

# **A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL EM UMA SOCIEDADE DE INDIVÍDUOS: O EXEMPLO DA QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL<sup>1</sup>**

**José Carlos Moreira da Silva Filho\***

## **RESUMO**

No cenário contemporâneo do Direito Civil brasileiro fala-se em uma “repersonalização do Direito Civil”, e no conseqüente aprofundamento interdisciplinar voltado para a noção de pessoa, priorizando um enfoque que possa resgatar a sua dimensão concreta e relacional e que possa superar as limitações das concepções abstratas que predominaram no Direito a partir do Jusracionalismo moderno. Seguindo essa linha, procura-se indicar algumas conseqüências de um enfoque do sujeito de direito nas relações jurídicas privadas que derive de uma leitura existencial, no sentido heideggeriano, da pessoa humana. Nessa senda, situa-se o tema da questão indígena e da sua leitura pelo Direito brasileiro, identificando-se o confronto entre o reconhecimento étnico dessas comunidades, trazido de modo paradigmático pela Constituição de 1988, e a tradicional concepção civilista da incapacidade indígena, desafiada por um Direito Civil “repersonalizado”.

## **PALAVRAS-CHAVE**

REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL; SUJEITO DE DIREITO; DIREITOS INDÍGENAS

## **ABSTRACT**

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultado parcial do projeto de pesquisa “Pessoa Humana e Sujeito de Direito nas Relações Jurídico-Privadas: identidade e alteridade”, coordenado pelo Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho e financiado pela UNISINOS.

\* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e da Graduação em Direito da UNISINOS; Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

In the contemporary scenario of Brazilian Private Law it is said to be a “repersonalization of the Private Law”, and the consequent interdisciplinary depth devoted to the notion of person, prioritizing a focus which can reestablish its concrete and relational dimension and suppress the limitations of abstract conceptions that predominate in the Law from since modern Jusnaturalism. Following this line, we aim at indicating some consequences of the focus on the subject of rights in private juridical relations which derive from an existential reading in the Heideggerian sense, of the human being. Therefore, we situate the theme of Indian issues and its interpretation by the Brazilian Law, identifying the confrontation between the ethnic recognition of these communities, brought through a paradigmatic manner by the Constitution of 1998 and the traditional civilist conception of the Indian incapacity challenged by a Private Law “repersonalized”.

## **KEY-WORDS**

REPERSONALIZATION OF THE CIVIL LAW; SUBJECT OF RIGHTS; INDIGENOUS PEOPLE’S RIGHTS

### **1. Introdução**

A questão do sujeito tem despertado importantes caminhos de reflexão no pensamento jurídico contemporâneo. Seguindo o movimento generalizado de um repensar das teorias e das ciências, tais caminhos têm colocado em xeque as representações e conceitos até então assentes a respeito do tema. Uma dessas direções encontra guarida no âmbito jurídico-privatista, sendo designada pela expressão *repersonalização do Direito*

*Civil*<sup>2</sup>. Tal senda revela pelo menos quatro grandes razões para ser considerada rica e promissora no debate da subjetividade jurídica.

Em primeiro lugar, ela se aloja no clássico campo de discussão do tema no Direito, pois é especialmente com relação ao âmbito do Direito Civil que temas como sujeito de direito e direito subjetivo são tradicionalmente desenvolvidos. Em segundo lugar, projeta-se explicitamente o foco sobre a pessoa, abrindo-se um claro espaço para resgatar a reflexão filosófico-moral no Direito. Em terceiro lugar, a bandeira da repersonalização do Direito Civil indica a necessidade de ir além da noção de pessoa que predominou no jusnaturalismo moderno, apontando para uma noção que faça jus à dimensão concreta, histórica e relacional da pessoa humana. E, finalmente, tal direção articula-se fortemente com o surgimento e fortalecimento de um novo constitucionalismo, visceralmente comprometido, especialmente em países de capitalismo periférico como o Brasil, com a transformação da sociedade e com o aprimoramento da dimensão republicana e comunitária.

Neste artigo, iremos passar pelos quatro aspectos acima aludidos, mas guiados por uma temática bem específica e peculiar ao Brasil: os direitos indígenas. Parte-se aqui do pressuposto de que a questão indígena no Brasil é um *locus* privilegiado para, entre nós, pensarmos o tema da subjetividade jurídica, inclusive considerando o campo do Direito Civil.

## **2. O debate de Valladolid e a questão da humanidade dos índios**

Começemos com a constatação de que, quando interpretados pelo paradigma ocidental, do “homem branco e civilizado” (inclusive o jurídico), os índios não passam de “sub-sujeitos”, incapazes de protagonizarem sua própria história. Das duas uma: ou não pertencem ao gênero humano ou então são sujeitos infantilizados e carentes de tutela. No

---

<sup>2</sup> Explicando melhor tal tendência, Paulo Luiz Neto Lobo assinala que a “patrimonialização das relações civis que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. (...) O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 103, jan./mar. 1999).

primeiro caso, é preciso remeter a um fato marcante, normalmente omitido nas histórias contadas sobre o surgimento e a configuração do sujeito moderno e do universalismo do conceito de pessoa (e conseqüentemente do sujeito de direito)<sup>3</sup>: o debate de Valladolid em 1550 entre Juan Ginés de Sepúlveda e Bartolomé de Las Casas. Tal debate, conforme relata Todorov<sup>4</sup>, deu-se em função de o filósofo Ginés de Sepúlveda, conhecido humanista e erudito da época, não ter obtido a autorização para publicar o seu tratado favorável às guerras justas contra os índios. Sendo assim, solicitou a apreciação de uma Junta de doutos,

---

<sup>3</sup> Segundo Enrique Dussel, uma história do sujeito moderno que não leve em conta o contexto periférico no qual surgiu é, no mínimo incompleta e parcial. É o que o filósofo argentino acusa na conhecida obra de Charles Taylor “As fontes do *self*”. Referindo-se a ela, afirma que “está escrita com maestria, com conhecimentos, com criadora maneira de obter novos resultados, mas é só uma exploração ‘intrafilosófica’ à qual falta uma história, uma economia e uma política. Esta limitação metodológica impedirá que o autor chegue a resultados mais críticos. Parece que o capitalismo, o colonialismo, a contínua utilização da violência ou a agressão militar não tem nenhuma importância.” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p.67). Assim, considerar tão-somente o contexto interno da Europa e os termos dos seus pensadores centrais para identificar as fontes do sujeito, aplicando suas conclusões de modo universal é um procedimento chamado pelo autor de “eurocentrismo”. “O ‘eurocentrismo’ consiste exatamente em constituir como *universalidade abstrata humana em geral* momentos da *particularidade* européia, a primeira particularidade de fato mundial (quer dizer, a primeira universalidade humana concreta). A cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc. *moderno-européias* foram tomadas como a cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc. *sem mais* (humano universal abstrata). Grande parte dos ganhos da modernidade não foram criatividade exclusiva do europeu, mas de uma contínua dialética de impacto e contra-impacto, efeito e contra-efeito, da Europa-centro e sua periferia, até no que poderíamos chamar de a própria constituição da subjetividade moderna enquanto tal.” (grifos do autor) (Ibid., p. 69). Interessante perceber que alguns dos temas centrais que caracterizam o pensamento europeu moderno já povoavam as questões específicas das relações entre europeus e indígenas. Observa Lewis Hanke, tratando mais especificamente da América espanhola, que as “Leyes de Burgos de 1512 fueron el primer fruto de los sermones pronunciados en 1511 por Montesinos” – as Leis de Burgos foram regras que estabeleciam a necessidade de tratamento mais ameno para os índios escravizados, e sua promulgação se deu como consequência da atuação do Frei dominicano Antonio de Montesinos – “Pero la cosa no acabo aqui. Otros pensadores españoles, ahora que el problema había sido ofrecido a su atención, comenzaron a preguntarse si Espana, después de todo, tenía justo título para gobernar las Índias. Estos pensadores escribieron tratados en que fueron mucho más allá de la polémica de Burgos sobre las leyes adecuadas que habían de redactarse para el buen tratamiento de los indios. Se dedicaron a las cuestiones políticas fundamentales planteadas por el descubrimiento de América, y con ello contribuyeron a formular las leyes básicas que rigen las relaciones entre las naciones, más de un siglo antes de que Grocio publicase su estudio *sobre la libertad de los mares*.” (HANKE, Lewis. **La lucha por la justicia en la conquista de América**. Madrid: Istmo, 1988. p.39). Do mesmo modo, Dussel observa que o domínio instrumental da natureza na filosofia cartesiana já havia sido precedido pela ação conquistadora no “novo mundo”. Assim, o “*ego cogito*, como vimos, já diz também relação a uma proto-história do século XVI, que se expressa na ontologia de Descartes, mas que não surge do nada. O *ego conquiro* (eu conquisto), como um ‘eu prático’, a antecede. Fernando Cortês, em 1521, antecede o *Le discours de la methode* (1636) em mais de um século, como já dissemos. Descartes estudou em La Flèche, colégio jesuíta, orden religiosa de ampla implantação na América, África e Ásia nesse momento – além disso, Descartes está em Amsterdã desde 1629, como observamos acima. No entanto, o ‘bárbaro’ não foi considerado como o contexto obrigatório de toda reflexão sobre a subjetividade, a razão, o *cogito*.” (Ibid.).

<sup>4</sup> TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América** – a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.148-149.

juristas e teólogos, formada na cidade de Valladolid. Para sustentar a tese oposta, prontificou-se o frei dominicano Bartolomé de Las Casas, conhecido pela defesa veemente que fez, durante boa parte de sua vida, em relação à causa dos índios assolados pelos exércitos espanhóis. Tal veemência, como deixa transparecer em seus escritos<sup>5</sup>, é fruto de uma série de experiências diretas (fazia meio século que Las Casas já estava na América), como capelão das expedições espanholas, no presenciar de massacres e extermínios fúteis e banais contra aldeias atônitas e indefesas.

A leitura do tratado de Sepúlveda durou três horas, ao passo que a leitura dos argumentos de Las Casas<sup>6</sup> durou cinco dias. Sepúlveda sustentava a inferioridade dos indígenas a partir do pensamento de Aristóteles sobre a condição dos escravos<sup>7</sup>. Ele era grande conhecedor dos textos de Aristóteles, tendo inclusive traduzido alguns, e entre eles a *Política*. Assim, Sepúlveda argumentava pela natural inferioridade dos indígenas diante da maior “racionalidade” com a qual os espanhóis se guiavam<sup>8</sup>.

Interessante perceber, igualmente, que Sepúlveda antecipou em mais de um século o argumento de John Locke sobre o legítimo despojamento dos bens indígenas, especialmente de suas terras. Segundo Locke, por não utilizarem racionalmente a sua propriedade, os índios norte-americanos desobedeciam a lei natural de Deus que proibia o

---

<sup>5</sup> Ver os impressionantes relatos contidos em uma espécie de panfleto escrito por Las Casas e publicado pela primeira vez em 1552 em Sevilha: LAS CASAS, Bartolomé de. **Brevíssima relação da destruição das Índias: o paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola**. 5. ed. Porto Alegre: L&PM, 1991.

<sup>6</sup> Presentes nas 550 páginas em latim, divididas em 63 capítulos, do seu arrazoado contra o *Democrates alter* de Sepúlveda, e que se intitulava *Argumentum apologiae*.

<sup>7</sup> Hanke argutamente observa que o argumento de que um grupo social mereça a guerra e a violência como modo de lidar com sua natural rudeza e primitivismo é sempre invocado nas ações colonizadoras e imperialistas (op.cit., p.354-355).

<sup>8</sup> Nas próprias palavras de Sepúlveda: “Y así, en un solo hombre se puede ver el imperio heril que el alma ejerce sobre el cuerpo, la potestad civil y regia que el entendimiento ó la razón ejercen sobre el apetito, por donde se ve claramente que lo natural y justo es que el alma domine al cuerpo, que la razón presida al apetito, al paso que la igualdad entre los dos ó el dominio de la parte inferior no puede menos de ser perniciosa para todos. A esta ley están sometidos el hombre y los demás animales. Por eso las fieras se amansan y se sujetan al imperio del hombre. Por eso el varón impera sobre la mujer, el hombre adulto sobre el niño, el padre sobre sus hijos, es decir, los más poderosos y más perfectos sobre los más débiles ó imperfectos. Esto mismo se verifica entre unos y otros hombres; habiendo unos que por naturaleza son señores, otros que por naturaleza son siervos.” (SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. **Demócrates segundo o De las justas causas de la guerra contra los indios**. Prólogo, Tradução e Edição de Marcelino Menéndez y Pelayo. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12593394228031524198624/p0000001.htm> . Acesso em 05 maio 2007

desperdício da propriedade privada (já que não “utilizavam” todas as suas terras). Ao incorrerem nesta desobediência conferiam legitimidade à usurpação de sua propriedade por parte dos colonizadores ingleses<sup>9</sup>. Sepúlveda, por sua vez, recomendava a usurpação dos bens indígenas como o resultado da guerra justa que se deveria mover contra eles em função de sua rudeza e inferioridade. Um sinal desta inferioridade, inclusive, seria o fato de não encarnarem a lógica do sujeito proprietário, seja por não terem bens individuais, seja por não administrarem tais bens a partir de uma autonomia e liberdade próprias, submetendo tudo ao seu rei<sup>10</sup>.

Las Casas, a seu turno, ousadamente afirmou que Sepúlveda, famoso pelo seu conhecimento das obras de Aristóteles, não tinha entendido em absoluto o Estagirita e a sua teoria da escravidão. Aduziu que Aristóteles previa três tipos de bárbaros: os que tinham comportamento e opiniões estranhas, mas possuíam uma maneira decente de viver e capacidade para governar a si próprios; os que não tinham escrita; e os que eram rudes, primitivos, viviam sem leis e se igualavam às feras. Somente o terceiro tipo de bárbaros eram os escravos por natureza, e todo o esforço de Las Casas foi mostrar que os índios não se incluíam entre estes<sup>11</sup>. Grande parte de sua *Apologética* contém relatos de costumes e aspectos da vida dos índios com os quais conviveu, nos quais Las Casas procura destacar características virtuosas e racionais: a sua beleza, bom governo, economia doméstica, bons sentimentos, religiosidade, etc. Tais aspectos eram até mesmo superiores aos dos povos antigos: os templos de Yucatã eram mais admiráveis que as pirâmides do Egito; a religiosidade era maior que a dos gregos e romanos; os indígenas eram superiores no modo de educar e criar seus filhos.

Embora os juízes nunca tenham manifestado seus pareceres, o fato é que enquanto Las Casas publicou e falou o que quis durante toda a sua vida, Sepúlveda nunca obteve

---

<sup>9</sup> Ver este argumento com maior detalhe em: HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed). **El vuelo de anteo** – derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000. p.79-113; e SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. John Locke. In: BARRETTO, Vicente (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 541-545.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Como bem observa Hanke, não é que Las Casas admitisse a possibilidade de homens que fossem escravos por natureza, mas sim que estrategicamente procurou uma linha de argumentação que não contrariasse a autoridade indiscutível de Aristóteles na época, sem falar que combater nos próprios termos do argumento oposto revelava-se uma eficiente estratégia de argumentação. (Hanke, op.cit., p.367-371).

autorização para publicar os seus escritos. O livro de Sepúlveda que motivou a formação da Junta de Valladolid só foi publicado em 1892. De todo o modo, após uma breve interrupção, as conquistas espanholas continuaram e o tema da guerra justa nunca foi adequadamente resolvido (como, inclusive, se vê até os dias de hoje)<sup>12</sup>.

### 3. Francisco de Vitoria e a tese da infantilidade indígena

Além de Las Casas, houve outros grandes personagens que, com a sua palavra, buscaram frear a violência e a ganância dos espanhóis para com os índios. Um outro nome bem conhecido é o do dominicano Francisco de Vitória, morto alguns anos antes do célebre debate de Valladolid. De modo contundente em seus escritos, argumentou que a guerra contra os índios não poderia ser movida de modo indiscriminado. Nem o papa nem o imperador poderiam impor suas leis e domínio sem que para isto houvesse justo motivo (e muitas razões consideradas suficientes na época não o eram para Vitória, como, por exemplo, o fato de o imperador ser o senhor de toda a terra, ou o fato de o papa deter o poder temporal). Assim, apoiado em sua concepção do direito das gentes (Vitória é considerado um dos grandes precursores do direito internacional), o frei entendia que não era lícito aos indígenas impedir o livre acesso dos espanhóis às suas terras, desde que estes não lhes causassem danos. Era preciso manter uma lei internacional de reciprocidade que permitisse inclusive o comércio entre os diferentes povos<sup>13</sup>. Por outro lado, os espanhóis

<sup>12</sup> Mas algo se pode claramente extrair do episódio e, em especial, da atuação de Las Casas: “al hablar Las Casas en Valladolid a favor de los indios americanos, su larga y complicada argumentación tenía también otra utilidad. Fortaleció a todos aquellos que en su tiempo y en los siglos que siguieron trabajaron con la creencia de que todos los pueblos del mundo son hombres – no hombrecillos, ni medio hombres que deben hacer lo que otros les manden, sino hombres” (Ibid., p.377).

<sup>13</sup> Em suas duas primeiras proposições sobre a justificativa da guerra contra os índios, em sua famosa obra intitulada *De Indis et de Ivre Belli Relectiones*, Vitória escreve o seguinte: “(...) it was permissible from the beginning of the world (when everything was in common) for any one to set forth and travel wheresoever he would. Now this was not taken away by the division of property, for it was never the intention of peoples to destroy by that division the reciprocity and common user which prevailed among men, and indeed in the days of Noah it would have been inhumane to do so. (...) The Spaniards may carry on trade among the Indian aborigines, so long as they do no harm to their own country, by importing the goods which the aborigines lack, etc., and taking away gold and silver and other articles in which the Indians abound; and the princes of the Indians can not prevent their subjects from trading with the Spaniards, etc.” (VITORIA, Francisco de. *De Indis et de Ivre Belli Relectiones*. Translated by John Pawley Bate and edited by Ernest Nys. Disponível em: [http://www.constitution.org/victoria/victoria\\_4.txt](http://www.constitution.org/victoria/victoria_4.txt) . Acesso em 05 maio 2007). Tradução nossa: “(...) era permitido desde o começo do mundo (quando tudo era comum) a qualquer um iniciar uma jornada e viajar a qualquer lugar. Agora, isto não foi eliminado pela divisão da propriedade, pois nunca foi intenção dos povos destruir, mediante aquela divisão, a reciprocidade e o uso comum que prevaleceu entre os homens, e, de fato,

também poderiam de modo legítimo mover a guerra contra os índios para salvar indígenas condenados a sacrifícios humanos ou a rituais canibalísticos e, igualmente, proteger os que haviam se convertido à fé cristã e invocassem a proteção contra os seus próprios reis.

O mais significativo, contudo, é que na argumentação de Vitória emerge uma outra categoria na qual os indígenas passaram a ser inseridos: não mais bestas e feras inumanas, mas sim homens com pouca instrução e aprisionados em um estágio infantil, sendo, pois, até uma questão de caridade cristã instruí-los, tutelá-los e governá-los<sup>14</sup>. Esta noção irá espalhar-se aos quatro ventos e ditará em grande parte o modo pelo qual a civilização ocidental pautará sua compreensão e suas relações com os indígenas. Assim como Vitória foi o responsável por fornecer a base jurídica para as guerras contra os índios<sup>15</sup>, sua noção quanto à *infantilidade* indígena pautará uma tendência que até aqui prevaleceu quanto à compreensão jurídica das *pessoas* dos indígenas: o de que elas não possuem capacidade plena para exercer os atos da vida civil, o de que elas são relativamente ou totalmente incapazes, o de que elas necessitam da tutela do Estado, o de que elas só atingirão a capacidade plena e poderão ingressar no seletivo grupo dos sujeitos de direito no pleno gozo de suas capacidades quando forem *integradas* à civilização.

#### **4. A política indigenista brasileira e sua tradição orfanológica**

A noção da infantilidade indígena, bem como a conseqüente necessidade de que fossem instruídos e tutelados (esta é a palavra), foi a tônica da política indigenista no Brasil até a Constituição de 1988. Como nos esclarece Rosane Freire Lacerda<sup>16</sup>, é mais

---

nos dias de Noé seria desumano fazê-lo. (...) Os espanhóis podem continuar comerciando entre os índios aborígenes, desde que não façam mal ao seu país, mediante a importação das mercadorias que faltam aos aborígenes, etc., e retirar ouro e prata e outros artigos que abundam entre os índios; e o príncipe dos índios não pode impedir seus súditos de comerciarem com os espanhóis, etc.”.

<sup>14</sup> A respeito do que seria, em seu *De Indis*, a última justificativa ou título pelo qual os espanhóis poderiam de modo legítimo mover a guerra contra os índios, Vitória não demonstra estar muito certo, mas, de todo o modo, acaba por lançar a idéia, podendo igualmente perceber-se a convicção sobre a inferioridade indígena em outras justificativas ao longo do texto.

<sup>15</sup> Todorov não deixa de bem ressaltar este ponto: “Tornou-se um hábito ver em Vitória um defensor dos índios; mas, se interrogarmos o impacto de seu discurso, em vez das intenções do sujeito, fica claro que seu papel é outro: com o pretexto de um direito internacional fundado na reciprocidade, fornece, na verdade, uma base legal para as guerras de colonização, que até então não tinham nenhuma (em todo caso, nenhuma que resistisse a um exame um pouco mais sério).” (TODOROV, op.cit., p. 147).

<sup>16</sup> Em brilhante dissertação de mestrado, orientada pelo Professor José Geraldo de Sousa Junior da Universidade de Brasília, Rosane Freire Lacerda, mediante importante pesquisa histórica e documental,

precisamente a partir do ano de 1750, com o início da administração pombalina e com a transição do trabalho indígena servil para o assalariado, que se localiza a gênese da aplicação da *tutela orfanológica* aos índios.

Ao determinar a proibição da escravidão indígena, a legislação da época (composta de Leis e Alvarás) estabelecia uma série de restrições à capacidade civil dos índios<sup>17</sup>. Tal postura viria a ser assumida de modo ainda mais explícito no Brasil independente<sup>18</sup>. O governo imperial deu continuidade à política de miscigenação, esbulho territorial, presença constante de não-índigenas nos aldeamentos (espécie de unidades territoriais montadas e comandadas pelo governo para agrupar e manter os indígenas sob controle), e se desfez de inúmeras terras que eram tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e que ficaram vazias pela migração forçada de seus habitantes aos aldeamentos. Não é preciso enfatizar que tal política levou uma série de povos ao extermínio e causou imensas perdas territoriais às comunidades indígenas remanescentes.

A Constituição republicana de 1891 não trazia, nos moldes da Constituição imperial, nenhuma referência aos indígenas. A tendência tutelar e assimilacionista, contudo, continuaria sendo implementada mediante decretos que tinham como finalidade a “catequese e civilização dos índios”. É neste espírito que se constitui em 1910 o Serviço de

---

evidencia que esta foi a principal diretiva, embora não a única, das políticas públicas desde a época da Colônia no Brasil, passando pelos esforços de Tomé de Souza, Men de Sá, Felipe III, Marquês de Pombal, D. Maria I, José Bonifácio de Andrada e Silva, D. Pedro I, a Regência Imperial, D. Pedro II, e não sendo muito diferente a partir da Proclamação da República (LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988.** 2007. 550 f. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília. 2007). De lá para cá, mediante diferentes leis, os indígenas têm sido considerados infantis, havendo um giro de Copérnico, como se verá adiante, a partir da Constituição de 1988.

<sup>17</sup> A Lei de 6 de junho de 1755, além de proibir a escravidão dos índios, “mandava ainda castigar aqueles que, abusando da ‘imbecilidade’ dos índios, perturbassem os seus direitos territoriais. Para o êxito de sua civilização, seriam estimulados às práticas agrícolas, na perspectiva de que as relações ‘com os habitantes dos lugares marítimos’ para a comercialização de tais produtos viesse a contribuir para o abandono dos seus bárbaros costumes’. E ao Governador e Capitão Geral caberiam cuidar de sua instrução civil, ao mesmo tempo que ‘conservar a liberdade de suas pessoas, bens e comércio’.” (LACERDA, op.cit., p.42).

<sup>18</sup> Esclarece Rosane Freire Lacerda que a legislação imperial procurava distinguir entre índios capazes e integrados à civilização e os que viviam em estado “primitivo”, procurando atribuir somente para estes a tutela orfanológica. Contudo, na prática, como essas distinções eram muito nebulosas e não havia critérios estabelecidos para fazê-las, interpretou-se que todos os índios estariam sujeitos à tutela orfanológica, entendimento que predominou até a República. (Ibid., p.50).

Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), comandado pelo General Cândido Mariano Rondon.

O Código Civil brasileiro de 1916, como se sabe, consagrará a idéia de tutela orfanológica dos indígenas, situando-os em uma espécie de limbo permanente da subjetividade jurídica ao determinar, em seu artigo sexto, que os “*silvícolas* são incapazes relativamente a certos atos ou a maneira de os exercer” (grifos nossos), e, no parágrafo único do mesmo artigo, que eles “ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.” A regulamentação especial veio em 1928, com o Decreto 5.484, que estabelece toda uma política pública de proteção e *incorporação* dos indígenas à sociedade<sup>19</sup>. O ideal integracionista e assimilacionista relativamente aos povos indígenas passaria também a fazer parte do projeto constitucional brasileiro nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969. E, finalmente, com a Lei Nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, mais conhecida por “Estatuto do Índio”, a tutela orfanológica seria ainda mais enfatizada, na medida em que o escopo primeiro e declarado da lei era o de regular o regime de tutela previsto no Código Civil. Nessa altura, o órgão público diretamente responsável pelo exercício desta tutela era a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), instituída em 1967, e a quem cabia a gestão dos bens indígenas, a representação ou assistência jurídica e a educação que almejasse a integração dos índios à sociedade nacional. O ideal assimilacionista, ademais, seria mantido pelo Estatuto do Índio que, em seu artigo 1º, estatui que ele “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar

---

<sup>19</sup> Interessante perceber que a inserção da questão indígena no Código Civil não tinha a anuência de Clóvis Bevilacqua, que não considerava ser aquele Código aplicável às sociedades indígenas, entendendo que estas deveriam ter um estatuto especial. Foi mediante a emenda Moniz Freire, no Senado Federal, que a questão acabou sendo incluída no texto do Código. Apesar disto, já havia um certo consenso de que os institutos de direito privado não eram adequados para tratar do tema, o que explica o surgimento, dez anos depois, da regulamentação especial. Sobre ela, observa Souza Filho que: “Apesar dos defeitos da lei com a classificação de índios a partir do ponto de vista do Estado brasileiro e os generaliza fazendo tabula rasa das diferenças étnicas, o grande avanço que ela oferece é justamente introduzir no sistema jurídico brasileiro a concepção de que as relações dos índios com a sociedade organizada sob o manto do Estado brasileiro é de natureza pública e não privada.” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p.101). Contudo, seja pela ineficiência burocrática ou até mesmo pela persistência no imaginário político de uma visão dos indígenas pautada pela noção de inferioridade, a tutela continuou a ser exercida e compreendida (e, diga-se de passagem, em muitos casos de modo lesivo e prejudicial aos tutelados) pelos órgãos públicos responsáveis pela questão indígena.

a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional.” E quando tal integração ocorresse, inclusive, as terras ocupadas pelos indígenas, seriam devolvidas ao Estado.

O que se pode perceber com clareza em todo esse itinerário, aqui brevemente percorrido, é que os indígenas, ao longo das sucessivas leis brasileiras e das políticas públicas delineadas e colocadas em prática, foram sempre considerados de um modo assimilador, que desfaz de sua alteridade, levando-a em consideração apenas para demarcar a sua inferioridade. Tal atitude pode ser explicada por todo um desenvolvimento cultural e histórico de caráter uniformizante e etnocêntrico que perfaz a civilização ocidental. No que toca ao Direito, fruto sem dúvida deste mesmo desenvolvimento, tal atitude é visível no predomínio das categorias jurídicas universalizantes, abstratas e unificadoras, que padecem de uma grande dificuldade em lidar com a pluralidade e a diferença. É exatamente isto que acontece com o clássico conceito de sujeito de direito<sup>20</sup>.

A invenção e sistematização da noção de sujeito de direito, levada a efeito pelo pensamento jusnaturalista moderno, foi, sem dúvida, um passo marcante na construção do direito moderno. Todavia, é preciso ir mais além desta noção, visto que ela é demasiada refém de um enfoque racional abstrato da pessoa e de sua versão jurídica, que não fazem jus à diversidade antropológica. Falta enfatizar uma dimensão existencial deste sujeito.

## **5. A dimensão existencial do sujeito**

A partir da ontologia fundamental de Martin Heidegger é possível *dar um passo aquém* em relação ao sujeito racional e instrumentalizador que assumiu o protagonismo no pensamento moderno. Fala-se aqui em *um passo aquém*, pois ocorre o deslocamento de foco do ponto de partida no sujeito racional para a existência do homem. Isto quer dizer que, antes de se formar o pensamento e a consciência de si, existe algo que reclama a prioridade da análise, algo tão fundamental que, inclusive, nem pode ser totalmente delimitado e descrito pelo *logos*. Este *algo* é, ao mesmo tempo, o limite e a condição de possibilidade do homem enquanto tal, e, conseqüentemente, da sua racionalidade.

---

<sup>20</sup> Nesta altura, a versão original deste artigo abre um item para apresentar em linhas gerais as características do conceito de sujeito de direito, situando-o a partir dos principais autores jusnaturalistas que contribuíram para a sistematização do conceito (como Ockham, Grotius, Locke e Leibniz). No presente espaço, todavia, em função de seus limites, foi necessário suprimir este item.

Vamos começar com a constatação de que não somos totalmente responsáveis por quem somos, visto que ninguém escolhe e molda, de modo voluntário e consciente, suas referências iniciais de sentido, estados de ânimo e valores. Somos, então, *lançados* em nossa própria existência. A *compreensão*<sup>21</sup> e o *estado de ânimo*<sup>22</sup> nunca são algo de nossa total escolha, eles sempre se antecipam e constituem a condição de possibilidade da própria consciência<sup>23</sup>. O homem é lançado em um horizonte de sentido que não pode escolher ou controlar, visto que imerso na temporalidade, e tal horizonte delimita as possibilidades de sentido. O homem não existe antes das suas bases, mas sim *a partir* delas.

As ações pelas quais cada qual conduzirá sua vida, as inúmeras buscas de finalidades, conscientes ou não, que caracterizam o viver humano, este caráter projetante do *Dasein*<sup>24</sup>, enfim, o *projeto*, caracteriza sempre escolhas que são feitas a partir do horizonte de sentido que constitui cada subjetividade. O *projeto* indica o caráter de *poder-ser* do

---

<sup>21</sup> A *compreensão* (Verstehen), tratada no § 31 de *Ser e Tempo*, não diz respeito a alguma noção consciente, racional e teórica, mas sim ao sentido que os entes assumem a partir da nossa experiência pragmática e pré-reflexiva. É claro que as noções e conceitos produzidos pelo esforço teórico e pela ciência de um modo geral acabam por fecundar esta esfera pré-reflexiva, produzindo sentidos que são assumidos sem que se tenha, muitas vezes, consciência da sua origem teórica e científica. Parte-se sempre, portanto, de alguma compreensão, que é responsável pela abertura de sentido.

<sup>22</sup> Juntando-se à *compreensão* perfila-se o *estado de ânimo* (Befindlichkeit) na qualidade de um dos aspectos do *ser-em*. Este, por sua vez, indica um estado de familiaridade com o mundo. A noção de *ser-em* tenta nos explicar de que modo *somos-no-mundo*, de que maneira se configura este dado inicial e incontornável de que já somos, desde sempre, no *mundo*. Nessa direção, sobressaem-se quatro aspectos que estruturam este *ser-em*: a *compreensão*, o *estado-de-ânimo*, o *discurso* (Rede) e a *decaída* (Verfallen). O *estado de ânimo*, tratado no § 29 de *Ser e Tempo*, indica que cada ente é percebido não somente a partir de um sentido que ele assume em relação à pragmática experiência de finalidades que orienta nossas ações e pensamentos, mas também em relação a algum *humor* (Stimmung) ou *ânimo* que sempre acompanha este sentido e interfere na interpretação do ente em uma dada situação, a depender do fim para o qual se tende.

<sup>23</sup> John Richardson, no intuito de realizar uma introdução de *Ser e Tempo* ao leitor, explica de modo sumário e preciso esta idéia do *ser-lançado*: “(...) that more general predicament of Dasein which Heidegger refers to as *thrownness* [Geworfenheit]: we have always already been thrown into our world, and are indeed always ‘in the thrown’, which can never get back behind. Not only our moods, but even our understanding, is something we find ourselves already in, with no possibility of originally producing it.” (RICHARDSON, John. **Existential epistemology** – a heideggerian critique of the cartesian project. Oxford: Clarendon Press, 1986. p.34). Tradução nossa: “(...) aquele predicado mais geral do Dasein ao qual Heidegger se refere como *ser-lançado* [Geworfenheit]: nós já somos sempre lançados para dentro do nosso mundo e somos sempre, de fato, ‘no lançamento’, do qual nunca podemos voltar atrás. Não só nosso estado de ânimo, mas até mesmo nossa compreensão, são alguma coisa na qual já nos encontramos inseridos, sem possibilidade de, originalmente, produzi-la.”

<sup>24</sup> A famosa noção heideggeriana do *Dasein* (*ser-aí*) indica um substituto para a categoria do *sujeito* na filosofia, pois aponta para o homem sempre a partir do seu *aí*, sempre concebido em seu contexto existencial. Sobre as principais noções da filosofia de Martin Heidegger, já nos estendemos em outro trabalho: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

homem, ou seja, o fato de que, a partir do *mundo* que o constitui, abrem-se inúmeras possibilidades de ação, inúmeros projetos de vida. Todavia, a cada instante, somos chamados a realizar uma escolha, e esta escolha nos impõe um sacrifício: o de renunciar às possibilidades que ficaram fora da escolha. Isto nos mostra que não podemos nos confundir totalmente com os projetos nos quais nos envolvemos, pois eles não nos esgotam. Antes das determinações que eles trazem existe o momento em que nos projetamos para eles. Contudo, é fundamental ter claro que esta projeção se dá sempre a partir de uma existência, de um lançamento que não escolhemos, que é condição de possibilidade. Somos chamados então a assumir a responsabilidade por este nosso caráter lançado, que abre inúmeras possibilidades, mas das quais sempre escolheremos algumas.

Reforçando ainda mais essa nota existencial da subjetividade humana, percebe-se que os projetos que escolhemos (a partir do horizonte que não escolhemos) podem ser, a qualquer instante, interrompidos sem nenhuma explicação e sem que tenham sido completados. Tal ocorre tendo em vista que todos os homens, além de confrontarem o fato de não serem causadores de si mesmos, são também conscientes de sua mortalidade. A última possibilidade é a possibilidade de que não existam mais possibilidades. Este caráter de *ser-para-a-morte* torna ainda mais intenso o aspecto existencial humano, aumentando a responsabilidade das escolhas feitas, visto que não há tempo sobrando para explorar todas as possibilidades à nossa disposição.

Outro ponto importante relativo à estrutura do *ser-no-mundo* é o fato de que o *mundo* é sempre compartilhado com os outros (*ser-com*), demarcando que o sentido inaugural para cada um surge a partir de um compartilhamento com outros homens. E é graças a este fato que é possível iluminar para os outros aspectos do mundo em comum e vice-versa. Este *iluminar o comum* a partir de um *ser-com* é o que se chama de *discurso*.<sup>25</sup>

Viver com *autenticidade* é ter consciência desta dimensão finita e temporal da existência humana. E como não é fácil nem confortável confrontar este aspecto é que surge a figura da *decaída*<sup>26</sup>, segundo a qual nos deixamos absorver nas determinações e sentidos que os entes assumem e nos deixamos levar pelo que a opinião anônima de um certo senso

---

<sup>25</sup> Ver § 34 de *Ser e Tempo*.

<sup>26</sup> Ver § 38 de *Ser e Tempo*.

comum tem como verdade. A *decaída* revela-se como uma fuga do confronto com nossos limites existenciais<sup>27</sup>, impedindo-nos de percebê-los como instância original e condição de possibilidade. Um claro exemplo de *decaída* está em insistirmos na definição tão-somente racional do homem, tal qual uma concepção abstrata e *a priori* desenvolvida pela modernidade que tende a abstrair o sujeito de sua própria existência. É muito mais cômodo partir do pressuposto de que podemos explicar a realidade com base em teorias seguras e imunes ao influxo do tempo. Diferentemente, uma concepção autêntica não pode deixar de perceber os limites existenciais, dando-se conta, inclusive, de que a própria teoria se dá a partir destes limites e que, portanto, ela nunca pode suplantá-los.

O *discurso*, portanto, ao assumir sua forma autêntica exorta as pessoas a reconhecerem em si e nos outros os limites existenciais que os constituem e, a partir deste reconhecimento, possibilitar a construção de uma *comunidade autêntica*.

É preciso, ainda, dentre esses limites existenciais, enfatizar a questão da alteridade, ainda que nos estreitos marcos deste artigo não se possa dar ao tema a profundidade que ele merece. Basta dizer, por ora, que, assim como o nosso *lançamento*, nosso caráter projetante e o nosso *ser-para-a-morte*, o *outro* também se revela algo que não pode ser aprisionado pela teoria ou descrito totalmente pelo *logos*. O *outro* é também condição de possibilidade do homem, e, ao mesmo tempo, denuncia sua finitude. Qualquer conceito que tente dar conta da alteridade ou delimitar os outros a partir de certas características não faz jus à incomensurabilidade do *rosto*<sup>28</sup> do *outro*.

---

<sup>27</sup> Esta fuga fica patente na tendência geral de se entreter com as questões imediatas, comezinhas e superficiais, não visualizando, vivendo e discutindo as grandes questões e projetos de vida, pois quando ampliamos o foco para este nível estamos muito mais perto de nos depararmos com nossos limites existenciais.

<sup>28</sup> O *rosto (Visage)* é uma importante noção de Levinas que procura demarcar a presença do *outro* sem que ela seja subsumida em alguma representação. O *rosto* indica uma realidade totalmente diferente e misteriosa, que só pode ser *encontrada* e não representada. “O rosto está presente na sua recusa de ser conteúdo. Neste sentido, não poderá ser compreendido, isto é, englobado. Nem visto, nem tocado – porque na sensação visual ou tátil, a identidade do eu implica a alteridade do objeto que precisamente se torna conteúdo. (...) A relação entre Outrem e eu que brilha na sua expressão não desemboca nem no número nem no conceito. Outrem permanece infinitamente transcendente, infinitamente estranho, mas o seu rosto, onde se dá a sua epifania e que apela para mim, rompe com o mundo que nos pode ser comum e cujas virtualidades se inscrevem na nossa *natureza* e que desenvolvemos também na nossa existência.” (LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1988. p.173).

Diante de tantos limites, como podemos nos satisfazer apenas com uma apreensão conceitual e padronizante dos sujeitos? Será que não haveria lugar, em meio às categorias lógicas e precisas da dogmática jurídica, para uma dimensão de incerteza dos sujeitos, que não sufoque sua alteridade e o seu caráter existencial?

Quando, no seio do Direito Civil, se fala em uma repersonalização é preciso que, antes de tudo, se perceba que a pessoa, ao ser considerada titular de direitos e capaz de deveres e obrigações, não pode ser tida simplesmente enquanto um universal racional, mas, também e paradoxalmente, como um particular concreto. Existem inúmeros aspectos reais da vida em relação que ficam de fora dos recortes funcionais e abstratos da teoria jurídica<sup>29</sup>, e que só podem ser percebidos na dimensão concreta da existencialidade.

Uma análise jurídica que faça jus à noção de dignidade da pessoa humana, entendida nos patamares temporais e finitos aqui perfilados, não pode contentar-se com um recorte meramente funcional do sujeito nas relações jurídicas.<sup>30 31</sup>

---

<sup>29</sup> Essa característica seletiva, excludente e de caráter abstrato é destacada sobremaneira por Luiz Edson Fachin em relação ao Direito Civil, constituindo um dos argumentos centrais de seu conhecido trabalho *Teoria Crítica do Direito Civil*. Eis um trecho ilustrativo: “O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o Direito, e assim o fazendo, delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina, o direito do não-Direito; por essa via, fica de fora do sistema o que a ele não interessa, como as relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo dos bens; a vida em comunhão que não seja a do modelo dado.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.213).

<sup>30</sup> Neste viés, o sujeito é visto como um dos elementos necessários da relação jurídica. Como bem assinala Hattenhauer, a noção de relação jurídica, desenvolvida na Pandectística alemã, já não considera mais decisiva a discussão filosófica sobre o conceito de pessoa e a sua projeção jurídica para a idéia de sujeito de direito. O sujeito passa a ser percebido em sua funcionalidade esquemática, para a qual as caracterizações concretas e peculiares são irrelevantes. Ver: HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil** – introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987. p.19-20; e artigo de nossa autoria no qual este aspecto é mais comentado e aprofundado: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.113-136.

<sup>31</sup> Em artigo instigante que tenta remeter o leitor para além dos estreitos limites do sujeito de direito moderno, dando especial destaque ao tema da alteridade no Direito, Roberto Aguiar assinala que “as críticas sobre a despersonalização que o discurso científico suscita também podem ser estendidas ao discurso jurídico, que é um dever-ser, um saber de controle, que corre o risco de despersonalizar e que forclui o outro como estratégia de funcionamento e de racionalização de seus procedimentos. Assim, há necessidade de abstrair o outro, de torná-lo apenas um elemento na sintaxe das relações jurídicas, retirando a possibilidade de realização de uma efetiva alteridade, de uma abertura do mesmo para o outro, ou da constituição de valores no afrontamento com o rosto do outro. (...) A crescente descorporificação do ser humano possibilita, na atualidade, a maior fluidez dos controles sociais, pois, além de abstraí-lo, torna-o mais apto para sofrer considerações quantitativas, menos sensíveis, com pretensão à objetividade e estatuto de verdade. O sujeito de direitos de

Atualmente, o Direito brasileiro, em especial a partir da Constituição de 1988, se vê continuamente confrontado com o desafio de assumir visceralmente as conseqüências de uma pluralidade étnica e a exortar os seus intérpretes e atores a escaparem da visão padronizante do sujeito de direito tradicional. É preciso cultivar um espaço no qual as peculiaridades concretas e existenciais dos diferentes sujeitos que compõem o todo social possam se expressar e serem reconhecidas a partir de si mesmas.<sup>32</sup> Tal desiderato fica evidente no caso dos direitos dos povos indígenas no Brasil.

## **6. A virada paradigmática da Constituição de 1988: o reconhecimento da pluralidade étnica brasileira**

Partiria dos próprios indígenas brasileiros, apoiados por organizações como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), as ações decisivas para mudar radicalmente o cenário da política indigenista brasileira e, especialmente, de seus fundamentos jurídico-constitucionais. Este novo cenário teve como gênese marcante a criação da União das Nações Indígenas (UNI) em 1980, que, a partir de então começou a empreender inúmeras ações de articulação e pressão junto aos órgãos públicos responsáveis pela questão indígena, tais como retomadas de terras, ocupações de sedes de administrações da FUNAI e realização de assembléias e manifestações.

É com esse espírito e empenho que a UNI exercerá uma verdadeira marcação cerrada ao longo de todo o processo constituinte que culminou na promulgação do texto constitucional em 05 de outubro de 1988, enviando e discutindo propostas; tentando conseguir uma representação indígena na Assembléia Nacional Constituinte (o que,

---

nosso Código Civil é a expressão mais acabada dessa visão. Não mais o cidadão e seus dramas e demandas, não mais a sociedade clivada por assimetrias de todos os gêneros, mas o particular descarnado, anônimo, que chega a se confundir, apesar da separação, com as pessoas jurídicas. É nesse momento que a normatividade oficial se expressa em contradição com o sujeito concreto, pertencente ao mundo do dado.” (AGUIAR, Roberto A. R. de. *Alteridade e rede no Direito. Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.3, n.6, p.25, 26 e 32, jul./dez. 2006).

<sup>32</sup> Neste particular e a propósito do tema do multiculturalismo, Charles Taylor chama a atenção para o fato de que, na sociedade contemporânea, já que a identidade deixou de ser firmada por referência a uma ordem cósmica ou divina dada e pressuposta, o reconhecimento passou a ser um problema, algo que precisa ser negociado com os outros membros da sociedade. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto revela-se uma ofensa e uma ameaça à própria sobrevivência da identidade que se busca afirmar, porquanto induz a uma autodepreciação. Ver: TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento*. In: TAYLOR, Charles, APPIAH, K. Anthony *et al. Multiculturalismo*. Lisboa: Piaget, 1998. p. 45-94.

infelizmente não ocorreu); comparecendo em Brasília para acompanhar as votações e discussões e também pressionar e conversar pessoalmente com os deputados constituintes, passando por quase todos os gabinetes; realizando pajelanças, danças, rituais e pinturas corporais, realizando discursos contundentes (como foram os do Cacique Raoni Mentuktire); entre outras ações.<sup>33</sup> “Pela primeira vez na história do País e do processo constituinte brasileiro, a participação indígena numa elaboração normativa havia ocorrido, e de forma exitosa.”<sup>34</sup>

Assim, o novo texto constitucional acaba por romper com o paradigma assimilacionista<sup>35</sup> e adota o do reconhecimento da pluralidade étnica do Brasil. Assim reza o *caput* do art. 231 da Constituição Federal: “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”.

O dispositivo deixa claro que a especificidade indígena não consiste em uma inferioridade a ser corrigida com a tutela orfanológica, que seria progressivamente afastada na medida da assimilação cultural pela “civilização”. Trata-se de reconhecer os povos indígenas brasileiros a partir de sua alteridade e identidades culturais, o que implica, inclusive, não simplesmente em conferir um direito, mas sim em reconhecê-lo como pré-existente ao próprio Estado brasileiro.

Além disso, estabelece o artigo seguinte, o 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”.

Este dispositivo deixa mais cristalino ainda o fato de que não se trata de perceber o indígena como um ser infantil que necessita de tutela e que deve ser representado por

---

<sup>33</sup> Em seu estudo, Rosane Freire Lacerda nos brinda com um relato rico e minucioso de todo este processo, mostrando que não foi de graça a conquista dos povos indígenas do Brasil consolidada no tratamento jurídico inédito proporcionado pela nova Constituição, visto que tiveram de enfrentar não só a oposição da própria FUNAI à sua participação, mas também o preconceito de constituintes e de parte da imprensa que viam no argumento da pluralidade étnica e do reconhecimento da diversidade e especificidade indígena uma espécie de submissão da soberania nacional a forças ocultas multinacionais. (LACERDA, *op.cit.*, p.98-148).

<sup>34</sup> *Ibid.*, p.145.

<sup>35</sup> A Constituição anterior, em seu artigo 8, inciso XVIII, estabelecia que competia à União legislar sobre “a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

órgãos como a FUNAI, mas sim que os povos indígenas são sujeitos de sua própria história e possuem capacidade jurídica plena. É claro, porém, que em função de suas especificidades culturais, e até mesmo da histórica opressão, marginalização e, por que não dizer, dizimação que sofreram no processo de constituição e formação do Estado brasileiro, carecem de proteção, assessoramento e regras especiais para que não tenham seus direitos fundamentais e sua dignidade desrespeitados e desprezados. Mas isto está muito longe de se continuar reproduzindo a visão pejorativa e preconceituosa da sua incapacidade, infantilidade e inferioridade, a serem “sanadas” mediante a assimilação aos padrões “civilizatórios”.<sup>36</sup>

A Constituição brasileira, portanto, escancara uma porta para a alteridade, remetendo os atores jurídicos, no afã de aplicá-la e concretizá-la quando no trato da questão indígena, a um verdadeiro exercício de reconhecimento e respeito aos valores e sentidos de um mundo situado na exterioridade da onipotência ocidental. Apesar disto, porém, grande parte dos atores jurídicos permanece insensível a esta mudança de perspectiva. O Código Civil de 2002, apesar de não reproduzir o texto do Código Civil de 1916 quanto à incapacidade relativa dos “silvícolas”, remete a questão para a legislação especial. Contudo, em muitos casos, continua-se ainda a considerar o Estatuto do Índio de 1973 como sendo esta legislação especial, ignorando-se olímpicamente, em prática desgraçadamente comum no Direito brasileiro, o texto constitucional<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Faz parte ainda deste artigo a narração de uma situação específica em Porto Alegre que serve como uma luva para ilustrar os aspectos aqui comentados. Trata-se do caso do Morro do Osso, cujo conflito estabelecido entre uma comunidade de índios Kaingang e o município de Porto Alegre, já deflagrado nas vias judiciais, evidencia tanto o modo tradicional e etnocêntrico de os atores jurídicos lidarem com a questão, como o modo plural e que ultrapassa o enfoque padronizante do sujeito de direito. É o que se vê neste caso na comparação entre as leituras de dois diferentes juízes que se manifestaram sobre o caso. Contudo, no breve espaço deste artigo, não podemos trazer aqui a narração deste caso. Remetemos, assim, o leitor para duas fontes nas quais tal narrativa está presente: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O Direito dos Índios às suas terras tradicionais. **Constituição e Democracia**, Brasília-DF, v. 11, p. 6 - 7, 19 abr. 2007; e SILVA FILHO, J.C.M. Direitos indígenas e direito à diferença: o caso do Morro do Osso em Porto Alegre. In: CARVALHO, Salo de. RUBIO, David Sanchez (orgs.). **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos** – vol.03. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. (prelo).

<sup>37</sup> É o que se pode constatar, por exemplo, nos comentários ao novo Código Civil de Maria Helena Diniz. Ao comentar o parágrafo único do art.4º do Código de 2002 (“a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”), e em item intitulado “Indígenas e sua *submissão* a regime tutelar” (grifos nossos), assim se manifesta a conhecida autora: “Os índios, devido a sua educação ser lenta e difícil (sic), são colocados pelo novo Código Civil sob a proteção de lei especial, que regerá a questão de sua capacidade. O Código Civil sujeita-os ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais” (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 10ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.16). O mais impressionante é que logo após o trecho

## 7. Considerações Finais

Ao final da presente reflexão, esperamos ter desenvolvido, ainda que em rápidas pinceladas, os quatro importantes aspectos que a idéia de *repersonalização do Direito Civil* pode, a nosso ver, reforçar, a saber: transformar a compreensão do Direito Civil moderno ao chamar para o debate duas de suas mais fundamentais noções: a de sujeito de direito e a de direito subjetivo; resgatar a dimensão filosófico-moral da noção de pessoa projetada para o Direito; fazer isto, contudo, sem perder de vista a dimensão concreta, relacional e existencial que se antecipa a qualquer representação da pessoa; e, finalmente, perceber que tal enfoque é a decorrência mais veemente de um novo constitucionalismo, voltado para a construção de um Estado Democrático de Direito, no qual o vocábulo “democrático” nos remete para a manutenção da abertura de nossas representações jurídicas, da hospitalidade diante do que é sempre cambiante, existencial e diferente, na convicção de que a democracia é a situação comunitária que permite o contato com a diferença sem que esta seja tida como inferioridade ou irrelevância, ou ainda algo que não se percebe pois é sufocado.

Creemos que o exemplo indígena, pela sua intensa exterioridade e, ao mesmo tempo, pela sua proximidade às mais antigas raízes brasileiras, pode evidenciar de modo privilegiado as questões acima elencadas, mostrando como é possível aos atores jurídicos brasileiros desapegarem-se de uma visão monista, restritiva e intolerante do sistema

---

transcrito acima a autora cita não só o Estatuto do Índio, mas também o art. 231 da CF, não percebendo, aparentemente, nenhuma contradição entre ambos. Contudo, o maior sinal de como a conquista dos povos indígenas brasileiros na Constituinte passa até hoje despercebida pela maior parte dos juristas brasileiros são os comentários ao mesmo dispositivo do novo Código feitos por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, conhecidos defensores e propagadores da perspectiva do Direito Civil-Constitucional (segundo a qual todas as normas e institutos do Direito Civil devem ser reinterpretados à luz da Constituição de 1988, o que parece incrível que seja necessário dizer, afinal tal afirmação deveria ser tida como óbvia). Em seus comentários ao parágrafo único do artigo 4º, os referidos autores dizem o seguinte: “Quanto aos indígenas, sua capacidade é regulada pela legislação especial; no arcabouço vigente, o Estatuto do Índio, Lei n.6.001/73. Dentre as principais disposições de tal diploma, destaque-se (...) que os índios e as comunidades indígenas *ainda não integrados à comunhão nacional* ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido naquela lei (art.7º).” (grifos nossos) (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado** – conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. p.15). Ao que parece, com relação à capacidade indígena, referida no parágrafo único do artigo 4º do novo Código Civil, os ilustres autores não realizaram a Constitucionalização do Direito Civil.

jurídico do país e abrirem-se a uma compreensão do Direito que o torne aberto e permeado pelas múltiplas referências que constituem o Brasil, percebendo que diferença não significa fraqueza e inferioridade, mas sim o sinal de uma alteridade a ser respeitada em seu inapreensível mistério, o que, muito mais do que a compreensão, demanda o reconhecimento e o respeito.

## 8. Referências

- AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no Direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.3, n.6, p.11-43, jul./dez. 2006.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- HANKE, Lewis. **La lucha por la justicia en la conquista de América**. Madrid: Istmo, 1988.
- HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil** – introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987.
- HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- HYDE, Michael J. **The call of conscience** – Heidegger and Levinas, rhetoric and the euthanasia debate. Columbia: University of South Carolina Press, 2001.
- LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. 550 f. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília. 2007.
- LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1988.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.
- RICHARDSON, John. **Existential epistemology** – a heideggerian critique of the cartesian project. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. **Demócrates segundo o De las justas causas de la guerra contra los indios**. Prólogo, Tradução e Edição de Marcelino Menéndez y Pelayo. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12593394228031524198624/p0000001.htm>. Acesso em 05 maio 2007.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 279-329.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles, APPIAH, K. Anthony *et al.* **Multiculturalismo**. Lisboa: Piaget, 1998.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América** – a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

VITORIA, Francisco de. *De Indis et de Ivre Belli Relectiones*. Translated by John Pawley Bate and edited by Ernest Nys. Disponível em: [http://www.constitution.org/victoria/victoria\\_4.txt](http://www.constitution.org/victoria/victoria_4.txt) . Acesso em 05 maio 2007.