecida a justiça e equanimidade, pois os destinatários da

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 159.

29 HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do direito e do estado democrático de direito*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 set. 2013.

norma reconhecer-se-ão também como seus autores, tendo em vista que participaram de seus processos decisórios.

Pela teoria da razão argumentativa, ou da ação comunicativa, Habermas busca superar a ideia, então vigente, de uma racionalidade científica e instrumental. A ética passa a ser argumentativa e a sociedade racional passa a ter como fundamento a relação intersubjetiva, não mais a relação entre sujeito e objeto<sup>30</sup>.

No Estado Democrático de Direito foram consagrados, em âmbito constitucional, os direitos difusos e individuais homogêneos, atendendo à demanda de uma sociedade que deixou de lado a posição cômoda que havia assumido no Estado Social paternalista para passar a reivindicar o reconhecimento dos mais variados direitos, inclusive dos pertencentes a titulares difusos ou que não poderiam ou não teriam força para reivindicá-los, como é o caso do meio ambiente e das minorias. São, portanto, direitos que expressam a solidariedade e a fraternidade.

É corrente no meio acadêmico a ideia de que com a evolução histórica do Estado sobrevieram acréscimos à tábua de direitos fundamentais, entendidos como de primeira, segunda e terceira gerações<sup>31</sup>. Em apertada síntese, poder-se-ia afirmar que os de primeira geração, surgidos no Estado Liberal, estariam relacionados ao direito de liberdade e teriam caráter negativo, por exigirem uma abstenção do Estado, visto com desconfiança; os de segunda geração, surgidos com o Estado Social, teriam caráter positivo, exigindo, em conformidade com esse modelo de Estado Protecionista, um caráter positivo, podendo ser tutelados pela coletividade, tais como os direitos sociais e culturais; os de terceira geração seriam os direitos difusos, modalidade que tomou corpo com o advento do Estado Democrático de Direito<sup>32</sup>.

Entretanto, há que ir mais fundo na compreensão de tais direitos, porquanto, como destaca Menelick de Carvalho Neto<sup>33</sup>, as mudanças de paradigmas que implicaram o surgimento do Estado Social e do Estado Democrático de Direito também significaram uma virada hermenêutica, que resultou em profundas modificações nos conceitos de liberdade, igualdade e cidadania, por exemplo. Isso significa que não surgiram apenas direitos novos conforme os paradigmas iam se alterando, mas

30 MILOVIC, Miroslav. *Emancipação com reflexão: Habermas*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=80>. Acesso em: 24 out. 2013.

31 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

32 RORIZ, Rodrigo Matos. *O Direito e a Administração Pública nos paradigmas jurídicos do Estado. Uma abordagem sob a perspectiva da relação Estado x cidadão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3518, 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23735>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

33 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

surgiram, isso sim, novas compreensões dos direitos já existentes, que tiveram como consequência a redefinição completa do seu significado.

Assim ocorreu, por exemplo, com os direitos de liberdade e igualdade, que foram redefinidos no Estado Social, passando a agregar, além do seu aspecto formal, uma dimensão material que resultou na ampliação do seu significado e, por conseguinte, na obrigatoriedade de uma atitude positiva do Estado no sentido de garantir a sua materialização, inclusive mediante o condicionamento da propriedade a uma função social. Já no Estado Democrático de Direito esses conceitos estão intrinsecamente relacionados ao conceito de cidadania, que requer a inclusão dos excluídos no conceito de povo e, inclusive, esse novo paradigma requer nova definição, tanto do conceito de cidadania quanto do de povo, pensando-se este como sujeito e não apenas como destinatário dos direitos.

Pode-se afirmar, então, que o que está ocorrendo não é simplesmente uma ampliação da tábua geracional de direitos, e sim uma virada na visão de mundo que norteava os modelos estatais anteriores, a qual, por sua vez, implica a alteração dos paradigmas do próprio constitucionalismo.

Consequência do paradigma do Estado Democrático de Direito, o conceito de democracia também sofreu uma virada hermenêutica ao longo do tempo. Vista por Carl Schmitt como um conceito que exige unicamente a identidade entre governantes e governados, sofreu uma releitura por Chantal Mouffe<sup>34</sup>, que aduz ser justamente a pluralidade, a tensão antagonônica entre a lógica da identidade e a lógica da diferença, o elemento que tem feito subsistir o projeto democrático. Nesse redimensionamento, entretanto, o pluralismo não pode ser absoluto, devendo ser estabelecidos alguns limites constitucionais, alguns valores básicos erigidos em princípios, fundamentais para manter o processo democrático e evitar, por exemplo, uma ditadura em que a maioria se imponha e as minorias não possam ter direito de participação<sup>35</sup>. Na doutrina de Carvalho Netto

[...] não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo, sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo.<sup>36</sup>

Desta forma, a democracia é essencial ao constitucionalismo atual porque confere legitimidade ao processo que resultou na edição da lei

34 MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra/ carl Schmitt*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

35 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 13p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 16 out. 2013.

36 Idem.

fundamental, que somente será reconhecida como legítima por um povo que teve participação efetiva na sua elaboração, assentando nela seus princípios básicos de relacionamento. Esse processo democrático é o que garante que cada integrante da comunidade regida por esse instrumento se reconheça como sujeito e coautor da norma da qual é destinatário.<sup>37</sup>

O Estado Social prometia a democracia e a efetividade da cidadania. Entretanto, entendia cidadania apenas no contexto de massa, como objeto dos programas sociais. Assim, os programas eram editados de cima para baixo, sem a participação dos destinatários. O sujeito era o Estado. A experiência foi suficiente para se aprender que não é dessa forma que se dá o acesso à cidadania, pois esse acesso nunca foi concedido pelo Estado Social, apesar da promessa nesse sentido<sup>38</sup>. O Estado Social, de cunho paternalista, gerou apenas dependência.

No Estado Democrático de Direito, a cidadania compreende a materialização do direito de cidadania<sup>39</sup>, que implica não apenas o direito de voto, mas o direito de participar da definição das políticas das quais será destinatário, ou seja, de ser o sujeito dos programas sociais. De acordo com Acunha,

Na nova feição de Estado não se fala de legitimidade, participação e interação com a sociedade apenas como retórica discursiva desprovida de efeitos práticos, mas, em verdade, busca-se um modelo em que os destinatários das normas sejam entendidos como seus autores. Essa é a interseção entre o modelo jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito com a feição econômico-administrativa representada pelo Estado Regulador.<sup>40</sup>

É possível afirmar, portanto, que cidadania incondicional é consequência do paradigma Estado Democrático de Direito e requer ampla participação dos destinatários na formação das normas e não apenas como destinatários delas, a fim de que os destinatários se reconheçam também como coautores e, dessa forma, concedam legitimidade ao sistema normativo. Nessa cidadania incondicional está presente o conceito de diversidade cultural, compreendendo as minorias raciais, culturais e religiosas, bem como os hipossuficientes.

37 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

38 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

39 Idem.

40 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

A Constituição de 1988<sup>41</sup> reflete esse novo paradigma, ao reconhecer “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (artigo 231), colocando a cultura indígena em pé de igualdade com a cultura majoritária, bem como ao assegurar aos índios, suas comunidades e organizações a legitimidade para defender seus direitos e interesses na seara judicial (artigo 232).

O problema que se coloca nesse contexto é relacionado ao papel do Estado como gerador de políticas públicas que incentivem os índios a abandonarem o papel de tutelados para assumirem a perspectiva de emancipação preconizada pela Constituição Federal de 1988, exercendo a cidadania plena.

### 3 O ÍNDIO E A CONDIÇÃO DE CIDADÃO BRASILEIRO

Considerando que a Constituição brasileira de 1988 erigiu, entre seus fundamentos, o princípio da cidadania, é mister inquirir qual a relevância, em relação aos índios, do reconhecimento da importância de tal princípio pelo texto constitucional, pois, como visto, a cidadania plena é requisito para a democracia, estando, portanto, na base do próprio Estado Democrático de Direito. Significa dizer que um Estado que não confere cidadania ampla a seus integrantes, não reconhecendo a diversidade dos grupos étnicos que a compõem, não pode se erigir em Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, portanto, é necessário afirmar a condição de cidadãos brasileiros conferida aos indivíduos de etnia indígena integrantes da nação brasileira. Vale dizer que as comunidades indígenas não constituem uma nação à parte, configurando-se, ao contrário, como parte constitutiva deste grande Estado pluriétnico e multicultural denominado República Federativa do Brasil. Tanto é assim que possuem um capítulo da Constituição (Capítulo VIII) tratando do reconhecimento de sua organização social, costumes, crenças, tradições e direito à terra, sob o manto do Estado brasileiro. Tal assertiva está em consonância com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, extraíndo-se da ementa o seguinte excerto:

A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações

41 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Artigos 231 e 232. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.<sup>42</sup>

Além disso, os índios não ficaram à parte no processo de elaboração da Constituição, que foi chamada de cidadã justamente por ter havido intensa participação popular durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, estabelecendo-se, na prática, o processo discursivo preconizado por Habermas, o que conferiu ampla legitimidade ao documento resultante.

O movimento indígena protagonizou ações nos espaços do Congresso, nos gabinetes dos constituintes, nos gramados do Congresso, seja em forma de debates, rituais, celebrações, protestos, ou propostas dos direitos indígenas. Fato inédito na história do país. Nunca antes houvera semelhante mobilização indígena pelos seus direitos nas Constituições. Valeu a pena. Após intensos debates, embates, recuos e avanços, finalmente foi aprovado o Capítulo VIII– “Dos Índios”, no qual se garante os direitos fundamentais dos povos indígenas, particularmente suas terras/territórios e se supera o regime de tutela, reconhecendo aos povos indígenas, suas comunidades e organizações como legítimos para “ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses” (art. 232).<sup>43</sup>

Deve-se considerar, portanto, que a participação ativa vivenciada no processo constituinte demonstrou que os índios veem a si mesmos como cidadãos brasileiros e, como tais, sujeitos de direitos e deveres na ordem constitucional.

Nesse contexto, não é possível concordar com Marés quando afirma que o Estado e as constituições não possuem legitimidade em relação aos povos indígenas “porque eles não viviam, e não vivem, como indivíduo, mas como coletivo e o Estado não contém a dimensão do coletivo”<sup>44</sup>. Como já afirmado, os índios tiveram participação intensa na elaboração da Carta constitutiva da nação brasileira. Além disso, os índios, sem dúvida, possuem existência e vontade individual, não

42 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, Petição 3388, Rel. Carlos Ayres Britto, Julgamento pelo Plenário em 19.03.2009*. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 03 dez. 2013.

43 HECK, Egon. *Mobilização e conquista dos direitos indígenas na constituinte*. In constituição 20 anos – caderno de textos. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009.

44 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Juruá: Curitiba, 2008. p. 82.

podendo ser compreendidos somente no seio de uma comunidade, mas como integrantes dela, com anseios próprios e independentes dos anseios da coletividade, apesar de muitas vezes coincidirem com os dos demais integrantes dessa coletividade. O ajuizamento de ações possessórias contra seus próprios caciques demonstra essa tomada de posição no sentido de exigir direitos individuais mesmo no âmbito de uma terra indígena, cuja natureza de ocupação é coletiva.

Estabelecida a premissa de que o componente indígena está inserido no todo maior da nação brasileira, impende dar efetividade ao princípio da cidadania, agora entendido como cidadania participativa. Para tanto, o Estado deve incentivar a autonomia e a assunção, pelos índios, da posição de protagonistas, não mais de vítimas da história. Isso porque é mais fácil, após tanto tempo mantidos sob tutela, aceitar a permanência dessa situação, embora vivendo de forma precária, do que buscar a emancipação, porquanto, na visão de Paulo Freire, o oprimido teme a liberdade, que exige de sua parte o esforço de buscar o preenchimento, com o conteúdo da autonomia, do vazio deixado pela expulsão da sombra dos opressores.<sup>45</sup> Marcon compartilha desse entendimento, ao advertir sobre a necessidade de uma educação emancipatória que neutralize a tendência dos povos indígenas a um aprofundamento das relações de subordinação e de tutela:

O que se observa é que muitas comunidades indígenas, pelo menos no sul do Brasil, vivem o paradoxo apontado por Freire: a busca da libertação por parte de alguns grupos e o desejo de permanecer na condição de tutelado ao Estado, nele buscando não apenas os direitos fundamentais assegurados em lei (saúde e educação), mas também alimentação, distribuída através de cestas básicas. A liberdade, conforme assegura Freire, é uma conquista e exige esforço por parte dos oprimidos para conquista-la. Essa decisão é um pressuposto para a efetivação da emancipação e da cidadania. Neste sentido, sublinha Freire, (1981, p. 57) que é fundamental, para qualquer processo emancipatório, a consciência da vocação para ser sujeito: ‘os oprimidos, nos vários momentos da sua libertação, precisam reconhecer-se como homens, na sua vocação ontológica e histórica de ser mais’<sup>46</sup>.

A autonomia dos cidadãos é fundamental para a concretização do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a necessidade de uma participação efetiva em relação à formulação e gestão de políticas

45 FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido*. Disponível em <http://forumeja.org.br/files/PedagogiaDoOprimido.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

46 MARCON, Telmo. *Políticas de educação indígena: da tutela à emancipação*. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/simposio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhosCompleto/comunicacoesRelatos/0518.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

públicas voltadas ao melhoramento social, a fim de que tais políticas adquiram legitimidade e os beneficiários reconheçam-se também como seus autores.

### 3.1 O princípio da cidadania e o direito à preservação do costume indígena

O reconhecimento aos índios de “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” é decorrência do princípio da cidadania erigido como base constitucional, significando que, em observância aos preceitos democráticos que garantem o direito à diversidade, o Estado brasileiro abandonou a perspectiva de integração como meta, no sentido adotado até então, e positivado no Estatuto do Índio, concedendo aos indígenas o direito de permanecerem à margem da cultura majoritária<sup>47</sup>.

O paradigma integracionista, adotado pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73) é bastante criticado na atualidade, sob o fundamento de que considera o índio uma *categoria social transitória*<sup>48</sup>, conduzindo à sua extinção em face da perda de seus traços culturais destacados, colocando também a descoberto a ideia do indígena como ser inferior na escala evolutiva, como é possível compreender na doutrina de Helder Girão Barreto:

Por seu turno, o art. 4º do Estatuto classifica os índios em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados” – de acordo com o menor ou maior contato ou integração à comunidade envolvente – numa perspectiva que designaremos por “paradigma da integração”. Em síntese, segundo este “paradigma”, há estágios de evolução cultural pelos quais os índios (isolada ou coletivamente) passarão, necessária e inexoravelmente. Estágios a partir dos quais seria possível diferenciá-los numa “escala hierárquica” de “menos” ou “mais evoluídos”.

Nesta perspectiva, portanto, o índio é visto como um “ser inferior” que deve ser e precisa ser “integrado à comunhão nacional”. Completada a integração, não será mais considerado “inferior”, mas também não será mais considerado índio e, portanto, não merecerá mais qualquer forma de tutela especial.<sup>49</sup>

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, segundo o autor, o termo “integração” dá lugar à palavra “interação”<sup>50</sup>, em consonância com

47 SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 46.

48 Idem.

49 BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 33.

50 Ibidem, p. 101.

a corrente antropológica que reconhece o evolucionismo multilinear, no sentido de que cada civilização segue um caminho diferente em sua evolução, em contraposição ao evolucionismo unilinear, segundo o qual os povos seguem uma escala hierárquica única e linear de evolução, estando os índios ainda numa condição primitiva<sup>51</sup>.

Entretanto, a diversidade de condições em que se encontram os índios do Sul e do Norte do país não pode ser ignorada, tendo em vista que existem ainda comunidades completamente isoladas<sup>52</sup> das demais culturas e outras que convivem de forma muito próxima, inclusive com a adoção de muitos dos costumes da sociedade não índia. Por isso, a situação não pode ser compreendida apenas no plano abstrato, sem levar em consideração as questões inerentes a cada caso, razão pela qual seria oportuna a investigação e reflexão acerca da pertinência da manutenção de tal diferenciação nos dias atuais.

Mesmo entre os indígenas de uma mesma região, as diferenças culturais são uma realidade inegável, como resume Telmo Marcon ao se referir aos índios Kaingang:

Cumpra mencionar, ademais, que, no âmbito das comunidades indígenas, no sul do Brasil, existem muitas disparidades internas, especialmente entre os Kaingang. Hoje, existem indígenas com cursos de graduação e de pós-graduação lato e stricto sensu, enquanto outros permanecem analfabetos; alguns incorporaram a lógica capitalista de produção e outros sobrevivem de atividades esporádicas como diaristas; há os que desenvolvem agricultura mecanizada e outros não tem terra para cultivar e sobrevivem da venda de artesanato; existem os que lutam pela preservação das matas, ao mesmo tempo em que outros se associam a madeireiros. Esses poucos exemplos evidenciam paradoxos de difícil solução.<sup>53</sup>

Por outro lado, a integração, embora não mais passível de ser imposta pelo Poder Público, pode, sim, acontecer, e inclusive ser incentivada pelo Estado, desde que desejada e realizada pelo próprio indivíduo ou grupo indígena. Da mesma forma que não é permitido ao Estado forçar a integração desses grupos, tampouco é permitido forçar o seu isolamento ou a manutenção de costumes que já não fazem parte de sua realidade.

51 BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba, Juruá, 2010. p. 36.

52 Cf. Notícia: Funai filma pela primeira vez tribo de índios que vive isolada na Amazônia. UOL, São Paulo. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2013/08/13/funai-filma-uma-das-tribos-de-indios-que-viviam-isoladas-na-amazonia.htm>. Acesso em: 16 out. 2013.

53 MARCON, Telmo. *Políticas de educação indígena: da tutela à emancipação*. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/simpósio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhosCompleto/comunicacoesRelatos/0518.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

Stefanini aduz, inclusive, a existência de um “direito fundamental à integração”, em nada afetado pelo advento da atual Constituição, defendendo a integração, sem a perda dos elementos étnicos diferenciadores, com o objetivo de oportunizar ao índio “a possibilidade, dentre inúmeras outras, de assumirem a condição de células da vida nacional.”<sup>54</sup>

Essa ideia de que a integração não é sinônimo de perda de identidade já era defendida por Pedro Agostinho anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, o qual distingue integração de assimilação, afirmando que somente na ocorrência da assimilação é que os traços culturais indígenas seriam perdidos, porquanto

A condição de integrados dos índios ‘reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis’ não exclui a persistência de ‘usos, costumes e tradições característicos de sua cultura’ (art. 4º, III), ou, noutras palavras, não exclui a persistência de alteridade étnica manifestada através de seus atributos culturais.<sup>55</sup>

Para Manuela Carneiro da Cunha, tem ocorrido uma confusão nefasta entre os termos “integração”, que envolve o reconhecimento de direitos de cidadania e de participação no processo político do país<sup>56</sup>, e “assimilação cultural”, que implica a dissolução na sociedade nacional<sup>57</sup>.

Neste ponto, é perceptível o saudosismo de muitos estudiosos das questões indígenas, sejam juristas ou antropólogos. Esse pensamento é retratado por Lucas Alves da Silva no artigo “A História Kaingáng através do Ritual do Kiki”.

Com nostalgia, pensamos: ‘belos tempos em que o índio vivia em harmonia com a natureza, até que o homem branco veio e destruiu tudo’. Sim, o homem branco ‘veio’ e dizimou os povos nativos da América, mas muitas tribos, etnias, nações, ou como se queira chamar, sobreviveram. Esses povos ‘sofreram’ uma assimilação da cultura branca com a sua, mas isso também não quer dizer que eles são menos índios do que aqueles que ‘viviavam em harmonia com a natureza’. Não importa se eles são agricultores sedentários, vivem em casas com antena parabólica. Eles continuam sendo índios, e a história é isso, as mudanças, e temos de aceitá-las. Mesmo que, é claro, isso não impede de acharmos que a vida seria melhor sem essas assimilações.

[...]

54 STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 113.

55 AGOSTINHO, Pedro. *Incapacidade civil relativa e tutela do índio*. In SANTOS, Sílvia Coelho dos. *O Índio perante o direito* (Ensaio). 1. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982. p. 68.

56 CUNHA, Manuela Correia da. *Índios no Brasil*. 1. ed., São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 102 e 114.

57 Idem, p. 102.

Os Kaingáng, um povo indígena real, se enquadram perfeitamente no povo hipotético que tentei descrever antes. Aquele povo que, com a chegada do homem branco, foi incorporando à sua cultura a deles e que hoje não vive mais entre as florestas, de caça e coleta. Atualmente – e já faz um bom tempo – eles vivem como agricultores sedentários, plantando para a sua subsistência e também para o comércio nas cidades vizinhas.<sup>58</sup>

O fato é que não é possível, nem desejável, retornar ao passado, devendo-se voltar os olhos para o futuro visando conceber as mudanças necessárias a permitir o exercício da plena cidadania a todos os integrantes da nação brasileira.

Por outro lado, a imagem do índio encontra-se distorcida e estereotipada, o que prejudica a compreensão acerca das peculiaridades de cada povo que compõe esse conceito. Como ensina Marés:

[...] a riquíssima diversidade cultural dos índios no Brasil não foi ainda entendida pela sociedade brasileira. O próprio termo índio, genérico, insinua que todos esses povos são iguais. O senso comum acha que todos têm uma mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas civis e de família. Esta falsa ideia é disseminada nas escolas através dos livros didáticos, que não raras vezes misturam os índios brasileiros, seus costumes, com os índios norte-americanos que aparecem, também, estereotipados, nos filmes do velho oeste.

O próprio Marés, contudo, demonstra não ter clara essa diferença, porquanto apresenta a mesma visão romanceada, quando afirma, em crítica à Carta Régia de 13 de maio de 1808, contrapondo-se à disposição nela contida de que a sociedade então vigente era pacífica e doce e vivia sob leis justas e humanas:

Esta ideia de que a civilização é pacífica e doce e de que as leis são justas e humanas é recorrente na vida social brasileira desde 1500. O interesse nacional está sempre acima dos interesses dos grupos, ainda quando estes grupos são povos indígenas que vivem em uma sociedade, esta sim, pacífica e doce, humana e justa, mas *diferente*. (grifo no original)<sup>59</sup>

Se havia em 1808 uma errônea percepção da sociedade dominante, denota-se que essa afirmação de Marés, por sua vez, está carregada de uma visão preconcebida do índio como o ser pacífico, doce, humano e justo, condizente com o personagem Peri, da Obra O Guarani, de José de

58 SILVA, Lucas Alves. *A história kaingáng através do ritual do kiki*. Disponível em: <http://seer.cfh.ufsc.br/index.php/sceh/article/viewFile/144/193>. Acesso em: 11 set. 2013.

59 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 106.

Alencar, mas que não se coaduna com a realidade das inúmeras aldeias indígenas espalhadas pelo país, cuja diversidade étnica multifacetária demonstra que nem sempre é dessa forma. A afirmação de Marés também esconde uma realidade vivida hoje em grande parte dos aldeamentos, em que esse ideal de humanidade e justiça não é tão facilmente encontrado, tanto que cada vez mais os índios procuram o Poder Judiciário contra seus próprios pares.

Impende ver que, embora a Constituição reconheça o direito à organização própria e determine o respeito aos costumes de cada etnia, não protege as agressões a direitos fundamentais, mesmo que inerentes a essa cultura ou tradição. Sobre o tema, a Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, introduzida no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 5051/2004<sup>60</sup>, em seu artigo 8º, dispõe:

Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. [...]

Desse modo, a política de não-intervenção, alçada ao âmbito constitucional, porquanto destinada a proteger direitos não só coletivos como também individuais, não pode ser invocada para deixar a descoberto a proteção de direitos fundamentais das minorias inseridas dentro dessa coletividade minoritária, pois isso significaria conferir aos caciques um poder de vida e morte sobre seu povo, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, que exige o reconhecimento, às minorias, de mecanismos de proteção de seus direitos que as coloquem em condições de igualdade em relação às maiorias<sup>61</sup>.

### 3.2 A cidadania e o direito fundamental ao desenvolvimento

O preceito constitucional insculpido no artigo 231 da Constituição de 1988<sup>62</sup> caracteriza um direito que pode ser oposto pelos índios ao

60 BRASIL. *Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

61 SCOTTI, Guilherme. *Razão prática, moral e direito – uma leitura contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 24 out. 2013.

62 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 dez. 2013).

Estado, não o contrário, não podendo ser tal assertiva utilizada para a segregação ou isolamento compulsório dos integrantes das etnias indígenas, nem, tampouco, para impor aos índios a manutenção de seus costumes ancestrais, língua ou tradição.

Aos índios, como aos demais integrantes dos diversos grupos étnicos que compõem a população brasileira, foi reconhecido o direito ao desenvolvimento<sup>63</sup>, que é inerente ao princípio da cidadania e vem mencionado já no preâmbulo da Constituição de 1988<sup>64</sup> como um valor superior, precedente à própria composição do Estado.

O termo “desenvolvimento” vem definido, na Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, de 1986, como

[...] um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.<sup>65</sup>

A República Federativa do Brasil, embora não tenha editado norma específica sobre o direito ao desenvolvimento, erigiu, no artigo 3º, inciso II, de sua Constituição, a garantia do desenvolvimento nacional como um de seus objetivos fundamentais. Assim, para Robério Nunes dos Anjos Filho,

Embora a nossa Constituição não o mencione com todas as letras, ao contrário, por exemplo, da Constituição Portuguesa, é possível afirmar que o direito ao desenvolvimento tem abrigo no direito constitucional brasileiro. Em outras palavras, à luz da atual Constituição da República Federativa do Brasil é possível concluir que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental que integra o nosso ordenamento jurídico-positivo.<sup>66</sup>

63 Sobre o direito ao desenvolvimento, segundo Robério Nunes dos Anjos Filho, “[...] foi o jurista senegalês Keba M'Baye quem por primeiro utilizou a expressão, quando proferiu a conferência inaugural do Curso de Direitos Humanos do Instituto Internacional de Direitos do Homem de Estrasburgo em 1972, a qual terminou publicada com o título de O direito ao desenvolvimento como um direito do Homem”. Cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196.

64 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 dez. 2013).

65 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

66 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 268.

A adoção no plano interno brasileiro de um direito fundamental ao desenvolvimento está implícita na adoção do regime democrático, bem como na base principiológica na qual se sustenta a Constituição e nos tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil.<sup>67</sup> De acordo com o Prof. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, “reconhece-se no direito brasileiro um direito ao desenvolvimento, qualificado como direito fundamental decorrente, nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição da República”.<sup>68</sup>

É possível ir mais longe, afirmando que o direito ao desenvolvimento está na própria base do Estado Democrático, que sem ele não se sustenta. Isso porque, como visto, o conceito de cidadania sofreu uma virada hermenêutica no paradigma do Estado Democrático, demandando a participação discursiva na definição das normas e políticas públicas. Entretanto, para Habermas, a sobrevivência do Estado Democrático depende da capacidade e qualificação dos cidadãos para o exercício do poder pensante e discursivo.<sup>69</sup>

Com efeito, o princípio democrático não será efetivado enquanto os cidadãos não detiverem o poder real de escolha quanto aos destinos da nação, de nada adiantando a implantação de processos discursivos se as partes que dele participarem não forem detentoras de autonomia que lhes possibilite fazer escolhas livremente e expressar essas escolhas. O direito ao desenvolvimento visa, portanto, não somente ao desenvolvimento econômico, mas também individual, social e cultural.

A pessoa humana, assim, tem o direito de participar ativamente do desenvolvimento, exercendo o seu papel ativo em benefício próprio e dos demais, contribuindo na medida das suas potencialidades, que devem ser ampliadas ao máximo.<sup>70</sup>

Esse desenvolvimento integral interessa ao Estado Democrático de Direito, portanto, na medida em que esse modelo estatal exige a participação de cidadãos qualificados para o exercício da cidadania, o que não é possível num estado que fomenta as relações de dependência, as quais possuem como pressuposto a incapacidade de uma das partes. Assim, de acordo com Habermas,

A sociedade democrática como um todo não sobreviverá, se as decisões tomadas pelas pessoas não tiverem uma certa qualidade, que pode ser

67 Idem, p. 269.

68 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n. 16 – nov/dez/jan-2009. Salvador: 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

69 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* – Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158.

70 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 222.

definida de várias maneiras. Através disso, ela também está interessada na qualificação dos cidadãos: em seu poder de informação, em sua capacidade de refletir e de levar em conta as consequências de decisões politicamente relevantes, em sua vontade de formular e impor interesses levando em conta os interesses de seus concidadãos e das gerações futuras, numa palavra, ela está interessada em sua ‘competência comunicativa’ [...].<sup>71</sup>

Com base nas ideias expostas, é possível afirmar que o direito ao desenvolvimento visa à obtenção da autonomia e da emancipação do índio no plano fático, a fim de que possa exercer plenamente o direito de cidadania. A norma constitucional que garante a preservação da língua, cultura e tradições indígenas não pode ser utilizada, portanto, como pretexto para manter as comunidades indígenas à margem do desenvolvimento econômico, social e cultural.

## 4 A ATUAÇÃO ESTATAL NA PROTEÇÃO DOS INTERESSES INDÍGENAS

### 4.1 Extinção da tutela indígena pela Constituição Federal de 1988

Prestigiando o princípio da cidadania, a Constituição Federal estabeleceu no artigo 232 que *“os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”*.<sup>72</sup>

Vale destacar a diferença substancial existente entre a redação adotada pela Constituição e as disposições do Estatuto do Índio. Segundo o art. 34 do Estatuto do Índio, *“cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”*. Já o artigo 37 dispõe:

Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.

A assistência do Ministério Público Federal, preconizada no artigo acima transcrito, significava a assistência da União, tendo em vista que, nos termos do artigo 138, § 2º, da Constituição de 1967, os Procuradores da República eram os representantes da União em Juízo.<sup>73</sup>

71 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Volume II*. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158.

72 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 dez. 2013.

73 BRASIL, *Constituição Federal de 1967: Art. 138. [...] § 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local*. (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em: 15 jan. 2014.)

É interessante notar que o artigo 232 da Constituição Federal, que atribui aos índios, suas comunidades e organizações, a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, impõe, como prerrogativa conferida aos índios, a necessidade de intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo, não fazendo referência, em momento algum, à assistência do Ministério Público ou da FUNAI, como fazia o Estatuto do Índio.

Não se trata de mera alteração de forma. Trata-se, ao contrário, de uma mudança de paradigma no trato da questão indígena, como reconhece a Procuradoria Federal Especializada da FUNAI no Parecer n. 04/PGF/PG/FUNAI/07, que trata dos limites da atuação da Procuradoria da FUNAI:

Numa clara mudança de paradigmas, a Constituição foi expressa no artigo 232 ao prever o ingresso dos índios, suas comunidades e organizações em juízo, sendo partes legítimas para defenderem seus direitos e interesses. Revogou a necessária assistência do órgão de proteção ao índio e do Ministério Público, que deverá, tão só, intervir em todos os atos do processo como fiscal da lei. Reconheceu a possibilidade do índio ser parte legítima no processo, concretizando o direito de todos de recorrer ao Poder Judiciário na defesa de seus direitos e interesses, sem qualquer restrição ou interpretação equivocada que poderia ser feita da assistência que lhe é devida pelo Estado.

Por outro lado, o artigo 231 da Constituição confere à União a responsabilidade por proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios e é nessa previsão que se assenta a doutrina para afirmar a manutenção de um regime tutelar a ser exercido pelo Estado<sup>74</sup>. Contudo, a leitura desse artigo deve ser efetuada em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, que reconhece o pluralismo como valor inerente à democracia, que necessita da participação ativa da sociedade nos processos decisórios, sendo possível afirmar que a Constituição emancipou o índio, porquanto reconheceu o seu direito de ser diferente sem que isso represente uma condição de inferioridade, tendo reconhecido também a sua plena capacidade processual, o que implica o reconhecimento da capacidade civil plena, de direito e de fato. A capacidade processual para demandar e para ser demandado.

A posição dos indígenas e de suas comunidades no polo passivo foi negada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento n. 96.01.01182-0/DF<sup>75</sup>, sob o entendimento

74 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 107 e 108.

75 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1. Região. *AI 96.01.01182-0/DF*, Terceira Turma, Relator Leão Aparecido Alves. Julgado em 23 mai. 2001. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/default>.

de que a norma constitucional deve ser interpretada no contexto de um sistema protetivo, razão pela qual não poderia ser invocada para permitir a legitimidade passiva do índio. O contexto das ações dúplices, entretanto, deixa claro que a capacidade de demandar não difere da capacidade para ser demandado, uma vez que ambas exigem os mesmos requisitos. Por outro lado, não se coaduna com o paradigma democrático e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária a concessão de direitos sem a contrapartida da imputação de deveres inerentes à cidadania, tendo em vista que “estes ideais democráticos alimentam a cada passada do tempo mais deveres na exata medida da expansão dos direitos.”<sup>76</sup>

O Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região já se manifestou no sentido de que a Constituição de 1988 extinguiu o instituto da tutela<sup>77</sup>, tendo migrado para um regime de proteção<sup>78</sup>, não mais competindo “ao Estado, por meio da União, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73)”.<sup>79</sup>

Com efeito, sob o novo paradigma do Estado de Direito, que reconhece o direito à alteridade, tendo em vista a concepção do pluralismo como valor intrínseco ao processo democrático, e considerando que esse paradigma exige a plena cidadania para a sua efetividade, não é mais possível considerar que os índios sejam seres de formação incompleta, o que os tornaria incapazes e, portanto, sujeitos à tutela do Estado.

O artigo 232 da Carta constitutiva representa, portanto, a emancipação dos povos indígenas de uma tutela que pressupunha o reconhecimento de sua incapacidade, ferindo, assim, a sua dignidade.

#### 4.2 Novos contornos da atuação estatal

A argumentação até aqui expendida buscou estabelecer algumas premissas, quais sejam: a) o paradigma democrático requer o

---

php?p1=12479019964010000. Acesso em: 23 out. 2013.

76 STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 101.

77 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 0006904-88.2009.404.7108*, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 29/10/2010. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a). Acesso em: 30 jan. 2014.

78 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 1999.72.01.005824-4*, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, D.E. 03/09/2007. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f). Acesso em: 30 jan. 2014.

79 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 2005.72.12.001892-9*, Quarta Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 29/04/2011. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322). Acesso em: 30 jan. 2014.

reconhecimento da diversidade e do pluralismo, exigindo dos cidadãos a participação efetiva em um processo discursivo permanente que propicie que os destinatários das normas se reconheçam também como seus autores; b) os índios são cidadãos brasileiros, aos quais foi reconhecida sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, não significando isso o engessamento desses valores, porquanto também lhes foi reconhecido, como aos demais cidadãos, o direito ao desenvolvimento; c) os índios foram emancipados da tutela estatal pela Constituição de 1988.

A partir de tais premissas, é possível afirmar que o papel do Estado, no que diz respeito aos indivíduos e comunidades indígenas, não pode mais estar atrelado a políticas assistencialistas, que negam ao assistido a condição de cidadão integral, colocando-o em posição passiva, sendo necessário, ao contrário, o estabelecimento de políticas públicas que visem ao desenvolvimento de capacidades e à autonomia individual e coletiva, única forma de colocar os índios em condições materiais de igualdade social, o que favorece o exercício do poder decisório sobre o próprio destino.

Neste ponto, cabe uma análise acerca do papel a ser exercido pelo Estado em relação aos índios, bem como da necessidade ou adequação da intervenção da FUNAI nas ações judiciais que envolvam índios.

O artigo 231<sup>80</sup> da Constituição Federal estabelece uma proteção a ser exercida pela União sobre direitos que são inerentes aos índios, em relação a seus bens e às terras por eles tradicionalmente ocupadas. Essa proteção está relacionada à condição de vulnerabilidade dos índios enquanto minoria étnica, o que demanda atenção diferenciada do Estado, assim como ocorre no caso dos idosos<sup>81</sup> e deficientes<sup>82</sup>, os quais, em razão de uma condição especial que os deixa mais vulneráveis, merecem proteção especial. Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

---

80 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

81 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

82 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014

Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público).<sup>83</sup>

Entretanto, tal proteção não tem a natureza de tutela de pessoas, mas apenas de direitos, implicando a instituição de políticas públicas que favoreçam o exercício de direitos em igualdade de condições com o restante da população, o que pode ocorrer, inclusive, mediante a realização de ações afirmativas. A vulnerabilidade não pode ser confundida com incapacidade, embora por vezes seja decorrência desta última condição.

No caso dos índios, como visto, houve uma emancipação no plano jurídico, sendo dever do Estado a elaboração de programas que visem à obtenção dessa emancipação também no plano fático, a fim de dar cumprimento ao preceito democrático que exige a participação discursiva dos cidadãos na elaboração das políticas públicas e normas às quais serão submetidos.

Nessa linha de raciocínio, impende ver que a intervenção da FUNAI nas ações judiciais na condição de representante ou assistente dos indígenas, se admitida na vigência do Estado Social, não tem suporte constitucional na atualidade, pois não compete ao Estado substituir-se à vontade dos indígenas ou falar por eles em juízo, já que estes não estão albergados no rol de incapazes, possuindo capacidade civil e processual plena.

Poder-se-ia arguir que a FUNAI deve atuar, a fim de propiciar o acesso à justiça de pessoa necessitada, quando o indígena participante do processo: a) não possua condições de contratar advogado; b) não seja conhecedor da língua ou cultura majoritária; ou c) seja considerado relativa ou absolutamente incapaz nos termos da legislação infraconstitucional.

Contudo, nenhuma das três situações acima mencionadas justifica a atuação da FUNAI como representante ou assistente dos índios. No primeiro caso porque a capacidade conferida aos indígenas pela Constituição é a capacidade processual, que implica o direito de se fazer presente no processo sem tutela ou assistência, a qual difere da

83 BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4. Região. Apelação Cível n. 2001.72.01.004308-0*. Rel. Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. D.E 25 nov. 2008. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29). Acesso em: 06 dez. 2013.

capacidade postulatória, cujo titular é o advogado. A FUNAI também, embora possua capacidade processual, não detém capacidade postulatória, devendo valer-se da Procuradoria-Geral Federal para apresentar-se em juízo. De modo que são institutos distintos, não devendo ser confundidos.

Neste ponto, deve-se atentar para o artigo 134 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”<sup>84</sup>

Dessa forma, tratando-se de indígena com dificuldades materiais para contratação de um advogado, é à Defensoria Pública que cabe a orientação jurídica e a representação judicial, com a necessária intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo.

Nas demais hipóteses, tendo em vista a não-recepção do Estatuto do Índio no que diz respeito à tutela conferida à FUNAI, não cabe a este órgão a representação ou assistência, devendo-se solucionar a questão mediante a análise dos dispositivos legais pertinentes posteriores à Constituição e com ela compatíveis, ou ainda, enquanto não editada a legislação prevista no artigo 4º, parágrafo único, do Código Civil, mediante a utilização, por analogia, dos artigos 3º e 4º<sup>85</sup> daquele Código. Isso significa que o indígena relativa ou absolutamente incapaz será assistido ou representado nos termos da lei civil e o assistente ou representante outorgará poderes ao respectivo advogado para exercício do *jus postulandi*.

Na mesma linha argumentativa, é patente, ainda, a ilegitimidade passiva da FUNAI no que diz respeito às ações possessórias mencionadas, tendo em vista que o órgão público não detém qualquer poder sobre os atos praticados pelos Caciques, devendo inclusive abster-se de fazer intervenções sobre a cultura, costumes ou tradições indígenas.

Tampouco é possível a inserção da FUNAI no polo passivo de ações que visem à obtenção de indenização em face da prática de atos ilegais por parte de um ou mais índios, tendo em vista que, não sendo o índio incapaz, não pode ser atribuída ao órgão indigenista a responsabilidade por suas ações, sejam lícitas ou ilícitas. A emancipação

84 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 134. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

85 BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 16 jan. 2014.

do índio pela ordem constitucional brasileira implica a assunção, por este, dos direitos e deveres inerentes à sua condição de indivíduo capaz e responsável por seus atos.

O reconhecimento de uma cultura, no caso cultura indígena, determinou a obrigatoriedade, estabelecida tanto para o Estado quanto para a sociedade, de encarar o índio como cidadão, respeitando sua diversidade. A diferença étnica deve ser respeitada, protegida e valorizada, mas nunca tutelada. Significa que o órgão indigenista federal deve assumir uma nova feição a partir do texto constitucional de 1988. Significa que o Estado deve adequar suas políticas públicas ao contexto da cultura diferenciada existente nas comunidades indígenas. Significa que o índio, sujeito de direitos, deve ser encarado de outro modo pelo Estado, com a afirmação plena de sua identidade e capacidade.<sup>86</sup>

Essa solução também é contemplada pelo artigo 8º, 3, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, inserida no ordenamento jurídico interno pelo Decreto n. 5051/2004<sup>87</sup>, segundo a qual “A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes”.

Eventualmente, pode a FUNAI ser chamada a colaborar com o Juízo no esclarecimento de questões que necessitem da aferição de elementos relacionados à língua, cultura e tradições indígenas que se façam necessários para a solução da lide. Entretanto, tal função pode ser cumprida com o mesmo resultado por profissionais da área de antropologia, sendo desnecessária, portanto, a participação da FUNAI nessa condição.

Não se olvida que a União e a FUNAI podem intervir em processos de seu interesse, nos termos da Lei n. 9.469/97<sup>88</sup>, ou mesmo no cumprimento do dever de proteger e fazer respeitar os bens indígenas. Contudo, essa intervenção será efetuada em nome próprio, não sendo

86 BECKHAUSEN, Marcelo. *As consequências do reconhecimento da diversidade cultural*. In *Questões de cidadania e o diálogo entre o jurídico e a antropologia*. Porto Alegre: UFRGS. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas\\_beckhausen.pdf](http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas_beckhausen.pdf). Acesso em: 25 out. 2013.

87 BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

88 BRASIL. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm). Acesso em: 06 dez. 2013.

possível fazê-lo substituindo-se à vontade do índio e, tampouco, mediante intromissão na cultura, língua ou tradição dos povos protegidos pela Carta magna.

Esta é a solução que se compatibiliza com a Constituição Federal de 1988, em cujo processo de elaboração os índios foram partícipes ativos e demonstraram a capacidade de exercício da cidadania, mediante a reivindicação de seus direitos sem qualquer tipo de assistência ou representação do órgão indigenista.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma do Estado Democrático de Direito aponta para a necessidade de reconhecimento da diversidade cultural formadora do povo brasileiro, não somente no seu aspecto histórico, mas também na interação multicultural e no reconhecimento da dignidade das minorias étnicas e culturais. Nesse contexto, os índios, que no Estado Social foram considerados seres inferiores e incapazes, alcançaram, ao menos no âmbito constitucional, o reconhecimento de sua plena cidadania, bem como do direito de preservarem a sua forma de organização social, seus costumes, crenças e tradições, consoante exposto no artigo 231 da Constituição Federal vigente, que também lhes reconhece a legitimidade para ingresso em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

Assim, não é permitido ao Estado atual continuar a exercer a tutela sobre os índios e os povos indígenas nos mesmos moldes em que o fazia no Estado Social, quando se formulavam políticas protecionistas que tinham como resultado o fomento da dependência. Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, tampouco, o engessamento dos costumes indígenas, dado que a todos os povos é reconhecido o direito ao desenvolvimento, assumido como um valor pelos representantes do povo brasileiro no preâmbulo da Constituição de 1988, bem como em decorrência da adoção do princípio da dignidade humana em sua base normativa.

No Estado Democrático de Direito, cabe aos índios o papel de sujeitos da própria história, exercendo o seu livre-arbítrio para decidir se querem o isolamento, a integração ou ainda a manutenção de um modo de vida que apenas interage com os demais povos que formam a nação brasileira. Cabe a eles a manutenção ou abandono de sua língua e costumes ancestrais, sendo certo que, mesmo que a decisão seja pela preservação dessa língua e cultura, tais elementos também são passíveis de evolução, não podendo permanecer estáticos, congelados, porquanto a vida, por si só, oferece inúmeros motivos de novas descobertas linguísticas e culturais. Não é lícito ao Estado, portanto, pretender que

determinada comunidade indígena continue realizando os rituais que eram realizados por seus antepassados, assim como a sociedade comum também não realiza mais as coisas da mesma forma que realizava há cem ou duzentos anos atrás. Todos os povos possuem a prerrogativa da evolução, não podendo tal direito ser negado aos povos indígenas. Quando a Constituição, em seu artigo 231, reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, por certo não pretende engessar esse conjunto de características, mas apenas garantir às etnias indígenas um direito que corresponde ao seu livre-arbítrio.

A tutela indígena, que tão bem representava o modo de agir do Estado Social, perdeu sua razão de ser no Estado Democrático de Direito, porquanto este exige a cidadania plena, que tem por pressuposto a autonomia e a competência comunicativa. O exercício da tutela, atualmente, não tem base conceitual e normativa, representando um ofensivo e odioso ataque ao direito de cidadania dos índios, não sendo reconhecido pelo sistema normativo da Constituição.

O dever de proteção aos bens e à cultura indígena, preconizados pela Carta de 1988, impõe a elaboração de políticas públicas protetivas desses bens e dessa cultura, sendo defeso ao Estado, entretanto, atuar como representante dos índios, judicial ou extrajudicialmente, porquanto a estes, enquanto cidadãos, é dado o poder de manifestação e determinação quanto ao seu destino. Também não cabe ao Estado responder civilmente pelos atos praticados pelos índios, pois essa responsabilidade tem como pressuposto uma incapacidade que não mais subsiste no Estado pluralista e Democrático. O índio, como cidadão, é sujeito de direitos, deveres e responsabilidades na ordem constitucional brasileira. Cabe ao Estado, ainda, para dar efetividade ao princípio democrático, a elaboração e consecução de políticas públicas que propiciem o desenvolvimento e consequente aquisição de autonomia aos indivíduos e grupos indígenas componentes da nação brasileira, a fim de que possam atuar no processo discursivo em igualdade de condições com o restante da população nacional.

## REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

AGOSTINHO, Pedro. *Incapacidade civil relativa e tutela do índio*. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. *O Índio perante o direito (Ensaio)*. 1. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AQUINO JUNIOR, Getúlio Eustáquio de. *Reflexões sobre o direito na pós-modernidade*. In *Publicações da Escola da AGU*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BECKHAUSEN, Marcelo. *As consequências do reconhecimento da diversidade cultural*. In *Questões de cidadania e o diálogo entre o jurídico e a antropologia*. Porto Alegre: UFRGS. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas\\_beckhausen.pdf](http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas_beckhausen.pdf). Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. *Advocacia-Geral da União. Portaria n. 839/2010*. Publicada no DOU de 21.06.2010, Seção 1, págs. 52-53. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=254624>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em: 04 dez. 2013.

BRASIL, *Constituição Federal de 1967*: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014

BRASIL. *Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. *Lei n. 5371, de 05 de dezembro de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm). Acesso em: 03 dez. 2013

BRASIL, *Lei n. 6001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm). Acesso em: 06 dez. 2013.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 16 jan. 2014.

BRASIL. *2. Vara Federal de Chapecó*. Ação Cautelar Inominada n. 5000549-15.2011.404.7202. Autores: Lurdes Barbosa e Ademir Correia da Silva. Réu: Gentil Belino. Data de autuação: 31 mar. 2011. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50005491520114047202&num\\_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0ea1dfaa8abf3b](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50005491520114047202&num_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0ea1dfaa8abf3b). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1. Região. *AI 96.01.01182-0/DF*, Terceira Turma, Relator Leão Aparecido Alves. Julgado em 23 mai. 2001. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=12479019964010000>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 0006904-88.2009.404.7108*, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 29 out. 2010. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 1999.72.01.005824-4*, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, D.E. 03 set. 2007. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 2005.72.12.001892-9*, Quarta Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 29 abr. 2011. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região. Apelação Cível n. *2001.72.01.004308-0*. Rel. Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29). Acesso em: 06 dez. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, Petição 3388, Rel. Carlos Ayres Britto*, Julgamento pelo Plenário em 19.03.2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 03 dez. 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012, 13p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 16 out. 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no brasil*. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido*. Disponível em <http://forumeja.org.br/files/PedagogiadoOprimido.pdf>. Acesso em 13 set. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do direito e do estado democrático de direito*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Disponível em <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em 13 set. 2013.

HECK, Egon. *Mobilização e conquista dos direitos indígenas na constituinte*. In constituição 20 anos – caderno de textos. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MARCON, Telmo. *Políticas de educação indígena: da tutela à emancipação*. Texto disponível em <http://www.anpae.org.br/simposio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhosCompleto/comunicacoesRelatos/0518.pdf>. Acesso em 11 set. 2013.

MILOVIC, Miroslav. *Emancipação com reflexão: Habermas*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=80>. Acesso em: 24 out. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra/ carl Schmitt*. Texto disponível em <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* n. 16 – nov/dez/jan-2009. Salvador: 2009. Disponível em: <http://>

[www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf). Acesso em: 05 dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

PENALVA, Janaína. *Metodologia da pesquisa aplicada ao direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012, 25p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=195>. Acesso em: 17 out. 2013.

RORIZ, Rodrigo Matos. O Direito e a Administração Pública nos paradigmas jurídicos do Estado. Uma abordagem sob a perspectiva da relação Estado x cidadão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3518, 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23735>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SCOTTI, Guilherme. *Razão prática, moral e direito – uma leitura contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242> Acesso em: 24 out. 2013.

SILVA, Lucas Alves. *A história kaingáng através do ritual do kiki*. Disponível em: <http://seer.cfh.ufsc.br/index.php/sceh/article/viewFile/144/193>. Acesso em: 11 set. 2013.

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

STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

