

XIV CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS

“DEFENSORIA PÚBLICA: MEMÓRIAS, CENÁRIOS E DESAFIOS”

TUTELA DE INDÍGENAS, PENSAMENTOS TUTELARES: PROVOCAÇÕES

PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

Cláudia de Freitas Aguirre

Defensora Pública do Estado do Acre

TUTELA DE INDÍGENAS, PENSAMENTOS TUTELARES: PROVOCAÇÕES PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

Resumo: O presente trabalho busca, num primeiro momento, traçar a origem da tutela de indígenas enquanto parte de um projeto/saber colonial e abissal. Após, demonstra a substituição do paradigma do assimilacionismo – outrora vigente na Convenção 107 da OIT e na Constituição Federal de 1967 – pelo da cidadania diferenciada consagrada na Convenção 169 da OIT e na Constituição Federal de 1988, o que resulta no fim do referido regime. Contudo, mostra-se que persevera um pensamento tutelar que permeia a legislação e as práticas/saberes institucionais, diante do que são colocadas reflexões sobre o papel da Defensoria Pública no sentido de uma atuação emancipatória e não-tutelar na defesa dos direitos dos povos indígena.

Palavras-chave: tutela de indígenas; colonialidade; defensoria pública.

1) Introdução – A colonização em corpos, saberes e leis

Os povos indígenas atravessaram e atravessam um feroz etnocídio, marcado pela expropriação de seus direitos, instituições, tradições e culturas enquanto tais. Demais da violência física e da exploração econômica, é preciso perceber o que, num nível mais abaixo – *invisível* – define esta experiência enquanto tal, colocando-nos diante das suas consequências epistemológicas e jurídicas. Neste sentido, Santos (2018, pp. 555/556) alerta que a tensão entre emancipação social e regulação social é somente a distinção visível dos conflitos da modernidade. Em outra camada, mais subterrânea àquela, está a distinção entre as sociedades metropolitanas e os territórios coloniais, sendo que, nestes últimos, aquela primeira tensão era absolutamente inaplicável. Aliás, a dicotomia possível nas colônias era somente a da apropriação/violência, e, curiosamente, este fato não fragilizava a crença na suposta universalidade do paradigma válido para os espaços metropolitanos.

Na verdade, quando analisamos mais de perto este *abismo* entre as zonas coloniais e as zonas metropolitanas - em que os paradigmas de um lado dessa *linha abismal* não se aplicam no outro lado, e vice-versa -, percebemos que ambas dimensões fazem parte de uma mesma realidade, em que as categorias válidas no lado metropolitano assentam a sua existência na produção da invisibilidade daquilo que há no outro lado da linha. Explica Santos, assim, o papel do conhecimento e do direito modernos nesse contexto:

O conhecimento e o direito modernos representam as manifestações mais bem sucedidas do pensamento abismal. Explicam as duas principais linhas globais dos tempos modernos, umas linhas que, ainda que sejam diferentes e funcionem de distinta forma, são mutuamente interdependentes. Cada uma cria um subsistema de distinções visíveis e invisíveis de forma que as invisíveis passam a ser a base das visíveis. No campo do conhecimento, o pensamento abismal consiste em assegurar à ciência moderna o monopólio da distinção universal entre o verdadeiro e o falso (...). O caráter excludente deste monopólio centra as disputas epistemológicas modernas entre as formas científicas e não científicas de verdade (...)

No campo do direito moderno, este lado da linha está determinado pelo que consta como legal ou ilegal de acordo com o estado oficial ou o direito internacional. O legal e o ilegal são as duas únicas formas de existir perante a lei e, por esta razão, a distinção entre ambos é uma distinção universal. Esta dicotomia fundamental exclui todo um território social onde a dicotomia seria impensável como princípio organizador, isto é, o território do sem lei, o alegal, o não-legal e inclusive o legal ou o ilegal segundo o direito não reconhecido oficialmente. (SANTOS, 2018, pp. 556/557, tradução nossa).

Voltemos aos territórios coloniais. Que saberes são produzidos para/deste contato entre colonizadores e nativos, e a serviço de qual projeto? Meneses (2010, pp.72/73) expõe o evolucionismo como um dos pilares deste conhecimento pautado na “invenção do arcaico, do bárbaro” a “justificar a imposição da necessidade de progresso” aos povos nativos, de forma que estes pudessem alcançar o “desenvolvimento” nos parâmetros da civilização ocidental. Disto, surge uma geografia dos territórios coloniais e das metrópoles em que convivem espaços de um “passado em atraso” com o progresso ocidental de um “futuro” a ser alcançado pelos povos das *colônias*. Conseqüentemente, a colonização conforma uma missão civilizatória de tais povos, definindo tanto o controle dos territórios para exploração econômica, como dos corpos e comportamentos,

procurando livrar estas pessoas da tirania da natureza, dos instintos, das doenças, superstições, religiões, da ignorância em relação ao conhecimento científico *verdadeiro*.

Deste ponto de vista, os povos indígenas são tornados *invisíveis*, pois não gozam de validade em suas próprias estruturas sociais, econômicas, ontológicas e epistemológicas. A invisibilidade é produzida no próprio discurso/saber em torno do “bárbaro” e “atrasado” a justificar a criação de categorias jurídicas que formalizam/conformam a subjugação legal e política de tais populações. Estas estratégias epistemológicas e jurídicas produtoras de opressão e invisibilidade vão se modificando com o passar do tempo, e não é a intenção fazer aqui uma análise histórica detalhada deste processo. Contudo, é possível destacar alguns marcos normativos representativos dessa raiz colonial que persistiu até poucas décadas.

2) Assimilacionismo, tutela de indígenas: pensamentos tutelares que persistem

Começamos por assinalar a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho de 1957, que, em seus considerandos e dispositivos, deixa claro o projeto integracionista/assimilacionista, segundo o qual os direitos das populações indígenas, tribais e semitribais seriam garantidos *desde que* num contexto de aculturação e adequação ao *progresso* da *comunidade nacional* (art. 1º), reforçando, desse modo, a antes mencionada “geografia” de um “passado atrasado” a ser superado/incorporado ao “futuro desenvolvido”. Nessa ambiência, prevê uma política protecionista e assistencialista por parte dos Estados (art. 2º), o que é seguido pela Constituição Federal de 1967 – a qual utiliza o termo (pejorativo) “silvícolas” ao referir-se aos direitos

territoriais, e à *incorporação* dos povos indígenas à *comunhão nacional* (arts. 4º, IV; 8º, XVII, “o”; e 186).

Essa é uma das principais bases em que se assenta o regime de tutela de indígenas, a respeito do qual Lacerda (2007) destrincha as tramas dos discursos de jesuítas, colonos, doutrinadores e representantes da Coroa Portuguesa e, posteriormente, de intelectuais e burocratas brasileiros a respeito da capacidade dos indígenas, até chegar no que passou a estabelecer o Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73). De um modo geral, o que está em jogo é um conhecimento/discurso (supostamente) científico que, no âmbito do direito, transforma a *diferença* (do que é considerado “bárbaro e atrasado”) em *incapacidade*¹, e submete a capacidade dos indígenas à sua adaptação ao paradigma ocidental prevalecente correspondente à ideia de *comunhão nacional*.

O Estatuto do Índio, destarte, repete o termo “silvícolas” e prevê, em seu art. 4º, a gradação entre índios *isolados, em vias de integração, e integrados à comunhão nacional*. Neste contexto, destina o pleno exercício dos direitos civis somente para os índios integrados e prevê, em seu art. 7º, o regime tutelar aos índios isolados e aos em via de integração, incumbindo-o ao órgão federal “de assistência aos silvícolas”. Ademais, considera nulos os atos praticados entre o índio não-integrado e pessoas estranhas à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar (art. 8º), e prevê, no art. 9º, o procedimento judicial para verificação dos requisitos de liberação do regime tutelar, quais sejam: idade mínima de 21 anos, conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil, razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional, e oitiva da FUNAI e do Ministério Público. Traz,

¹ Importante lembrar, também, de todos os discursos em torno da “alma” ou “racionalidade”/“humanidade” dos indígenas outrora veiculado pelos intelectuais cristãos e historiadores a partir da chegada de europeus ao então chamado “Novo Mundo”, inclusive como justificativa para a escravização de nativos, não só para determinação de sua capacidade (LACERDA, 2007, pp. 17/20).

ainda, a possibilidade: 1) do referido órgão indigenista reconhecer a condição de integrado e, conseqüentemente, a cessação da incapacidade mediante homologação judicial (art. 10), e 2) do Presidente da República declarar a emancipação da comunidade indígena quando requerida pela maioria de seus membros e comprovada a sua plena integração à comunhão nacional (art. 11). Correspondendo a isto, a Lei nº 5371/67², em seu art 1º, parágrafo único, determina que a FUNAI terá poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar de indígenas, incumbindo-lhe não só a função de gestão do patrimônio indígena, como também de resguardo assistencialista destes povos contra a “aculturação espontânea do índio, de forma que a sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas”.

Podemos considerar a tutela de indígenas – e os saberes e práticas tutelares a ela correspondentes – uma parte fundamental do “DNA” de uma política estatal pensada para, legal e institucionalmente, subjugar os povos indígenas a uma espécie de ostracismo tanto como sujeito de direito, como agentes políticos, abrindo campo para todo o tipo de ingerência estatal contra a autonomia e seus modos de ser, mesmo que lhes reconhecesse direitos territoriais.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma jurídico para tratar dos direitos dos povos indígenas³. Com efeito, garante a Constituição Federal, em seus arts. 231 e 232, o reconhecimento aos indígenas de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e o direito *originário* sobre as terras que tradicionalmente ocupam, considerando nulos e extintos os atos que tenham por objeto tais bens. Consagra, também, a legitimidade dos índios, suas comunidades ou organizações, para ingressarem

² que cria a Fundação Nacional do Índio

³ inclusive se antecipando à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989, que revogou a já mencionada Convenção 107.

em juízo para a defesa de seus direitos e interesses, cabendo destacar, ademais, a leitura destes dispositivos em conjunto com os arts. 1º, inciso III, e 5º, *caput* - que prevêm os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade - bem como com o art. 216 – que, numa leitura política e ontológica da cultura, coloca como patrimônio cultural dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira tudo o que se refere a *modos de criar, fazer e viver* desde a autonomia de tais povos.

No mesmo passo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989⁴, já em seus considerandos, deixa clara a mudança de paradigma para afastar o assimilacionismo da convenção anterior e reconhecer aos povos indígenas o direito de assumirem “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões”, sem prejuízo do exercício dos direitos fundamentais garantidos ao restante da população. Conseqüentemente, impõe aos Estados modificações cruciais em suas relações com os povos indígenas, cujos principais pilares, além da garantia dos direitos territoriais⁵, são: a obrigatoriedade da consulta prévia, livre e informada para quaisquer iniciativas que interfiram nas referidas populações, respeitando a suas autonomias e prioridades (arts. 6º e 7º); o respeito à autodeterminação (art. 1º); a consideração das especificidades, práticas, saberes, instituições e organizações sociais próprias dos povos indígenas na formulação das políticas estatais e da legislação, atentando também às novas condições de vida e trabalho por eles enfrentadas e ao olhar coletivo/comunitário (arts. 4º, 5º, 8º, 9º, 10º, 20, 25 e 27). Nota-se, em suma, um modelo constitucional e convencional absolutamente incompatível com a ideia de incapacidade/tutela de indígenas, e que estabelece o

⁴ promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5051/2004.

⁵ arts. 13 e seguintes da Convenção 169 da OIT

paradigma da plena cidadania – porém, uma cidadania diferenciada, que exige do Estado uma outra qualidade de atendimento a estes povos.

Necessário salientar que esta mudança no paradigma constitucional e convencional é fruto da resistência dos povos indígenas no Brasil e no mundo. No nosso País, embora sem representação direta na Assembleia Constituinte, os indígenas mantiveram-se fisicamente presentes em articulações políticas, com o apoio de diversas entidades indígenas e indigenistas, em um contexto de reforço, formulação/reformulação de *identidades*. De fato, a luta dos povos indígenas deve ser considerada na chave destas identidades subalternas que reivindicaram e reivindicam lugares, saberes e modos de ser outros, e que assim o fazem ao se apropriar de uma diferença declarada inferior para *reduzir/eliminar a inferioridade*, como aponta Santos (2003, pp. 29/30). Dessa forma, podemos identificar, nas linhas e entrelinhas da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT, os sentidos de um novo discurso não só jurídico, mas epistemológico e ontológico que preza pela possibilidade de existência de diversas realidades para além das categorias universalizantes/homogeneizantes do pensamento ocidental/colonial.

Em que pese todas as mudanças supracitadas, a doutrina civilista passou ao largo delas, e o fez de forma um tanto curiosa. Ressalta Lacerda (2007, p. 291) o fato de que os doutrinadores, na vigência do Código Civil de 1916, não relacionavam o seu art. 6º, I e parágrafo único⁶ com o paradigma de incorporação à comunhão nacional. Por sua vez, o regime tutelar e as categorias de integração de indígenas, presentes no Estatuto do Índio, não eram relacionados ao art. 8º, XVII, alínea “o”, da Emenda Constitucional de 1969⁷. Quem sabe, aduz Lacerda, se estas relações houvessem sido consideradas, o advento da

⁶ Referido dispositivo previa a incapacidade relativa dos indígenas

⁷ Referido dispositivo previa como competência da União a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Constituição Federal de 1988 iria expor a incompatibilidade de tais legislações com os novos parâmetros. Todavia, não foi isto o que ocorreu.

Não por acaso, são numerosos os acórdãos após 1988 que apontam a suposta vigência do regime tutelar, sendo crucial denunciar os óbvios riscos desta interpretação, por exemplo: 1) a responsabilização objetiva da FUNAI e a consequente necessidade de uma fiscalização de tutelados; 2) a manutenção do paternalismo em contraposição à luta histórica dos povos indígenas por autonomia; 3) o erro de enquadrar a FUNAI como representante/substituta legal dos indígenas; 4) os riscos no caso da FUNAI defender interesses contrários aos povos indígenas; 5) a colocação de indígenas em situações de controle vexatórias e prejudiciais⁸ (LACERDA, 2007, pp. 277/279).

Por sua vez, a legislação infraconstitucional continuou resistindo às inovações constitucionais e convencionais. O Código Civil de 2002 perdeu uma bela oportunidade de consagrar o fim da tutela ao prever que a capacidade dos indígenas seria regulada por legislação especial⁹, levando-nos aos dispositivos ultrapassados do Estatuto do Índio. Ademais, somente em 2017, com a edição do Decreto nº 9010, foi retirado do novo estatuto da FUNAI a atribuição de tutela dos indígenas¹⁰. Na mesma toada, a Resolução Conjunta nº 3/2012 do CNJ/CNMP¹¹ permanece com um considerando no qual se afirma que a tutela judicial dos índios seria conferida ao Ministério Público pelo art. 232 da Constituição Federal, e repete a categorização de índios “integrados/não-integrados”¹².

De fato, sabemos que mudanças no campo das normas positivas geralmente não acompanham as necessárias mudanças no campo das práticas e saberes, e as apontadas

⁸ Por exemplo, a necessidade de autorização da FUNAI para requerer passaporte, e assim por diante.

⁹ art. 4º, parágrafo único, do CC/2002

¹⁰ A tutela era prevista no anterior Decreto nº 4645/2003.

¹¹ Referida resolução trata do registro civil de nascimento de indígenas

¹² Vide art. 2º da mencionada resolução

dificuldades no campo normativo infraconstitucional demonstram isto. Só que os desafios estão igualmente presentes em discursos mais insidiosos, os quais, embora pareçam incorporar o novo paradigma inscrito na Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT, reproduzem, ao fim e ao cabo, *pensamentos tutelares*.

Exemplo claro disto podemos encontrar no posicionamento adotado por Kümpel e Molina (2017) a respeito da capacidade indígena. Os doutrinadores começam por mencionar o conceito contido no Estatuto do Índio sem fazer crítica ao termo “silvícola”, e assumem como ainda vigente o sistema de modulação da capacidade indígena a partir das categorias de integração.

Ademais, de forma contraditória, trazem uma série de representações discutíveis sobre diferença cultural, autodeterminação, preservação das culturas indígenas. Assim, segundo Kümpel e Molina (2017, pp. 158/159), a tutela dos povos indígenas não se pautaria mais pela ideia de integração, mas sim pela ideia de “reconhecimento e valorização da diferença cultural e de sua autonomia”, buscando “manter o índio intacto em relação às formas culturais que o ladeiam”. Nessa ambiência, continuam os autores afirmando que, neste caso, a consciência de sua identidade indígena ou tribal (prevista na Convenção 169 da OIT) é que seria o critério para a aplicação do regime tutelar, não mais o grau de integração. Por outro lado, aduzem que o índio não integrado teria uma capacidade civil *sui generis*, pois, embora absolutamente incapaz, teria a assistência (e não a representação) da FUNAI. Por fim, indicam as diferenças substanciais do modo de vida indígena como ensejadoras do regime de incapacidades nas relações com o meio não-indígena.

O entendimento ora em análise, que parte de uma interpretação rasa do novo paradigma constitucional/convencional, induz a crer que as diferenças entre os meios

indígena e não-indígena permitem o regime de tutela pra *proteger* tais povos. No entanto, esta compreensão impede a plena compreensão da autodeterminação, da autonomia e do amplo exercício de direitos desde os seus modos de *criar, fazer e viver*, pois estereotipa a preservação da cultura na suposta necessidade de “manter-se intacto” – o que, do ponto de vista da complexidade das relações entre as realidades indígena e não-indígena, simplesmente não existe. Em suma, os autores em questão parecem recuperar ideologicamente¹³ a força política, ontológica e epistemológica de crítica que a já referida mudança no paradigma convencional e constitucional representa.

A doutrina aqui exposta como exemplo coloca-nos diante de um senso comum teórico tutelar que, *deste lado da linha abismal*, permeia – ora em tons mais fortes, ora em tons mais sutis – grande parte das práticas, discursos e saberes institucionais dos mais diversos órgãos do Estado Brasileiro. *Do outro lado dessa linha*, por sua vez, é relevante reconhecer que este epistemicídio/juridicídio gravou, nas vivências seculares dos povos indígenas, profundas “feridas” tutelares em seus próprios integrantes¹⁴, colocando-lhes o desafio de construir novas práticas de autodeterminação e autonomia em diálogo com o Estado – tarefa esta que, embora envolta em relações de poder e de saber frequentemente desiguais, deve ser enfrentada.

3) (In)conclusão: provocações para a Defensoria Pública.

¹³ Com Warat (2004, pp. 147), sabemos que nosso senso comum teórico faz essa recuperação discursiva dessas vozes dissidentes por meio de hábitos semiológicos que operam principalmente por meio de estereótipos, resultando, ao fim e ao cabo, na manutenção de um programa político ainda prevalecente no Estado – no caso, um programa que permanece colonial, abissal, tutelar.

¹⁴ Maria Antonieta Antonacci, citando Frantz Fanon, menciona a atenção às patologias dos que queriam ou se sentiam na urgência de utilizar línguas estrangeiras e, nesta perspectiva, permite pensar que alterar a língua e seu regime oral ou escrito afeta o núcleo da vida dos povos e fragiliza a sua cultura, seu modo de ser e de se reconhecer a si mesmos (ANTONACCI, 2016, pp. 475/476). Desta visão, podemos perceber dinâmicas semelhantes entre os nossos povos indígenas – ora por meios mais fortes, ora por meandros mais sutis.

O que se coloca para a Defensoria Pública neste contexto? Em primeiro lugar, uma interpretação decolonial das funções institucionais previstas na Lei Complementar nº 80/94, a começar por olhar para o termo “proteção” (art. 4º, XI) superando o paradigma da tutela. Por conseguinte, reconhece-se uma enorme responsabilidade da Defensoria Pública em rever suas próprias práticas e a formação de seus/suas profissionais, já que esta discussão não está adstrita ao tema legal da capacidade dos indígenas, mas permeia a nossa produção de saberes e práticas institucionais. A seguir, expomos algumas reflexões/provocações para traçarmos estratégias de atuação emancipatória/não-tutelar:

a) É necessário reivindicar o lugar do *assombro radical* da experiência. Trata-se de abrir mão do privilégio da narrativa institucional e legal, ir para onde as/os indígenas estão, criar espaços e momentos de oitiva qualificada, colocando-nos como aprendiz do que ainda está invisível para nós, desde as experiências de resistência desses povos. Para tanto, é imprescindível a construção de relações de confiança que pressupõem, por parte das defensoras e defensores públicos, um olhar aberto, humilde e respeitoso para com suas ancestralidades e para a dimensão espiritual delas. Sim, é isso mesmo: se falamos numa perspectiva decolonial, o ancestral e o espiritual, enquanto saberes/narrativas soterradas/invalidadas pelas “verdades” ocidentais, devem ser recolocados em sua importância central. Então, ingressamos em um atendimento novo, inquietante e mais amplo, em que podemos vivenciar isto que Segato (2016, pp. 58/59) chama de *assombro radical*: um assombro que ilumina a variedade do mundo e nos leva à outro patamar de sensibilidade e empatia que supera as narrativas mentais/descriptivas, e é exatamente neste reconhecimento de realidades/saberes diversos que seremos capazes de ir *desmanchando* a lógica tutelar.

Muito se exige das/dos indígenas no sentido de que estes se adaptem e cruzem várias fronteiras materiais, simbólicas e linguísticas – as linhas abissais - para que finalmente possam entrar em contato com as instituições. Que tal se nós, defensoras e defensores públicos, aprendermos a trilhar o caminho inverso também, e, a partir disto, reivindicar que os demais órgãos do sistema de Justiça façam o mesmo? Esta é a primeira e fundamental provocação emancipatória e não-tutelar.

b) Prezar pela autodeterminação dos povos indígenas. A autodeterminação é, na Convenção 169 da OIT (art. 1º, item 2), um critério político, limitativo do poder estatal e vinculado à livre-determinação. No anterior regime tutelar, esse *poder de definir* estava nas mãos do Estado, e, agora, passou a ser parte da autonomia das/os cidadãs/ãos indígenas. Deve-se, dessa forma, evitar mecanismos legais e institucionais que naturalizem os resultados de uma política de colonização, de modo a contextualizar a autodeterminação em processos não-lineares, contraditórios e complexos de formação e reforço de identidades subalternas, afastando-se de ideias de pureza cultural e estereótipos deste tipo. Somente deste lugar é que poderemos desconstruir, no sistema de Justiça, interpretações ou exigências equivocadas que restringem o exercício da autodeterminação e que baseiam políticas de cunho tutelar e assimilacionista.

c) Prezar pela consulta prévia, livre e informada dos povos. O art. 6º da Convenção 169 da OIT impõe aos Estados a criação de procedimentos apropriados que permitam a compreensão e a oitiva destas populações, para que estas, em consonância com o art. 7º, tenham liberdade para decidir as suas próprias prioridades nos seus processos de desenvolvimento. Então, prezar pela consulta prévia significa que estamos nos distanciando de um dos principais “subtextos” que permeiam os pensamentos tutelares, qual seja: “os indígenas não sabem o que é bom pra eles; nós – estado,

organizações não governamentais, não-indígenas, etc – é que sabemos”. Evidentemente, há um longuíssimo caminho a ser trilhado na adaptação dos aparatos institucionais para garantia desse direito, a começar pela própria Defensoria Pública. E neste último ponto, é imprescindível que nós fiquemos alertas à eventual (e equivocada) instrumentalização da Defensoria Pública, da FUNAI, do Ministério Público, ou de qualquer outro órgão público ou privado voltado ao trabalho com os indígenas, no sentido de utilizar a credibilidade e/ou atribuições de tais entidades como sendo suficientes para referendar iniciativas que não contaram com a efetiva consulta livre, prévia e informada. Ao contrário disto, a Defensoria Pública, sempre que necessário, deve ser a voz dissonante a exigir que tal mecanismo de consulta tenha lugar.

Outro ponto a salientar neste aspecto é que a Defensoria Pública pode ser um apoiador potente de iniciativas de comunidades/povos indígenas que queiram, por exemplo, formular seus próprios protocolos de consulta. Neste contexto, devemos ter em mente que esta formulação, bem como a posterior divulgação/aplicação de tais protocolos, fazem parte de um mesmo processo de aprendizagem comunitária e institucional longo e desafiador - tanto para as/os próprios indígenas, como para o Estado.

d) Por um Direito Civil/da Infância e Juventude Constitucional. Com base nas proposições de Lacerda (2007, pp. 294/295), deve-se inserir o art. 231 da Constituição Federal de 1988 no rol dos direitos relativos à dignidade da pessoa humana quando se tratar de povos indígenas, focando, na legislação infraconstitucional, a tutela de direitos (e não de pessoas). Qual o impacto disto? Alguns exemplos: 1) ao invés de se defender a necessidade de um órgão tutelar para o indígena realizar negócios jurídicos, pode-se repensar os seus defeitos¹⁵ desde uma análise interdisciplinar da situação concreta que

¹⁵ arts. 138 e seguintes do Código Civil.

geram mais ou menos vulnerabilidade quanto à manifestação de vontade; 2) ou, ainda, inquietar-se com os dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente sob a ótica de proteção mais plural, diante de situações em que a incapacidade relativa em função da idade, as categorias/institutos da *infância, adolescência, fase adulta, capacidade, poder familiar e família natural/extensa, adoção, guarda*, etc, não fazem qualquer sentido em meio às muitas realidades indígenas; e assim por diante. O desafio é questionar a pretendida universalidade/verdade do paradigma ocidental para que várias realidades possam ser consideradas válidas e igualmente preciosas, ressaltando a capacidade dos indígenas na definição de seus destinos individuais e coletivos¹⁶.

Outrossim, salienta-se a necessidade de reler com cuidado o Estatuto do Índio, reivindicando a não-recepção, pela nova ordem constitucional, das categorias integrado/não-integrado, da tutela, e dos demais dispositivos que contradizem o paradigma da cidadania diferenciada.

e) Pensar em adaptação de procedimentos processuais e institucionais.

Retomando as reflexões dos itens “a” e “c”, destacamos o art. 5º da Convenção 169 da OIT, sobretudo a sua alínea “c”, que determina que os Estados devem adotar, com a participação dos povos interessados, medidas para aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho. O que isto significa? Primeiramente, que devemos inverter o discurso da tutela: se há alguma *incapacidade* em jogo, muitas das vezes ela é a do próprio Estado, que não atende ao desafio de traçar procedimentos e políticas públicas em conjunto e com respeito às demandas específicas

¹⁶ Este tema ganha mais relevância no caso de colocação de crianças indígenas em famílias substitutas não-indígenas, situações estas baseadas no já mencionado “subtexto” tutelar de que “os indígenas não sabem cuidar, nós sabemos”. Este subtexto é reforçado pela invisibilidade das violências materiais e simbólicas de cunho étnico que geram vulnerabilidade.

dos povos indígenas. Trazendo isto para o âmbito do processo judicial e institucional, salientamos a leitura conjunta do art. 13 do Código de Processo Civil com a Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT, fundamento para que exijamos a adaptação de procedimentos para prever, dentre outros elementos: I) a presença de tradutores e profissionais indigenistas especializados – e, no caso da Defensoria Pública, devemos olhar para o art. 4º, IV, da LC nº 80/94 para além de assistentes sociais e psicólogos, apontando para a necessidade de especialistas no tema; II) uma postura mais proativa de defensoras/es, juízas/es, promotoras/es no atendimento e na produção de provas, não numa lógica de tutela, porém atentando verdadeiramente aos desafios culturais e materiais do acesso à justiça - por exemplo, a distância entre as aldeias e centros urbanos, perda de documentos e situações de vulnerabilidade que dificultam o acesso a atendimento pelos órgãos públicos, questões de linguagem; III) a reflexão, com os indígenas e desde a realidades destes, em torno de protocolos e fluxos de atendimento; e assim por diante.

f) Educação jurídica emancipatória. Para superarmos o paradigma da tutela, a educação jurídica, com fundamento no art. 4º, III, da LC nº80/94, tem papel extremamente estratégico. Retomando as provocações do item “a”, é necessário não somente a habilidade de “traduzir de forma simples” o que está na legislação, mas sobretudo de ter ouvidos para perceber/auxiliar as/os indígenas a formularem, por si mesmos, as suas demandas desde as suas prioridades, olhares e *modos de criar, fazer e viver*, empoderando-os.

g) Rever nossos próprios olhares, discursos e petições. Sabemos que o sistema de Justiça muitas vezes se apresenta como um espaço conservador e avesso à vozes contrárias ao senso comum teórico. Todos nós – incluindo-se defensoras e defensores públicos – fomos forjados no interior de um mesmo discurso especializado nas práticas

de ofício conformado por representações difusas e homogêneas, em que somos obrigados a ignorar os efeitos sociais desta formação e do saber jurídico que a comanda, sob a vocação do caráter supostamente científico/objetivo deste saber (WARAT, 2004, p. 151). Contudo, sabemos que o jogo da legalidade não é operado fora das relações de poder – ao contrário, conforma um projeto político e epistemológico que, no caso dos povos indígenas, tem na tutela um de seus principais pilares. Diante disto, além de saber manejar os dispositivos constitucionais, convencionais e legais aplicáveis, é necessário olhar para situações, narrativas e anseios soterrados/invisibilizados pelo racismo institucional. Neste sentido, lembro as palavras de Renata Tavares, Defensora Pública do Rio de Janeiro¹⁷, afirmando a Defensoria Pública como educadora do sistema de Justiça em Direitos Humanos e da necessidade de sairmos do modelo “fordista” de petições. Aproveitamos este gancho para reconhecer a Defensoria Pública como um lugar privilegiado para a realização de reflexões decoloniais em torno dos direitos humanos para povos indígenas no sistema de Justiça, desconstruindo pensamentos e práticas tutelares - seja nas petições, seja nas audiências e atendimentos.

h) Precisamos falar sobre uma política competente de interiorização da Defensoria Pública e do perfil/formação de defensoras e defensores públicos. Sem tirar os olhos dos indígenas que se encontram em ambientes citadinos ou migrantes, fato é que a maior parte destas populações está nos interiores dos estados brasileiros. Assim sendo, se quisermos atingir este público, precisamos repensar a política de lotação e distribuição de trabalho, bem como de recursos materiais e humanos entre os órgãos de

¹⁷ palestra proferida no Seminário Internacional “Defensoria no Cárcere e a Luta Antimanicomial” realizado entre os dias 24 e 26 de maio de 2017 no Rio de Janeiro/RJ pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Fesudeperj), Fórum da Justiça, Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro (ADPERJ) e o Departamento Penitenciário (Depen), no âmbito do projeto “Defensoria no Cárcere”.

atuação do interior e das capitais/grandes cidades. Dito de outro modo, é preciso reconhecer que nosso modelo de Defensoria Pública é, ainda, deveras urbano e *branco*, pois privilegia as comarcas dos grandes centros sem que se incentive o olhar para a absoluta riqueza humana, vivencial e cultural dos múltiplos interiores do País.

Partindo disto, precisamos também trabalhar o perfil e a formação das defensoras e defensores públicos - a começar pelo concurso (exigindo temas e conhecimentos que venham ao encontro das especificidades regionais), passando por uma política de formação/qualificação continuada destas/es profissionais que olhe com sinceridade para as limitações na formação universitária e pessoal que nos fazem despreparados para lidar com a realidade indígena.

Em suma: sem gente, sem estrutura, sem apoio teórico e vivencial, sem política competente de interiorização, não é possível criar o *tempo* exigido para elaboração de sensibilidades, saberes e práticas que superem os pensamentos tutelares.

i) FUNAI e Ministério Público Federal são parceiros, e há um “vácuo” pós-tutelar na garantia de direitos dos povos indígenas a ser ocupado pela Defensoria Pública. Acreditar que tudo o que é relacionado a indígenas deve ser “encaminhado exclusivamente” para FUNAI, ou para o Ministério Público Federal, ou para a Justiça Federal, é também um eco do regime de tutela. Ao contrário, na perspectiva da cidadania diferenciada inaugurado pela Constituição Federal e pela Convenção 169 da OIT, devemos reivindicar que todos os órgãos estatais, de todas as esferas e poderes, estejam aptos a atender os povos indígenas segundo a sua autonomia e especificidades, a começar pela Defensoria Pública. E, estando a Defensoria Pública preparada, esta pode ter um papel estratégico de diálogo/ampliação de olhares frente a outros órgãos – por exemplo, os Conselhos Tutelares e outros conselhos deliberativos de políticas públicas, secretarias

estaduais e municipais, órgãos judiciais e ministeriais, e assim por diante. Nesta ambiência, a FUNAI e o MPF, não sendo os únicos responsáveis por uma política indigenista de tutela, devem ser vistos como parceiros e peças-chaves na tarefa de superar o paradigma tutelar, além de serem fonte de um aprendizado teórico, prático e local que a maior parte das defensoras e defensores públicos não tem¹⁸.

As reflexões e provocações acima apontadas estão longe de esgotar o tema, e são aqui compartilhadas como algo que está vivo, inquieto – e, portanto, inacabado e aberto.

4) Bibliografia

ANTONACCI, Maria Antonieta, *Decolonialidad de cuerpos y saberes: ensayo sobre la diáspora de lo eurocentrado*, in GANDARILLA, José Guadalupe (coord.), *La crítica en el margen – hacia una cartografía conceptual para discutir la Modernidad*, México-DF, Ediciones Akal, 2016, pp. 471/520.

KÜMPEL, Victor Frederico, FERRARI, E MOLINA, Carla. *Tratado Notarial e Registral*, Vol. 2, São Paulo, YK Editora, 2017, pp. 151/163.

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*, Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MENESES, Maria Paula G., *O 'indígena' africano e o colono 'europeu': a construção da diferença por processos legais*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais da Universidade

¹⁸ até porque, em geral, vêm de realidades e estados diversos

de Coimbra, *E-cadernos CES* (Online), julho/2010, disponível em <https://journals.openedition.org/eces/403> , acesso em 26.5.2019, pp. 68/93.

OLIVEIRA, Assis da Costa, *Indígenas crianças, crianças indígenas: perspectivas para a Construção da Doutrina da Proteção Plural*, 1ª Edição, Curitiba, Juruá Editora, 2014.

SALGADO, Juan Manuel, GOMIZ, María Micaela, *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas: su aplicación em el derecho interno argentino*, 2ª edição, Neuquén, EDUCO – Universidad Nacional del Comahue, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza, “*Entre Próspero e Caliban: Colonialismo, Pós-Colonialismo e Interidentidade*”, *Novos Estudos CEBRAP*, 66, julho/2003, pp. 23/52.

SANTOS, Boaventura de Souza, *Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a las ecologías de los saberes*, in *Construyendo las Epistemologías del Sur - Para un pensamiento alternativo de alternativas*, Buenos Aires, CLACSO, 2018, p. 555/590.

SEGATO, Rita, *Uma paradoja del relativismo: el discurso racional de la antropología frente a lo sagrado*, in RUFER, Mario, GORBACH, Frida (coords.), *(In)Disciplinar la investigación. Archivo, trabajo de campo y escritura*, México –DF, Siglo XXI-UAM, 2016, pp. 25/62.

WARAT, Luis Alberto, *Dilemas sobre a história das verdades jurídicas: tópicos para refletir e discutir*, in MEZZARROBA, Orides *et al* (coords.), *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, pp. 139/151.