
A PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E OS MENORES INDÍGENAS EM SITUAÇÃO DE RISCO: O PAPEL DE PROMOÇÃO DA PLURALIDADE

THE FEDERAL ATTORNEY GENERAL AND INDIGENOUS CHILDREN AT RISK: THE ROLE OF PROMOTING PLURALISM

Eduardo Raffa Valente

Procurador Federal, em exercício na Procuradoria Seccional Federal em Marília-SP, com histórico de lotação na Procuradoria Federal Especializada junto à Funai em Dourados-MS

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza jurídica dos direitos dos indígenas; 2 A intervenção da FUNAI no Estatuto da Criança e do Adolescente; 3 A colocação do menor indígena em família substituta não indígena; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa as competências da Procuradoria-Geral Federal na proteção e defesa dos direitos fundamentais dos menores indígenas, à vista da política da interação positivada pela Constituição da República de 1988, sobretudo após as inovações introduzidas pela Lei n.º 12.010, de 03 de agosto de 2009, no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre elas a intervenção processual da Fundação Nacional do Índio (Funai) nos processos judiciais cujas causas de pedir envolvem menores indígenas em situação de risco. Busca-se abordar os principais aspectos da atuação dos procuradores federais, aos quais compete a representação judicial e extrajudicial da Funai, a fim de lançar alguma luz sobre uma temática pouco tratada pela doutrina e que reúne escassa jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Menores Indígenas. Situação de Risco. Procuradoria-Geral Federal. Funai. Intervenção.

ABSTRACT: This article analysis the competences of the federal attorney general in protecting and defending the fundamental rights of indigenous children, based on the interaction policy of the 1988 Constitution of the Republic, especially after all innovations introduced by the Law n. 12.010, from August 3rd, 2009, in the Institute for Children and Adolescents, among them the procedural motion from the National Indian Foundation (Funai) in every judicial process that involves indigenous children at risk. We seek to approach the main aspects of all Federal Prosecutors performances when it comes to Funai's judicial and extrajudicial representation, in order to cast some light over a theme not too developed by the doctrine and that gathers very little jurisprudence.

KEYWORDS: Indigenous Children. At risk. Federal Attorney General. Funai. Motion.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) promoveu uma mudança radical de paradigmas em relação aos indígenas. O novo documento constitucional modificou profundamente a política indigenista do Estado brasileiro, operando-se a substituição da concepção assimilacionista (ou integracionista) pela perspectiva da interação, no sentido da preservação da pluriétnicidade presente no território nacional. Passou-se a repudiar a ideia de “infantilização” do indígena e a correspondente percepção de superioridade cultural da sociedade envolvente, a fim de considerá-lo como ser humano dotado de capacidade plena, pertencente a um grupo étnico distinto daqueles pertinentes aos não-índios, mas que se mantêm em constante interação, sem qualquer hierarquia e com respeito às diferenças culturais de cada qual.

Em verdade, a nova ordem foi além, pois a promoção do multiculturalismo não vigora apenas quanto ao binômio “índigenas e não-índigenas”, mas sim em relação a todas as pluralidades socioculturais sob sua égide, como pode ser observado a partir da conjugação das prescrições extraídas dos artigos 1º, inciso V; 3º, incisos I e IV; 206, inciso III; 210, caput e § 2º; e 215, caput e parágrafos 1º, 2º e 3º, inciso V, todos da Constituição do Brasil.

Contudo, por maior e melhor que seja a pretensão de eficácia da Constituição, ela não realiza sua força normativa se não houver uma vontade de Constituição (práxis constitucional), para usar as expressões de Konrad Hesse (1991, *passim*).

Isso se observa na historicidade da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que, a despeito de distar dois anos da nova Constituição, não dispensou sequer uma palavra aos indígenas no seu texto original, se não bastasse o forte viés autoritário especialmente manifestado nos famigerados “procedimentos verificatórios”. Todavia, a modificação desse quadro adveio com a promulgação da Lei n.º 12.010, de 03 de agosto de 2009, que promoveu alterações substanciais no texto incipiente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em claro processo de efetivação da pretensão de eficácia da Constituição, tanto para adequá-lo à dimensão constitucional mínima do devido processo legal, em que o contraditório e a ampla defesa assumem papel central, vedando-se o uso indiscriminado dos malfadados “procedimentos verificatórios”, como para conferir tratamento adequado aos menores indígenas, que merecem inegável cuidado especializado, na dicção do art. 231 da Constituição brasileira.

Nessa esteira, ganha relevo a introdução da cogente intervenção do “órgão federal responsável pela política indigenista” nos casos de processos

judiciais relativos à colocação de crianças ou adolescentes indígenas em família substituta, nos termos do art. 28, § 6º, inciso III, do ECA. E, sendo a Fundação Nacional do Índio (Funai) o “órgão federal responsável pela política indigenista”, compete à Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, viabilizá-la, nos termos do art. 10 da Lei n.º 10.480, de 02 de julho de 2002.

Importa esclarecer que a teleologia da norma, ao remeter a “órgão federal”, foi apenas a de torná-la estável, insubmissa às eventuais mudanças na estrutura administrativa do Poder Executivo federal. Não houve observância à melhor técnica à vista do regime jurídico-administrativo, em que os órgãos não detêm personalidade jurídica (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 144). Basta ver que a Funai não é um órgão propriamente dito, mas uma fundação pública federal, com personalidade jurídica de direito público, criada pela Lei n.º 5.371, de 05 de dezembro de 1967. A personalidade jurídica de direito privado, mencionada no seu art. 1º, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, em decorrência da sua configuração jurídica, especialmente do poder de polícia a ela atribuído pelo inciso VII do mesmo artigo (STJ, 1989), o que torna indene de dúvidas a competência da Procuradoria-Geral Federal.

Deste modo, torna-se fácil apreender o relevantíssimo papel dos procuradores federais na proteção dos direitos individuais dos menores indígenas em situação de risco, sobretudo no que diz respeito à formação do elo entre o Judiciário, as demais funções essenciais à Justiça e a Funai, espalhando-se os conceitos fundamentais à compreensão e ao respeito à diversidade étnica.

1 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DOS INDÍGENAS

A correta concepção da natureza jurídica dos direitos constitucionais dos povos indígenas constitui premissa inalienável ao exercício da competência de defesa dos interesses dos menores indígenas. Com efeito, é essencial que o procurador federal não permaneça alheio à finalidade e à razão de existir das suas atribuições em cada caso, sob pena de fracassar na consecução do interesse público primário subjacente à competência pública.

Fundada no escopo de concretização de igualdades especiais voltadas ao reparo de opressões históricas, por meio de complexos mecanismos constitucionais contramajoritários, a Constituição de 1988 revela uma verdadeira e hialina manifestação do constitucionalismo fraternal. Não por outra razão que os indígenas foram contemplados com um capítulo próprio na estrutura normativa da Constituição, onde o constituinte originário positivou seus direitos fundamentais ao respeito às respectivas

organizações sociais, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições, bem como aos direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas (CRFB, art. 231).

Embora a organização topográfica do texto constitucional tenha furtado a enunciação dos direitos individuais e coletivos dos indígenas do título “dos direitos e garantias fundamentais”, é irretorquível que os direitos prescritos pelo art. 231 da Constituição têm natureza de direitos fundamentais; direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos, na terminologia de Canotilho (2003, p. 404), porquanto o enunciado positiva norma constitucional protetora de bens jurídicos que encerram indiscutível conteúdo concernente à essencialidade humana, sem os quais o seres são incapazes de exercer a inteireza do poder de autodeterminação individual. São direitos reconhecidos pelo art. 5º, § 2º, da Lei Fundamental, que enuncia um conceito material de direitos fundamentais e deixa clarividente a possibilidade de existirem outros direitos fundamentais espalhados pela Constituição, fora do catálogo convencional: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição (grifo nosso)”. Cuidam-se de direitos fundamentais espargidos que, José Afonso da Silva (2014, p. 181), preferiu denominar “direitos decorrentes”, em contraposição aos “direitos expressos”.

Aliás, é José Afonso da Silva quem profere preciosa lição quanto aos direitos e interesses dos indígenas:

Os direitos e interesses dos índios têm natureza de direito coletivo, direito comunitário (grifos do autor). Essa ideia reconduz à comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. “Os bens das gens pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade.” (2007, p. 821)

Portanto, constata-se que os indigitados direitos dos povos originários decorrem diretamente do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, primado que conduz a uma concepção antropocêntrica do Estado e constitui a fundamentalidade material de grande parte dos direitos fundamentais; aquele direito a ter direitos, imortalizado por Hannah Arendt (2012, p. 406).

Além disso, nos casos de menores indígenas em situação de risco, cujo risco, muitas vezes, reside somente na concepção do não-índio, também podem se revelar como importantes direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, porquanto impõem ao Estado “um dever de abstenção,

um dever de não interferência” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 157) em relação às externalidades étnicas protegidas pela Constituição.

2 A INTERVENÇÃO DA FUNAI NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O art. 28, § 6º, inciso III, do ECA, incluído pela Lei n.º 12.010/09, prescreve a obrigatoriedade da intervenção da Funai nos processos judiciais que envolvam a colocação de menores indígenas em família substituta:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[...]

§ 6º. Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

[...]

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Trata-se de uma modalidade atípica (NEVES, 2017, p. 335) de intervenção de terceiros destinada a ampliar a dialética processual entre as partes, à vista do dever de resguardo da identidade étnica das crianças e dos adolescentes indígenas, especialmente dos multicitados direitos fundamentais prescritos no art. 231 da Constituição, a teor do inciso I do § 6º do art. 28 do ECA.

O enunciado legal veicula uma nítida norma de ordem pública que torna cogente a intervenção “do órgão federal responsável pela política indigenista”, de modo que sua inobservância acarreta nulidade absoluta dos atos processuais praticados, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.566.808/MS.

Embora a intervenção da entidade federal, judicialmente representada pela Procuradoria-Geral Federal, deva ocorrer em quaisquer casos de colocação de crianças ou de adolescentes indígenas em famílias substitutas, que pode se dar nas modalidades de guarda, tutela ou adoção, o exercício

das respectivas competências adquire maior acuidade naquelas hipóteses identificadas pela rede de proteção como estado de sujeição do menor à situação de risco.

As denominadas “situações de risco” são aquelas caracterizadas pela violação ou ameaça dos direitos das crianças e dos adolescentes por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, ou em virtude de atos dos próprios menores, nos moldes do art. 98 do ECA.

São conjecturas que podem conduzir inclusive à perda do poder familiar pelos pais, a depender da gravidade das ações ou omissões, principalmente à luz dos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, caso em que, sendo os pais oriundos de comunidades indígenas, a intervenção da Funai junto à equipe interprofissional ou multidisciplinar do juízo também se torna obrigatória, conforme dispõe o art. 157, § 2º, da Lei n.º 8.069/90, cuja prescrição já havia sido incluída no seu art. 161, § 2º, pela Lei n.º 12.010/09, tendo sido reposicionado no dispositivo atual pela Lei n.º 13.509/17.

Nesse contexto, exsurge com maior agudeza a atribuição da Funai de entidade promotora da política indigenista nacional, cujos servidores técnicos devem trabalhar junto à equipe multidisciplinar do juízo da infância e da juventude, especialmente em relação aos assistentes sociais incumbidos de elaborar os estudos sociais.

Em regra, os servidores da entidade indigenista acompanham as diligências realizadas pela equipe interprofissional ou multidisciplinar do juízo (ECA, art. 151), com a finalidade de aproximá-la dos aspectos socioculturais da comunidade indígena atingida, assim como a de colher os dados necessários à produção de relatórios circunstanciados paralelos àqueles decorrentes dos estudos psicossociais elaborados pelos serviços auxiliares da Justiça.

Os dados colhidos pelos técnicos da Funai e condensados nos respectivos relatórios circunstanciados independentes apresentam relevância superlativa na apreciação dos casos de menores indígenas em situação de risco. Destinam-se não somente a subsidiar o trabalho do procurador federal que viabilizará a intervenção da entidade nos processos judiciais, mas também a apresentar ao juízo uma perspectiva relativista do mundo, visando assegurar a pluriétnicidade recepcionada pela Constituição da República.

O que constitui “situação de risco” aos olhos da sociedade envolvente pode não o ser segundo a visão das comunidades indígenas, sendo indispensável levar ao conhecimento do julgador alguns aspectos do relativismo cultural que envolve a questão indígena, em detrimento da

ótica universalista, sob o pálio do inciso I do § 6º do art. 28 do ECA, como faceta do direito à convivência familiar e comunitária, prescrito no art. 227 da Constituição. Com efeito, no âmbito das 305 etnias indígenas identificadas no Brasil (FUNAI, 2017), é comum, por exemplo, que as crianças exerçam um papel central nas respectivas comunidades, sendo consideradas como seres muito bem definidos e individualizados, com um poder de autodeterminação individual consideravelmente mais hipertrofiado do que aquele deferido às crianças que crescem no seio da sociedade envolvente, em que são consideradas praticamente como extensão dos pais. Nessa medida, é corriqueiro que nas comunidades indígenas predomine uma política de orientação em relação às crianças, em contraposição ao conceito de autoridade parental acolhido pela sociedade envolvente, muito embora cada uma das centenas de etnias conhecidas possa apresentar identidades completamente distintas.

Entretanto, é possível que a situação de risco realmente subsista, seja sob a ótica da comunidade indígena, seja segundo as concepções da sociedade envolvente, mormente tendo em conta que os direitos à organização social, aos costumes e às tradições aborígenes devem ser ponderados com os direitos individuais à vida, à saúde e à integridade física dos menores, cuja análise depende de acuradíssima avaliação do procurador federal oficiante, que deve se apoiar nas conclusões da equipe técnica da Funai, com o objetivo de tomar a decisão mais adequada sobre o caminho a trilhar no processo.

Nesse aspecto, importa esclarecer ao juiz e à equipe multidisciplinar, incumbida de buscar e identificar os membros da família extensa ou ampliada capazes de assumir as responsabilidades legais sobre o menor submetido à situação de risco, justamente o conceito de família estendida, à vista da etnia assistida pelo Estado no caso concreto, em respeito ao princípio da prevalência da família. É que a conceituação de família extensa nas etnias indígenas tende a destoar substancialmente do conceito análogo na sociedade envolvente, basicamente definido no parágrafo único do art. 25 da Lei n.º 8.069/90, porquanto a consanguinidade pode não ser um fator determinante para a posição de um menor na estrutura da organização social da comunidade, por exemplo.

Além disso, nos casos de esgotamento infrutífero das buscas de integrantes aptos da família estendida, somado à comprovada impossibilidade de reintegração familiar, incumbe à Procuradoria Federal velar pela observância do art. 28, § 6º, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive interpondo os recursos disponíveis para tanto. Com efeito, a legitimidade recursal da fundação indigenista, na qualidade de terceiro interveniente, provém não só da sua condição de sujeito da

relação jurídica processual, já que o terceiro adquire a posição de parte após ingressar nela (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 321; NEVES, 2017, p. 1609), mas da própria teleologia da norma jurídica que obriga sua intervenção, enfocada, essencialmente, no desenvolvimento da tarefa de fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais dos indígenas. A lei criou uma presunção legal absoluta de interesse jurídico da Funai na intervenção, originada da competência pública da entidade de garantir o cumprimento da política indigenista, havendo sucumbência justificante do interesse de recorrer sempre que a Procuradoria Federal identificar alguma violação aos direitos sujeitos à proteção especial.

Nessa toada, a adoção do infante por membros da sua comunidade ou por integrantes da mesma etnia pode se revelar uma alternativa diante do caso concreto. São situações em que a regra especial prescrita pelo inciso II do § 6º do art. 28 do ECA, deve prevalecer sobre a regra geral do art. 50, § 13, do mesmo estatuto, introduzido pela Lei n.º 12.010/09, que prescreveu a proibição *prima facie* da adoção *intuitu personae* (ou *dirigida*). A obrigação de obediência à ordem do cadastro de pretendentes à adoção apenas exsurge nas hipóteses em que há mais de um candidato na mesma situação, pertencentes à mesma comunidade indígena ou etnia. Caso haja apenas um aspirante, não amoldável a quaisquer das hipóteses de incidência da regra matriz do § 13 do art. 50 do ECA, a norma especial deve prevalecer.

Entrementes, nos casos de adoção das medidas protetivas de acolhimento institucional nas entidades de atendimento ou de inclusão dos menores indígenas em programas de acolhimento familiar (art. 101, incisos VII e VIII, do ECA), mantém-se a obrigatoriedade da intervenção da Funai, eis que tais medidas devem ser marcadas pela provisoriedade e excepcionalidade, “utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta [...]”, nos termos do art. 101, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante disso, se um dos princípios norteadores dos acolhimentos institucional ou familiar é justamente a reintegração familiar ou a excepcional colocação do menor em família substituta, obviamente que a Funai deve intervir nos casos que envolvam crianças ou adolescentes indígenas, e não apenas nos processos destinados a tratar da colocação em família substituta propriamente dita. Em última análise, a intervenção da Funai deve se dar em qualquer processo judicial que envolva a colocação de menor indígena em família substituta, ainda que ele não se encontre em situação de risco, assim como em qualquer processo judicial que abarque a hipótese de situação de risco, mesmo que a colocação em família substituta não seja inicialmente aventada, eis que são casos em que há potencialidade

da inserção do menor indígena em entidade familiar substituta, conjectura em que a intervenção da Funai se mostra obrigatória.

Destarte, comunicar-se com o juízo e com a rede de proteção local, essencialmente composta pelo Conselho Tutelar, significa informá-los dos aspectos sócio-organizacionais das comunidades indígenas atendidas, a fim de contextualizar a situação dos menores submetidos ao acompanhamento do Estado, sobretudo nos locais do País em que, infelizmente, ainda predomina o ódio da maioria da população não-indígena em relação aos povos originários, que acomete inclusive os órgãos estatais, tais como o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Conselho Tutelar, tristemente vivenciado por aqueles que atuam na defesa das minorias e que acaba contribuindo para a perpetuação de concepções anacrônicas de hierarquia cultural, que já deveriam ter sido superadas pelos operadores do sistema jurídico positivo, exatamente os principais destinatários do dever de concretizar a Constituição da República de 1988.

3 A COLOCAÇÃO DO MENOR INDÍGENA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA NÃO INDÍGENA

Diversas razões podem conduzir à absoluta impossibilidade da reintegração familiar ou da colocação da criança ou adolescente indígena em família substituta da comunidade a que pertence, caso em que a única alternativa pode ser a inserção do infante em família substituta não-indígena, contanto que a medida se coadune com o princípio do interesse superior do menor, mandamento nuclear do sistema de proteção das crianças e dos adolescentes.

Nessas situações, a adoção ganha destaque em função do caráter de definitividade do instituto, o que revela sua excepcionalidade e a exigência de máxima atenção e prudência do membro da Procuradoria Federal, notadamente diante das práticas ultrajantes eleitas no passado em relação aos povos indígenas, inclusive na qualidade de políticas oficiais do Estado, e que ainda se mantêm vivas na intersubjetividade popular.

Não são desconhecidas as políticas etnocidas de integração que outrora incentivaram a adoção de crianças indígenas por “famílias brancas”, visando o “processo de civilização dos gentios”, assim como as ondas de evangelização que evoluíram e continuam a evoluir desde os tempos da chegada dos portugueses, destinadas à “conversão dos gentios à fé cristã” (KAYSER, 2010, p. 120-134), sob uma perspectiva de inferiorização dos povos indígenas em face da sociedade envolvente, ou silvícolas, como eram pejorativamente denominados.

Nesses casos, a perícia antropológica, que nem sempre se mostra necessária nas hipóteses em que a resolução das problemáticas não

extrapolam as comunidades indígenas, ganha caráter de indispensabilidade, sem prejuízo das demais condicionantes próprias do regramento a ser seguido em qualquer adoção. Caberá ao antropólogo, na condição de perito do juízo, estudar o caso e concluir sobre os impactos da medida na vida do menor, no seu sentido mais amplo.

Destaque-se que o inciso III do § 6º do art. 28 da Lei n.º 8.069/90, contempla três fatos processuais distintos: (i) a intervenção da Funai, por intermédio da Procuradoria Federal; (ii) a oitiva de servidores do ente federal, oralmente e mediante a apresentação de relatórios circunstanciados; e (iii) a participação de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Mostra-se equivocado o entendimento que atribui à Funai a responsabilidade pela realização da perícia antropológica, pois a participação de antropólogos deve ser dissociada da intervenção da entidade indigenista e deve se dar “perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar”. Isso se confirma pelo enunciado nos artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que contemplam tais equipes como serviços auxiliares da Justiça da Infância e da Juventude, impondo-se ao Poder Judiciário o dever de prever recursos para sua manutenção, na oportunidade de elaboração da respectiva proposta orçamentária:

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Não obstante, o § 2º do art. 157 da Lei n.º 8.069/90, impõe a obrigatoriedade de intervenção da Funai na fase instrutória dos processos relativos às ações de destituição do poder familiar de pais oriundos de comunidades indígenas, sem prejuízo do disposto no § 6º do art. 28 da mesma lei, o que reafirma a dissociação entre a entidade federal interveniente e o antropólogo, claramente um auxiliar da Justiça, nos moldes do art. 149 do Código de Processo Civil, conclusão reafirmada pelo disposto no parágrafo único do art. 151 do ECA, incluído pela Lei n.º 13.509/17.

Além disso, não basta a subsistência de todas as circunstâncias fáticas favoráveis à adoção pela família substituta não indígena, sobretudo as conclusões do laudo antropológico, pois os pretendentes devem se submeter às orientações da Funai e da equipe multidisciplinar – que deverá contar com a participação de antropólogos – sobre os aspectos socioculturais do menor, comprometendo-se a dispensar o máximo respeito à sua origem étnica e a viabilizar sua convivência comunitária junto à respectiva etnia, sem olvidar o livre direito de escolha do adotando.

Deve-se compreender que a Constituição confere ao indígena o direito de ser indígena, o direito à diferença, e isso é intrínseco ao indígena como ser humano. A sua minoridade jamais pode ser objeto de políticas arbitrárias implementadas pelo Estado, sob o fundamento do interesse superior da criança ou do adolescente, eis que apenas o indivíduo pode manifestar seu sentimento de pertencimento a um determinado grupo, somente ele pode decidir sobre essa situação jurídica existencial.

Os adotantes jamais podem deliberar sobre a ruptura do vínculo do adotando com a sua origem étnica. Necessitam compreender as precisas lições do antropólogo Darcy Ribeiro, inobstante às ligeiras evoluções operadas pela antropologia contemporânea:

O índio é irreduzível em sua identificação étnica, tal como ocorre com o cigano ou com o judeu. Mais perseguição só os afunda mais convictamente dentro de si mesmos. Tal não conseguem os serviços oficiais de proteção, geralmente entregues a missionários, e também não conseguem esses últimos. Povos há, como os Bororo, por exemplo, com mais de século e meio de vida catequética, que permanecem Bororo, pouco alterados pela ação missionária; ou os Guarani, com mais de quatro séculos de contato e dominação. (2006, p. 131)

Essas premissas tornam repugnantes as contestações da indigenidade dos povos originários que participam do cotidiano da sociedade envolvente, valendo-se de tecnologias modernas; exercendo profissões formalmente reconhecidas, como operários, médicos, professores e advogados; ou estudando em universidades. São fatos que não tornam o índio menos índio e também não eliminam a flagrante desigualdade material, no ponto de partida, em relação à sociedade envolvente, do mesmo modo que, como costumam dizer algumas lideranças indígenas experimentadas, a utilização de carros pelos europeus e seus descendentes, em vez de caravelas, não elimina o que eles são. Trata-se de concepção anos-luz além da ideia do indígena como selvagem; é o próprio antagonismo dela.

4 CONCLUSÃO

As alterações promovidas no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n.º 12.010/09 decorreram da vontade de Constituição do Poder Legislativo, que logrou êxito em realizar parcela significativa da pretensão de eficácia do Texto Maior, dando-lhe força normativa em relação aos direitos fundamentais dos indígenas.

Nessa esteira, sobressai a intervenção da Funai nos processos concernentes aos menores indígenas em situação de risco, representada pela Procuradoria-Geral Federal, a fim de promover a ampliação da dialeticidade processual, esclarecendo-se ao julgador a dinâmica da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições da etnia a que pertence a criança ou o adolescente, e fiscalizando-se esse direito de ser diferente, em detrimento da ultrapassada política da integração adotada pelas constituições anteriores.

A singeleza da redação do art. 28, § 6º, inciso III, do ECA, oculta sua real dimensão, eis que as hipóteses de intervenção da Funai acabam extrapolando os casos de colocação *stricto sensu* de menores indígenas em família substituta, tendo em conta a potencialidade de lesão aos direitos dos povos originários.

Revela-se, enfim, uma atuação singular dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, fundada no papel de promoção da pluralidade e na defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo respeito “implica o reconhecimento de todos os homens ou de todas as nações como entidades, como construtores de mundos ou coautores de um mundo comum” (ARENDDT, 2012, p. 608).

No entanto, evidencia-se que a atuação isolada dos procuradores federais nos processos judiciais pertinentes é insuficiente para a total concretização da Constituição da República, no que tange aos direitos fundamentais dos menores indígenas. É preciso ir além: é preciso combater o racismo institucional que ainda marca forte presença em diversos órgãos estatais, mormente no âmbito de alguns estados da Federação, pois sem a mudança da postura de muitos dos inúmeros agentes públicos envolvidos na questão indígena, como juízes, promotores de justiça, defensores públicos e conselheiros tutelares, não será possível atingirmos o grau máximo de realização da Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. *Índios no Brasil: quem são*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Conflito de Competência n.º 219/DF*. Relator: ministro Bueno de Souza. Brasília, 13 de setembro de 1989.

_____. *Recurso Especial n.º 1.566.808/MS*. Relator: ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 19 de setembro de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

