

A LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL “AD PROCESSUM” DOS ÍNDIOS CONSTITUTIONAL LEGITIMATION “AD PROCESSUM” OF THE INDIAN

ALEXANDRE ALBERTO BERNO

Juiz Federal Substituto - Seção Judiciária de São Paulo,
Especialista em Direito Processual Público pela UFF –
Universidade Federal Fluminense.

RESUMO. A legitimação constitucional dos índios ao processo é analisada a partir da Constituição Federal de 1988 e da possibilidade de ingressarem em Juízo em nome próprio contra o Estado tutor para a defesa de seus direitos e interesses. A análise insere-se no direito ao acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional, abordando a “marginalidade” e a “invisibilidade” dos povos indígenas e a necessidade de interpretação do ordenamento jurídico nacional em consonância com a ampliação da legitimidade ativa dos povos autóctones no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT. The constitutional legitimation of the indians to the lawsuit is analyzed from the 1988 Federal Constitution and the possibility of going into Court in proper name against the Tutor State to the defense of their own rights and interests. The analysis becomes part of the right to the access to Justice and to Court guardianship effectiveness, regarding the indian natives’ “unimportance” and “invisibility” and the necessity of interpreting the national legal system in agreement with the enlargement of the indigenous people active legality in the level of the Inter-American Court of Human Rights.

Palavras-chave: Acesso; efetividade; Jurisdição; índios; Constituição; processo; legitimação; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Key words: Access; effectiveness; Jurisdiction; indians; Constitution; lawsuit; legitimation; Inter-American Court of Human Rights.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é abordar alguns aspectos gerais da legitimação constitucional ao processo dos índios, suas comunidades e organizações na defesa dos direitos indígenas em Juízo. A capacidade processual dos indígenas é enfocada a partir do regime de direito público, sob a luz da Constituição Federal de 1988 e do direito coletivo à manutenção do modo de vida dos índios como povo.

O regime tutelar do índio e a responsabilidade do Estado brasileiro, através da União e suas entidades, são abordados diante das omissões do Poder Público na efetivação dos direitos indígenas e a possibilidade dos atingidos ingressarem em Juízo contra o próprio Estado tutor, em razão do reconhecimento constitucional da capacidade “ad processum” dos índios para a defesa de seus direitos e interesses.

No desenvolvimento do trabalho abordamos a questão do direito à diferença dos povos indígenas, independentemente de necessidade de integração aos usos e costumes nacionais. A perspectiva filosófica, a “marginalidade” e a “invisibilidade” dos povos indígenas serão estudadas a partir de dados sociológicos e da insuficiência dos critérios

jurídicos de direito privado para se definir a capacidade processual dos indígenas e suas comunidades.

Admitimos que no âmbito dos pressupostos processuais, a eficácia da jurisdição depende dos meios de acesso à tutela jurisdicional e da ausência de empecilhos formais para o pleno exercício dos direitos constitucionais especialmente reconhecidos aos povos autóctones brasileiros. As formas de soluções de conflitos, rumo a uma nova discursividade e interpretação das regras estabelecidas, obrigam o intérprete a mudar o foco individualista, centrado no direito privado, para um viés público, voltado para a constitucionalização de direitos.

Finalizando, abordamos a evolução jurídica dos instrumentos de proteção dos direitos humanos e seus reflexos quanto à ampliação da legitimidade ativa dos povos autóctones no âmbito internacional através das normas convencionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos e alguns precedentes judiciais quanto ao acesso à jurisdição e suas implicações na abordagem do direito dos índios à tutela jurisdicional em face das omissões do Estado tutor.

2. O “perspectivismo” *ameríndio*

Sob a perspectiva ameríndia “bicho é gente”¹. Esta é a frase símbolo reverberada por antropólogos e que expressa uma idéia presente nos povos indígenas da América. Enquanto o pensamento ocidental afirma que a natureza é universal e que as culturas humanas são particularidades, para os povos autóctones americanos haveria apenas uma cultura e naturezas particulares, dependendo do ponto de vista do observador.

Homens e animais sempre seriam “gente”, sujeitos dessa cultura, ou seja, todos os animais para os índios experimentam os mesmos hábitos, suas relações de grupo são sempre sociais, com ritos, chefes e regras próprias. Uma só maneira de ser sujeito em suas relações com predadores e presas ou em suas relações sociais com seus semelhantes e, portanto, seres que mudam de natureza, dependendo das relações em que estão envolvidos. Animais predadores e espíritos vêem os humanos como presas ao passo que a caça vê os humanos como predadores. Ao verem os humanos como não humanos, os animais vêem a si próprios como humanos e estes como animais.

Da literatura, em uma interpretação possível de Guimarães Rosa, conseguimos identificar esta perspectiva na obra “Meu tio o Iauaretê”². O texto narra a estória de um mameluco batizado pelo pai branco católico como “Antonio de Eiesús”, depois chamado Macuncôzo e Tonho Tigreiro. Pela mãe índia tacunapeúna de nome Mar’Iara, foi chamado de Bacuriquirepa, Breó e Beró. E, finalmente, dizia que não tinha mais nome porque não necessitava. O “índio” foi contratado por um “geralista” para “desonçar” um pedaço do sertão das gerais. Matou muitas onças e se arrependeu. Chamava-as de parentes e dizia que gostava mais delas do que de homens. Passou a “deshomenzar” o sertão das gerais. Matava os homens tal como as onças os matavam. Ele próprio se alimentava de homens

¹ CASTRO, Eduardo Viveiros de. “O espelho do ocidente”. In: *Folha de S. Paulo*, caderno mais, 21/08/2005, p. 4.

² ROSA, João Guimarães. “Meu tio o Iauaretê”. In: *Estas estórias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1985, pp. 160-200.

e parte da “caça” entregava para as onças. O próprio “Tonho” chega a descrever uma espécie de romance com uma onça.

Este fato, de certa forma, justifica o título do conto na medida em que a palavra “tio” tem significado de sogro ou parente para os indígenas. Porém, um novo “desonçador” havia chegado à região e o “índio” novamente muda sua perspectiva e se transforma na caça, sendo morto por arma de fogo. Dessa forma, sob a perspectiva ocidental, a relação entre os homens é de fraternidade por terem uma origem comum em um pai universal, seja sob a perspectiva espiritual (religiosa) ou biológica (darwinismo). Sob a perspectiva ameríndia, a ligação entre os homens ocorre por não terem a mesma relação com aquilo que os relaciona.

Assim, todos seriam cunhados e não irmãos. Enquanto no mundo ocidental um cunhado é um irmão de segunda categoria, no mundo indígena, o irmão ocuparia esta posição, pois a fraternidade é o fim do relacionamento e não seu começo. Um mesmo terceiro é visto de maneira diametralmente oposta pelos participantes da relação, ou seja, o marido e o irmão. A relação ocidental é sempre relação do sujeito (EU) consigo mesmo (mEU irmão, um EU mesmo de segunda classe). No mundo indígena, ao contrário da identificação das semelhanças, as pessoas se ligam na medida em que ocupam posições diferentes perante outras.³

A transposição desta perspectiva ameríndia para o direito demonstra o equívoco histórico do tratamento dos indígenas pela legislação brasileira, que sempre viu o índio na perspectiva européia, como um “cunhado”, e não como um irmão, da mesma forma como Roma foi cercada por bárbaros pagãos que, através de codificações sociais de ritos de passagem, foram aos poucos deixando sua condição de marginais, sendo integrados ao padrão social que derivava da perspectiva central. Jean-Claude Schmitt reflete sobre esta questão histórica a partir do ponto de vista dos marginais:

“[...] do mesmo modo que a margem – expressão dos copistas da idade média – cerca o texto e limita a página, alimenta uma imaginação coletiva cujos excessos o descobrimento progressivo da Terra não consegue exaurir: ela povoa as costas do oceano Índico (representado fechado, em vez de aberto), o país dos negros etíopes e, depois, as ‘Índias Ocidentais’ – nossas Américas –, de monstros que desafiam a razão (embora também sejam tidos como produtos da criação de Deus) ou de Bons selvagens que parecem ignorar o pecado.”⁴

Estes ritos de passagem abrangem três etapas, ou seja, de separação total, de margem e de agregação ou integração, os quais serviram de justificativa na invasão européia das terras americanas e no relacionamento com os povos “marginais” que aqui viviam. E quanto mais integrados estão, os índios passam a repetir a filosofia ocidental dos “marginais” e, em alguns casos, chegam mesmo a repetir soluções ou saídas como uma “revolução” nos moldes proletários, para solução de todos os problemas. Para o índio Olívio Jekupé, da aldeia Krukutu, próxima a Parelheiros, grande São Paulo, a revolução nos moldes proletários/comunistas seria a solução para os problemas de seu povo, ainda que

³ CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Op. cit.*, p. 5.

⁴ SCHMITT, Jean-Claude. “A história dos marginais”. In: LE GOFF, Jacques (org.). *A história nova*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 266.

sua interpretação de identificação com as classes proletárias não seja cultural e, sim, de comum exclusão social. Confira-se o poema de Jekupé:

Revolução Urgente

Quero revolução
Desejo revolução
Sinto revolução.
Só assim quem
Sabe não haja
Tantos analfabetos
Só assim quem
sabe não tenha
tantos pobres.
Quem sabe assim,
Poderemos ter
Grandes intelectuais.
Ah, quem sabe
Não veremos mais
Crianças passando fome.
Ah, só a revolução
Poderá mudar esta
Vida que levamos.⁵

Vale lembrar que Jekupé é índio, com licenciatura em filosofia pela Universidade de São Paulo, e invoca uma solução ocidentalizada para a questão indígena. Não obstante, como acima expusemos, há um equívoco histórico na abordagem dos problemas dos autóctones. No pensamento ocidental, encontramos uma manifestação clara de uma perspectiva indígena completamente integrada e sem raízes, como verdadeira manifestação do “Macunaíma”. A seguir veremos como a perspectiva europeia dos “marginais” se conformou e confrontou com o “perspectivismo” relacional indígena através da análise da evolução dos direitos indígenas.

3. A evolução dos direitos indígenas

Carlos Frederico Marés de Souza Filho afirma que a tutela dos índios pelo Estado tem origem na Lei de 27 de outubro de 1831, que revogou as Cartas Régias de 1808, as quais declaravam guerra aos índios de São Paulo e Minas Gerais e autorizava a escravidão por quinze anos dos prisioneiros⁶. Segundo o autor, a nova legislação tinha caráter libertário, pois instituía em favor dos índios aprisionados ou que se entregassem durante o estado de guerra a tutela orfanológica, ou seja, seriam socorridos pelo Tesouro

⁵ JEKUPÉ, Olívio. *Xerekó Arandu: a morte de Kretã*. São Paulo: Nossa Sra de Fátima, 2001, p. 38.

⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “Tutela aos índios: proteção ou opressão?” In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 297.

do Estado até que os Juízes de órfãos lhes encontrassem trabalho por meio do qual os índios pudessem sobreviver. Assim, era manifesto o objetivo de integração dos índios.

O Decreto de 03 de junho de 1833 encarregou os Juízes de órfãos da administração dos bens dos índios, em substituição aos extintos Ouvidores das Comarcas, o que foi confirmado pelo Regulamento nº 143, de 15 de março de 1842. Marés afirma ainda que a tutela prevista na legislação de 1831 somente aplicava-se aos índios cativos, ao passo que a administração dos bens dos índios estabelecida pela legislação de 1833 e 1842 aplicava-se a todos os índios do Brasil. Ambas as legislações, aparentemente, teriam um caráter protecionista, porém, representaram as origens do tratamento preconceituoso e restritivo a partir da redução jurídica da capacidade do índio. Os índios, não somente os cativos ou em processo de integração, mas, agora, todos, passaram a ser tutelados pelo Estado através do Juiz de órfãos e não mais tinham a disponibilidade sobre seus bens.

O Código Civil Brasileiro de 1916 estabelecia em seu artigo 6º que os silvícolas eram “incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer”. E pelo parágrafo único do mesmo artigo 6º foi disposto que os índios “ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará a medida em que se forem adaptando à civilização do país”. Desse modo, a situação jurídica dos índios era contraditória, pois a tutela é instrumento de proteção individual, em função de uma situação excepcional de incapacidade.

Assim, o instituto da tutela não poderia ser aplicado a toda uma coletividade de indivíduos como regra geral e os artigos 406 a 485 do Código Civil de 1916, que se referem à tutela de incapazes, não seriam aplicáveis aos índios sob o aspecto sistêmico, pois dependeria de regulamentação por leis especiais. Assim, a incapacidade relativa do índio prevista pela legislação civil não poderia ser considerada autoaplicável.

O Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, dispunha que seriam considerados emancipados todos os índios que estivessem sob a tutela orfanológica, porém, também criava restrições à capacidade civil do índio, estabelecendo categorias das populações indígenas, conforme o grau de integração à sociedade “civilizada”, exigindo a representação dos índios por agentes do Estado nos negócios jurídicos que celebrassem, sob pena de nulidade. Novamente se contrapõem os objetivos protecionistas com aqueles restritivos da capacidade dos índios na administração de seus bens.

Segundo Marés:

“A partir de 1928, portanto, sem revogar o Código Civil, já não se deveria mais falar em tutela, mas em capacidade e nulidade de atos praticados sem a participação dos funcionários responsáveis, o que vale dizer, sem a participação do Estado. Este novo instituto jurídico de caráter público poderia ter ganhado um nome próprio, coisa que a lei de 28 não fez, mantendo o nome de tutela e entregando ao Estado, que a exerceria por meio do SPI – Serviço de Proteção aos Índios.”⁷

Como já se poderia prever, o SPI serviu muito mais a interesses de certos grupos e pessoas da sociedade civilizada incrustados no Estado do que ao próprio interesse dos índios até a criação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI em 1967. A Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como “Estatuto do Índio”, determinou a aplicação

⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Op. cit.*, p. 305.

dos princípios da tutela de direito civil aos índios, na prática, derogando tacitamente a legislação de 1928, que havia estabelecido um regime de tutela pública dos índios. O retorno da aplicação do direito de civil e de família quanto à tutela dos índios tem efeitos diversos em relação à responsabilidade do Estado, mantido como órgão tutor, ou seja, uma pessoa jurídica sujeita ao regime público.

Em plena ditadura militar, a mudança representou um retorno à tutela orfanológica dos índios, com o nítido objetivo de integrar os índios à sociedade civilizada e deixar de reconhecê-los como povo, para atribuir-lhes direitos individuais e não os de esfera coletiva. O direito à terra é um dos principais focos de conflito, na medida em que o tratamento dos índios como povo implica no reconhecimento e demarcação das áreas por eles tradicionalmente ocupadas, contrariando os interesses de desenvolvimento e exploração de recursos naturais.

Isto porque o termo tutela, sob o ponto de vista estrito do direito civil, como um instituto do direito de família, não pode ser confundido com o termo “tutela” no sentido de responsabilidade pública do Estado pelo fomento, fiscalização, proteção e implantação de políticas públicas. O estatuto retirou parte da autonomia das comunidades indígenas para gerir seus próprios bens, transformando-os, praticamente, em pessoas absolutamente incapazes do ponto de vista do direito civil. Tudo de que os índios não integrados necessitassem deveria, em tese, ser provido pelo Estado ao passo que os integrados à sociedade civil perderiam a condição de tutelados.

O estatuto pretendeu evitar a responsabilidade objetiva do Estado, inerente ao regime da tutela de direito público, retornando ao antigo sistema da tutela orfanológica ou da responsabilidade civil aquiliana. Este regime impulsionava o índio à integração e perda de seus direitos indígenas, na medida em que as comunidades não podiam gerir os meios para sua sobrevivência e o Estado tutor era manifestamente omissivo na promoção de políticas sociais que atendessem aos interesses indígenas.

O direito civil individualista negou aos índios qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais através da propriedade registral⁸. Para o Estado e a sociedade, o direito dos índios de manter seu modo de vida tradicional era incompatível com a exploração econômica de seus próprios bens.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 inicia um novo capítulo na seara dos direitos indígenas. O reconhecimento internacional ao direito à diferença das minorias influenciou positivamente na mudança de posicionamento do Estado perante os índios. Ao contrário da visão integracionista e exploratória anterior, a Carta Magna de 1988 estabeleceu, em seu artigo 231, que “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.” A Constituição impõe um dever ao Estado de proteger os índios e fazer respeitar todos os seus bens, como povo que supera o regime tutelar de direito civil e, acertadamente, resgata o conceito de tutela pública dos indígenas.

E, além disso, estabelece que o Estado não pode interferir no direito de autodeterminação dos povos indígenas e veda qualquer prática estatal ou privada que possa

⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “Multiculturalismo e direitos coletivos”. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 77.

restringir ou agredir tais direitos. Dessa forma, as normas do estatuto do índio tornaram-se insuficientes para descrever todo o âmbito da tutela de direito público, resgatada pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

O projeto do novo estatuto do índio em trâmite pelo Congresso Nacional Brasileiro não pode olvidar a estes novos aspectos coletivos dos direitos dos povos indígenas, em contraposição evolutiva do antigo regime individualista e integracionista até então desenvolvido. Cabe, finalmente, destacar que o Novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 4º, parágrafo único, expressamente dispôs que a capacidade civil dos silvícolas (manteve a antiga denominação dos índios) será regulada por legislação especial. Consagra, portanto, o entendimento de que a tutela orfanológica é inaplicável aos índios atualmente.

Além disso, deixa margem a dúvidas quanto à possibilidade de aplicação do Estatuto do índio de 1973, pois indica que as normas quanto à capacidade do índio ainda serão fixadas por legislação especial. Ora, caso o Novo Código Civil estivesse se referindo ao Estatuto do índio, conteria o verbo determinativo no presente e não previsão para o futuro. Muito embora o estatuto de 1973 não tenha sido revogado expressamente, deve ser visto com reservas em relação ao novo posicionamento da Constituição Federal que aflorou um novo aspecto da tutela de direito público pelo Estado ao permitir que os próprios indígenas ingressem em Juízo na defesa de seus direitos e interesses, na dicção do artigo 232: “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”.

4. Direitos indígenas como direito coletivo

As características específicas dos povos indígenas se exprimem por meio do direito coletivo à diferença, afirmado pela UNESCO em 1978, pela declaração sobre raça e os preconceitos raciais, segundo o qual a identidade de origem de todos os seres humanos não afeta a faculdade de manter modos de vida ou identidades culturais diferenciadas fundados na cultura, ambiente, história, dentre outras. No caso americano, o pacto de San José da Costa Rica, de 1981, permite concluir que a diversidade não é contrária à idéia de unidade e não pode servir como fundamento para os Estados negarem os índios como povo apenas sob o argumento para garantir a união e integridade de seus territórios contra um movimento separatista. O caráter coletivo dos direitos pode levar à alienação do indivíduo pelo grupo, porém, a defesa coletiva de interesses comuns pode fortalecer o poder reivindicatório em face dos obrigados às prestações pretendidas.

Segundo Norbert Roland:

“[...] a recusa de todo caráter coletivo nos parece excessiva, pois, em certos casos, e sob a reserva de certas condições, a coletivização dos direitos pode ser a condição de sua efetividade. Em nossa opinião, existe um laço indissolúvel – que pode ser dialético – entre as definições coletivas e individuais.”⁹

⁹ ROULAND, Norbert (org.). *Direito das Minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: UnB, 2004, p. 490.

O processo de evolução histórica dos direitos humanos tem servido como ponto de apoio para a reivindicação das minorias com base coletiva, de titularidade de grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade, em detrimento do indivíduo em sua singularidade, como o direito de auto-determinação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas¹⁰. Para Bobbio¹¹, o problema dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; as liberdades políticas e sociais, do nascimento, crescimento do movimento dos trabalhadores, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também ações de proteção.

Os interesses metaindividuais, assim chamados para diferenciar dos interesses individuais de cunho “egoístico”, ultrapassam a órbita da atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva com finalidade notadamente altruística. Apesar da mesma origem – “interesses metaindividuais” – a doutrina mais atualizada diferencia os termos direitos difusos e coletivos. Os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada, mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico de interesses coletivos e ausente nos difusos.¹²

Pode-se conceituar os direitos coletivos como aqueles que abrangem uma realidade coletiva (profissão, categoria, família), ou seja, aqueles que se relacionam com o exercício coletivo de interesses e não simplesmente aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais. A ambiguidade entre direitos difusos e direitos coletivos começa já na acepção vernacular dos termos, já que ambos sugerem a idéia do que é extenso, aplicável a muitas pessoas ou coisas.

Tal sinonímia é reforçada pelo uso dessas mesmas expressões, indistintamente, como a significar uma e mesma coisa. Alguns autores declaram utilizar indiferentemente, como sinônimos, as expressões interesse difuso, coletivo, de grupo, meta ou supra-individual, embora reconheçam haver tentativas de distinções. No entanto, o próprio direito positivo consagrou a distinção: tanto a Constituição Federal (art. 129, III) como a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85, art. 1º, IV – com a redação dada pela Lei 8.078/90, art. 110) referem-se a interesses difusos e coletivos.

Celso Ribeiro Bastos punha em relevo o fato de que os interesses coletivos “dizem respeito ao homem socialmente vinculado”, havendo, portanto, um vínculo jurídico básico, uma geral “*affectio societatis*” ao passo que os interesses difusos se baseiam numa identidade de situações de fato, sujeitando-se a lesões de natureza extensiva, disseminada ou difusa. José Carlos Barbosa Moreira também prefere distinguir ambas as expressões, em que pese à relativa imprecisão do conceito. De acordo com o autor, a expressão

¹⁰ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 130-131.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 5-6.

¹² MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 27-28.

“interesses difusos” não adquiriu até agora sentido preciso na linguagem jurídica, sugerindo duas notas essenciais ao conceito de interesse difuso, uma pertinente ao sujeito e outra ao objeto.

Quanto ao sujeito, o interesse não pertence à pessoa determinada ou a grupo nitidamente delimitado. Eis aqui o ponto. Ao ver do processualista, a titularidade do interesse encontrar-se-ia em um grupo cujos membros seriam de difícil ou impossível determinação. Ademais, isto é de se sublinhar, inexistiria necessariamente um vínculo jurídico entre estes componentes do grupo, ao contrário do que ocorre com uma sociedade anônima. Do ângulo do objeto, o interesse refere-se a um bem individual, de tal sorte que a satisfação de um elemento do grupo implicaria a satisfação dos demais¹³.

Mancuso¹⁴ aponta duas razões para esta distinção: a) conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero “interesses meta (ou super) individuais”, tudo indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior do que se verifica no interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma “relação-base”, a um “vínculo jurídico”, o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto ser humano; b) utilizar indistintamente essas duas expressões conduz a resultados negativos, seja porque não contribui para aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão, seja porque estão em estágios diferentes de elaboração jurídica: os interesses coletivos já estão bastante burilados pela doutrina e jurisprudência; se eles ainda suscitam problema, como o da legitimação para agir, a técnica jurídica tem meios de resolvê-lo, ao passo que os interesses difusos não contam, propriamente, com mais de uma década de elaboração jurídica específica, continuando em certo modo uma figura misteriosa. Daí ser útil e conveniente a tentativa de distinção entre esses dois interesses.

O mesmo autor afirma que os interesses difusos permitem toda sorte de posicionamento de conteúdo fluido (como qualidade de vida) e, “enquanto o interesse geral ou público concerne primordialmente ao cidadão, ao Estado ao Direito, os interesses difusos se reportam ao homem, à nação, ao justo”¹⁵. Pelo alto índice de desagregação estes interesses se referem a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles ao mesmo tempo. Esta classe de direitos sempre existiu, porém, só a partir da segunda metade do século XX este tema vem sendo elaborado de forma autônoma e sistemática¹⁶. Este paradoxo pode ser talvez explicado pelo fato de que os sistemas jurídicos se fundam basicamente na tutela dos interesses do indivíduo, mesmo os implicados sendo pessoas jurídicas. Isto acarretou a consequência de que somente os interesses considerados

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro”. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 183-184.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 73-74.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos”. In: *Revista de Processo*, ano 25, nº 97, janeiro-março de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 09.

relevantes e suscetíveis de afetação a um titular mereceriam tutela jurisdicional.

Dentro desta concepção individualista, é bem compreensível que passassem despercebidos certos interesses que, justamente, se caracterizam pela inviabilidade de apropriação individual, como o interesse à pureza do ar atmosférico. Afirmou-se, mesmo, que se um interesse concerne a todos, não pertence a ninguém, e, assim, não é tutelável. De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁷, a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares, sendo que a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se difundindo com uma concepção social, coletiva.

Neste panorama, considerando os direitos indígenas como direitos essencialmente coletivos, tais como o direito à existência como povo, o direito coletivo às terras tradicionalmente ocupadas, o direito à liberdade de culto e religiões próprias, o direito ao modo de vida e desenvolvimento econômico, o direito às farmacologias próprias das florestas e do conhecimento tradicional, o direito à alimentação e cultivo de alimentos não padronizados, somente puderam ser reconhecidos como objetivo de uma tutela jurisdicional coletiva no Brasil a partir da nova Constituição Federal de 1988, muito embora a Lei da Ação Civil Pública date de 1985.

5. A legitimação “*ad processum*” do índio

O artigo 37 da Lei 6.001/1973 permitia aos grupos ou comunidades indígenas o ingresso em Juízo na defesa de seus direitos. No entanto, os índios deveriam ser assistidos pelo Ministério Público Federal ou pelo órgão de proteção ao índio. O artigo 232 da Constituição Federal de 1988 nada mencionou quanto à assistência e apenas exigiu a intervenção do Ministério Público Federal. A mudança do enfoque do regime tutelar nas relações de direito material tem seus reflexos no direito processual a partir dos conceitos de capacidade e legitimação ao processo.

Segundo Theodoro Júnior, a legitimidade é uma das condições da ação ao lado do interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido¹⁸. Na linguagem de Liebman, trata-se da “pertinência subjetiva da ação”, ou seja, a titularidade ativa e passiva da ação em correspondência de cada titular de um direito subjetivo também é titular de um direito adjetivo de ação. Para Arruda Alvim, “estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença”¹⁹.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 18ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 56.

¹⁹ ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002.

A moderna doutrina processual considera que a legitimação para o processo decorre dos elementos da lide e não propriamente do direito debatido em Juízo em razão do direito de ação ser autônomo e não depender da existência do direito material²⁰. Para Amaral Santos “legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”²¹. Dessa forma, a legitimidade “ad causam” ocorre quando o autor ou o réu alegam em Juízo, em nome próprio, um direito ou interesse também próprio.

Esta é a dicção do artigo 3º do CPC, que segue a tônica de proteção dos direitos individuais. Há, porém, casos em que o legitimado para agir não é o titular do direito invocado. Em determinadas hipóteses a legislação pode prever a legitimação extraordinária, que consiste numa autorização legal para que a parte demande em nome próprio interesse ou direito alheio.

Trata-se de uma espécie de substituição processual expressamente prevista no artigo 6º do CPC. No caso específico dos índios, as normas em vigor prevêm dois substitutos processuais legitimados extraordinariamente para a defesa dos direitos e interesses indígenas em Juízo. O primeiro é a Fundação Nacional do Índio, entidade de direito público interno, com natureza jurídica de autarquia federal, à qual é atribuída a tutela dos índios, conforme previsto na Lei 6.001/73.

O segundo substituto processual é o Ministério Público, em razão do disposto no artigo 129, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de hipótese singular de substituição processual por previsão constitucional. Ambas as representações configuram espécies de legitimação extraordinária concorrente, ou seja, não impedem que os próprios titulares dos direitos e interesses alegados exerçam em nome próprio o direito de ação. Em outras palavras, a legitimação extraordinária da FUNAI e do MPF não exclui a legitimidade ordinária dos índios, em função do que dispõe o artigo 3º do Código de Processo Civil brasileiro, de que a legitimidade “ad causam” decorre da defesa do direito próprio em Juízo. Nenhuma das normas que atribuem legitimidade extraordinária, no caso dos índios, exclui o direito próprio à legitimidade ordinária.

A princípio, poderia parecer que o artigo 232 da Carta Magna de 1988 seria o responsável pela atribuição da legitimidade ordinária aos índios. Entretanto, seria completamente desnecessário, em função do que já prevê o artigo 3º do CPC. Qual a razão, portanto, da previsão constitucional, considerando o princípio de que a lei não contém palavras vazias ou inúteis?²²

Ora, a dicção do artigo 232 da CF/88 se aplica ao âmbito da “legitimatío ad processum”, ou seja, não se refere às condições da ação e, sim, a um pressuposto processual intrinsecamente relacionado à capacidade processual. Rompe com o modelo processual civil clássico, que somente atribuía à parte com capacidade civil o poder de ingressar em Juízo em nome próprio. Portanto, num cenário em que a tutela estatal se mostra omissa, se transferiu a análise da capacidade processual dos índios do âmbito do

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibid. Loc. cit.*

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17ª ed. Vol I. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação”. In: *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

direito privado e do Código Civil para o âmbito do direito público e da Constituição. A CF reconhece, assim, que os índios são legitimados ao processo, ou seja, tem capacidade processual para ingressarem em Juízo na defesa dos seus direitos e interesses, independentemente de sua capacidade civil ou da assistência do Estado tutor, principalmente, naquelas ações movidas contra o próprio Estado, na condição de ente responsável pelo fomento e implementação dos direitos indígenas.

Tal leitura representa inovação imensa e não pode ser facilmente compreendida, salvo quando se observa a revolução “coperniquiana” no trato da natureza jurídica da “tutela” do índio pelo Estado a partir da CF/88, a qual traz em seu bojo, expressamente, que não se pode mais negar a tutela jurisdicional singular ou coletiva ao índio com a simples alegação de que não detém a capacidade civil para ingressar em Juízo. Em outras palavras, não se pode mais negar ao índio o direito à tutela jurisdicional apenas porque ele é índio, atribuindo-lhe a condição de um cidadão brasileiro marginal ou invisível. Sob o ponto de vista do perspectivismo ameríndio, sem qualquer mácula de preconceito, poderíamos dizer que “índio é gente”, e que, agora, assume seu papel no relacionamento da tutela estatal de direito público, como um cunhado, diferença, sem a necessidade de ser integrado, porém, com capacidade processual própria.

Conforme referimos, a questão da capacidade da parte para atuar em Juízo se constituiu em pressuposto processual, ou seja, os requisitos formais e materiais exigidos pela legislação para a formação e estabelecimento válido da relação processual, sem os quais a decisão ou sentença torna-se viciada por irregularidade ou nulidade e sem eficácia jurídica. Dividem-se em pressupostos de existência e desenvolvimento da relação processual. Os primeiros são analisados no momento inicial de constituição da relação processual. Os últimos são estabelecidos para regular o desenvolvimento e o curso da relação processual. Pressupostos subjetivos: competência do Juiz; capacidade civil das partes (capacidade processual); representação por advogado (capacidade postulatória); objetivos: forma processual adequada à pretensão; existência de procuração; ausência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou inépcia da inicial; inexistência de nulidades processuais.

Sua inocorrência impede a formação válida da relação processual. Seu exame e o reconhecimento de sua falta devem ser procedidos “ex officio” pelo Juiz. Os atos processuais do incapaz e os do juiz ou da parte contrária, praticados perante incapaz, carecem de eficácia, mas podem ser convalidados com efeito retroativo, pelo representante legal da parte, nos casos em que se admite a ratificação dos atos materiais anuláveis. Sempre que a parte for civilmente incapaz, embora regularmente representada ou assistida, haverá necessidade de intervenção do Ministério Público no processo, sob pena de nulidade (artigo 82, I, 84 CPC). Em resumo, a legitimidade “ad causam” é um requisito de ordem processual instrumental e existe para permitir que se afira a admissão ou não de uma determinada ação.

A capacidade processual não se confunde com a capacidade postulatória. Esta é deferida somente aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Para ingressar em Juízo é necessário que a parte se faça representar por um advogado, salvo nos casos em que a legislação lhe permita demandar independentemente de advogado, ou seja, quando a lei lhe atribui a capacidade postulatória direta, como no caso das Leis 9.099/95 e 10.259/2001, que criaram os Juizados Especiais Estaduais e os Juizados Especiais Federais, respectivamente.

Importante ressaltar que a capacidade “ad processum” não cabe apenas às pessoas

naturais ou jurídicas, mas é atribuída por lei a certos entes patrimoniais despersonalizados, como a massa falida, o espólio, a herança jacente ou vacante, a massa do insolvente civil, as sociedades despersonalizadas como a sociedade em conta de participação, comumente designadas de pessoas formais. Estas hipóteses configuram exceções à regra geral de que a capacidade processual se confunde com a capacidade civil. Não se pode dizer, nestes casos, que as partes legitimadas ao processo tenham capacidade civil, embora tenham capacidade processual. Da mesma forma, os índios constituem exceção por determinação constitucional. Não se pode aplicar a regra geral de que a capacidade processual dos índios se confunde com a capacidade civil.

A CF/88 não estabeleceu tal requisito e, expressamente, legitimou os índios, suas entidades ou comunidades ao processo, sem qualquer exceção ou condição. Tal qual não se pode exigir a capacidade processual dos índios como pessoa física, também não se pode exigir que suas entidades ou comunidades estejam constituídas na forma de pessoas jurídicas. E não há nada de absurdo em tais constatações, quando se verifica que a legislação processual civil comporta exceções.

Há pouco, até mesmo o PROCON se configurava em ente despersonalizado e tinha sua capacidade processual reconhecida por força do Código de Defesa do Consumidor. Até a Lei 4.121, de 27/08/1972, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e somente podia ingressar em Juízo com a outorga de autorização pelo marido. Da mesma forma, a evolução no trato dos direitos indígenas e, principalmente, as omissões do órgão tutor Estatal, impõem que se possibilite aos índios o mais amplo acesso ao Judiciário, independentemente de quaisquer outros requisitos processuais. Nas ações dos índios contra a FUNAI e a UNIÃO e seus órgãos, o Ministério Público deve participar da relação processual, como interessado, na condição de assistente dos indígenas, em função de sua legitimação extraordinária.

Segundo Dalmo Dallari:

“Na prática a defesa pelos órgãos federais foi muito deficiente até 1988, quando pela nova Constituição brasileira foi reafirmada e ampliada a competência do Ministério Público Federal para a defesa dos direitos dos índios. Até então essa defesa havia ficado na dependência das iniciativas do órgão federal incumbido do exercício da tutela indígena, a FUNAI que, além de ter sido escandalosamente omissa, muitas vezes promoveu e apoiou ações públicas e privadas contrárias aos direitos dos índios. Com base nos dispositivos do Estatuto do índio, várias comunidades indígenas assumiram sua própria defesa, inclusive judicialmente, suprindo em parte as deficiências e os desvios da FUNAI. E agora com o efetivo do MPF, os direitos indígenas passaram a ser defendidos com muito mais eficiência. Assinale-se, ainda, que a CF de 1988 deu competência à JF para o julgamento dos casos envolvendo direitos dos índios. Essa particularidade é mais do que um simples pomenor.”²³

Para Solange Rita Marczynski:

“Toda incapacidade provém de situações ou condições de fato que acarretam para

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. “Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, nº 111. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1991, p. 317.

o agente uma diminuição no contexto social e jurídico no qual age, uma *capitis diminutio* [...] É também o silvícola membro de uma entidade etnicamente distinta e definida. Não é só distinta, é discriminada. A comunidade indígena aparece com inferior pelo pequeno contingente demográfico, pela vulnerabilidade às doenças civilizadas e pelas características de uma cultura que se mostra incompreensível. São tais as pressões da sociedade ‘civilizada’ que a imagem preconceituosa e negativa construída pelos nacionais acaba inculcada no índio, que passa a ver-se a si mesmo pelos olhos do branco e fica por isso tolhido em seu entendimento, vontade e ação.”²⁴

No âmbito nacional, são poucos os precedentes que reconhecem a legitimação constitucional ao processo dos índios, independentemente da legitimação extraordinária e, ainda assim, de forma restrita. Apenas a título de ilustração transcrevo, a seguir, uma decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença monocrática proferida em demanda proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando a obtenção do benefício de salário-maternidade previsto nos artigos 71 e 73, conjuntamente com os artigos 39, parágrafo único, e 11, VII, todos da Lei nº 8.213/91. A r. sentença recorrida indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, em razão da autora, que é de origem indígena, não ter feito prova nos autos de ter atingido a condição de integrada, nem ter demonstrado estar assistida pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, a FUNAI. Não houve condenação da parte autora ao pagamento das custas processuais, em razão de ser a mesma beneficiária da Justiça gratuita, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, em razão de não ter havido sequer a citação. Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a anulação da r. sentença para a instauração do devido processo legal, como medida de justiça, uma vez que não foi dada vista ao Ministério Público, nos termos do artigo 35 do Estatuto do Índio, acarretando cerceamento ao direito da recorrente, nos termos do disposto nos artigos 35, 36 e 232 da Constituição Federal. Subiram os autos a esta Corte Regional. Opina o Ministério Público Federal pelo provimento da apelação, em parecer da Excelentíssima Procuradora da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa. É o relatório. Decido. Procede o apelo da parte autora. A petição inicial deve obedecer ao disposto no artigo 282 da legislação processual em vigor, ou seja, indicar o juiz ou tribunal a quem a petição é dirigida (inciso I), a qualificação do autor e do réu (inciso II), o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (inciso III), o pedido com suas especificações (inciso IV), o valor da causa (inciso V), as provas as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (inciso VI) e o requerimento da citação do réu (inciso VII). Em princípio, todos os requisitos foram preenchidos. A r. sentença recorrida indeferiu a inicial em razão da autora, que é de origem indígena, não ter feito prova nos autos

²⁴ MARCZYNSKI, Solange Rita. “Índios: Temas Polêmicos”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, nº 111. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1991, p. 324-325.

de ter atingido a condição de integrada, nem ter demonstrado estar assistida pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, a FUNAI.

Entendeu o D. Juízo monocrático que a parte autora não teria capacidade processual para estar em juízo. Isso por si só não dá azo à extinção do processo; daria ensejo a sua nulidade, à luz do inciso I, do artigo 13 do Código de Processo Civil, caso não fosse sanado o defeito dentro do prazo estipulado pelo juiz. Ao compulсар os autos, verifica-se que não foi aberta vista ao Ministério Público no 1º grau de jurisdição, estando em manifesto confronto com o que determina o artigo 232 da Carta Magna: ‘Art. 232. 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.’ Como bem salientou o Ministério Público Federal em seu parecer, a capacidade processual da recorrente decorre da consciência e do conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão de seus efeitos. A recorrente praticou diversos atos da vida civil, que restaram devidamente documentados nos presentes autos, e pleiteia o recebimento do benefício de salário-maternidade, em decorrência de ter dado à luz a uma criança. Certamente não lhe será prejudicial receber o referido benefício, de natureza alimentar, considerando os alarmantes índices de mortalidade infantil entre as populações indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de desnutrição. Cabe ao magistrado determinar que se proceda à emenda da petição inicial que apresentar defeitos ou irregularidades que impeçam o regular processamento do feito, nos termos do artigo 284, do Código de Processo Civil, em atendimento à função instrumental do processo. Somente depois de decorrido *in albis* o prazo para atendimento da determinação e tendo havido a prévia manifestação do Ministério Público, nos termos inseridos na Carta Magna, poderá ser indeferida a inicial defeituosa. O que não é admissível é cercar o acesso da parte à Justiça sem dar a ela a prévia possibilidade de suprir a eventual falha de sua exordial. Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado a seguir colacionado:

‘PROCESSO CIVIL. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. OPORTUNIDADE. SUPRIMENTO. ARTS. 283 E 284, CPC. NATUREZA INSTRUMENTAL DO PROCESSO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Somente os documentos considerados “indispensáveis” devem obrigatoriamente ser apresentados com a inicial e com a contestação. II - A extinção do feito sem julgamento do mérito, em razão da ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, deve ser precedida da devida oportunidade para suprimento da falha, através da diligência prevista ao art. 284, CPC, em obséquio à função instrumental do processo. III - Por documentos “indispensáveis”, aos quais se refere ao art. 283, CPC, entendem-se: a) - os substanciais, a saber, os exigidos por lei; b) - os fundamentais, a saber, os que constituem o fundamento da causa de pedir.’ (STJ - RESP 114052 - proc. nº 199600734704-PB - Quarta Turma - Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 14/12/1998, pág. 243).

Portanto, não há que se falar em ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, devendo ser anulada integralmente a r. decisão monocrática, com o retorno dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito. É certo, que as decisões proferidas pelos Tribunais

Superiores não têm caráter vinculante. No entanto, é notório que o *decisum* proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça sanou a controvérsia a respeito da aplicação do dispositivo processual em comento, demonstrando-se certo o desfecho de qualquer recurso quanto à questão, de modo a inviabilizar qualquer alegação em sentido contrário, não deixando margem para novas teses. Destarte, aplicável, no presente caso o disposto no § 1º, 'A', do artigo 557 do Código de Processo Civil: 'Art. 557. (...). § 1ºA - Se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.' Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento do recurso diretamente por decisão monocrática. Posto isso, dou provimento ao recurso da parte autora, nos termos do § 1º-A, do artigo 557 do Código de Processo Civil, para anular a r. sentença, com a conseqüente remessa dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito. Certificado o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem. Intimem-se. São Paulo, 11 de março de 2005. WALTER DO AMARAL DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR."²⁵

6. A legitimação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

As violações aos direitos humanos dos povos indígenas também podem ser questionadas em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. Referido instrumento foi ratificado e está em vigor no Brasil, possibilitando a qualquer pessoa o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Relevante destacar que o acesso à jurisdição da Corte se dá através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos de violações a direitos humanos e não se exige dos interessados ou afetados pelas violações que tenham capacidade processual nos termos das legislações civis de seus países de origem²⁶. Além disso, as normas convencionais exigem que o caso tenha esgotado as vias judiciárias internas dos Estados, antes de ser submetido à apreciação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso se considere que os índios não tenham a capacidade processual plena em razão de sua incapacidade civil, se pode considerar que eles sequer têm acesso à jurisdição interna, na medida em que dependeriam da FUNAI ou do Ministério Público Federal para a defesa de seus direitos. A CIDH, em vários julgados, já decidiu que o requisito formal, relativo à inexistência de recursos internos que garantam o princípio do devido processo (artigo 46.2 "a", da Convenção), refere-se não apenas a uma ausência formal de recursos da jurisdição interna, como também, aos casos em que os mesmos não se revelem adequados.

No caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku, no Equador, através de medida provisional julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com voto do Juiz

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível, de 11 de março de 2005. Relator: Des. Fed. Walter do Amaral. *Diário Judiciário da União*: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 mar. 2005. Disponível em: <http://www.trf3.gov.br>. Acesso em: 22 ago. 2005.

²⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos". In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI*. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais/Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

brasileiro Cançado Trindade, temos um exemplo de como a Corte tem entendido a legitimação ao processo e o esgotamento das vias internas quando os recursos se mostrem apenas protelatórios ou existentes do ponto de vista exclusivamente formal, reconhecendo a legitimação processual dos indígenas. Trata-se de questão que envolve a exploração de terras indígenas por companhia petrolífera argentina, com a autorização do Estado Equatoriano. Tal aspecto demonstra a necessidade de adequação das interpretações restritivas no âmbito do direito brasileiro a respeito da capacidade processual dos indígenas, a fim de garantir uma tutela jurisdicional efetiva, através do acesso isonômico e substancial ao Poder Judiciário e do envolvimento e participação das cidadanias e povos que compõem e habitam o Brasil, Estado democrático de direito, que tem o compromisso e a obrigação, impostos pelas normas e princípios da Carta Magna, de proporcionar uma mudança qualitativa na perspectiva relacional entre os povos.

7. Conclusão

Encerrando este artigo, podemos concluir que, à luz da Constituição Federal e do regime tutelar de direito público, os índios, suas comunidades e organizações, são partes legítimas e detém capacidade processual para ingressar em Juízo, em nome próprio, na defesa de seus direitos e interesses, principalmente, contra as omissões do Estado, independentemente de representação tutelar, individualmente ou por meio de representação coletiva, seja por associações ou entidades regularmente constituídas, seja por meio de suas lideranças comunitárias ou tribais, em razão da evolução das normas de proteção dos direitos humanos, como corolário do direito à existência como povo e do direito ao acesso à tutela jurisdicional efetiva.