

A responsabilidade ambiental civil indígena: uma análise jurisprudencial

Gabriela Miranda Duarte¹

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) e Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – DINTER. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá – UNIFAP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa - UFV. Analista judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá.

Resumo: O presente artigo aborda a responsabilidade civil ambiental indígena sob a ótica jurisprudencial brasileira. O ordenamento nacional prevê a responsabilização para condutas que causem danos ambientais. Em se tratando, especificamente, da responsabilidade civil, ela está caracterizada desde que haja um nexo causal entre conduta e dano, sem necessidade de se aferir culpa ou dolo do agente. Este mesmo ordenamento assegurou a plena capacidade civil aos índios ao reconhecer sua legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Contudo, as decisões judiciais são oscilantes em reconhecer a responsabilidade civil do indígena, recaindo, muitas vezes, a condenação sobre a Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

Palavras-chave: Meio ambiente. Dano. Responsabilidade civil. Índios. Capacidade civil

Abstract: This article discusses the indigenous people environmental civil liability underneath the perspective of Brazilian jurisprudence. National law defines the responsibility to conducts that causes environmental damages. In this particular case, civil responsibility is prescribed provided there is a fact link between conduct and harm with no need to measure the agent's negligence or willful misconduct. This same legal ordering assured the indians full civil capacity in recognizing their legitimacy to sue to defend their rights and interests. However, judicial decisions oscillate in recognizing the civil liability of the indigenous people often transferring their conviction to the National Indian Foundation (FUNAI).

Keywords: Environment. Damage. Civil Liability. Indians. Civil Capacity.

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental – 3. Índios na Constituição Federal – 4. As decisões jurisprudenciais – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1 Introdução

A temática abordada refere-se à possibilidade de responsabilização ambiental dos indígenas pelos seus próprios atos com fundamento em uma pesquisa realizada junto ao site www.jusbrasil.com.br que demonstrou divergência entre as decisões judiciais proferidas e o mandamento constitucional, uma vez que predomina responsabilização

civil da Fundação Nacional do Índio – FUNAI em decorrência do ato ilícito cometido pelo indígena.

Embora a Constituição de 1988 tenha reconhecido a capacidade civil dos indígenas, a jurisprudência ainda é recorrente na condenação da FUNAI. Ademais, mesmo que aos índios seja assegurado o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras tradicionalmente por eles ocupadas e que utilizem técnicas de manejo mais adequadas, sob o ponto de vista ambiental, é necessário que eles também contribuam para proteção e manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O artigo ampara-se basicamente em pesquisa jurisprudencial, a fim de verificar a existência de uma sintonia entre a legislação existente e sua aplicação no caso concreto.

2 Responsabilidade civil ambiental

A discussão sobre a temática ambiental intensificou-se nos últimos anos, uma vez que nem a vida humana nem o crescimento econômico estão dissociados de um ambiente ecologicamente equilibrado e do uso racional dos recursos naturais.

As inúmeras agressões perpetradas contra o meio ambiente resultam em danos diversos e globais, na maioria das vezes, irreversíveis. Neste sentido, “o Estado constitucional ecológico não pode prescindir de um sistema de responsabilidade por danos ao ambiente suficientemente operatório” (CANOTILHO, 2001, p.15).

A responsabilidade ambiental está prevista em dispositivo constitucional, consoante o qual “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos”. Assim, um ato danoso permite uma reação tripla do ordenamento jurídico, isto é, o agente poderá suportar, concomitantemente, sanções de âmbito cível, penal e administrativo.

Em rápida síntese, a configuração do crime exige uma conduta típica, ilícita e culpável, permeada pelo elemento subjetivo, uma vez que pressupõe dolo ou culpa. Já a infração administrativa requer uma conduta, omissiva ou comissiva que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, nos termos do artigo 70 da Lei de crimes ambientais.

A responsabilidade civil ambiental, ao contrário daquela do direito comum, é objetiva, contentando-se, assim, com a “prova da ocorrência do dano e do vínculo causal deste com o desenvolvimento – ou mesmo a mera existência – de uma determinada atividade humana” (MILARÉ, 2011, p. 1249).

Já se aplicaram ao direito ambiental as mesmas regras da responsabilidade prevista no direito civil, entretanto, as dificuldades de comprovação de culpa e o fato de o bem ambiental ter natureza difusa evidenciaram a insuficiência do mecanismo para conter as condutas ambientalmente reprováveis. Daí a adoção da responsabilidade objetiva com intuito de promover tanto a reparação do dano causado quanto de afastar a ação humana degradadora, ressaltando seu caráter preventivo.

Anteriormente à Constituição Federal, a lei 6938/81, atenta à necessidade de “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando as-

segurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”, estabeleceu em seu artigo 14, parágrafo primeiro que, “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Mesmo com a possibilidade de responsabilização tripla, “reconhece-se, em geral, que a responsabilidade civil ainda é um instrumento adequado à imposição de Standards de comportamentos e, conseqüentemente, serve como instrumento preventivo de tutela ambiental” (CANOTILHO, 2001, p.16). Embora inicialmente, conforme assevera BENJAMIN (1998, p. 79), tenha havido uma relutância em aceitar a responsabilidade civil aplicada ao direito ambiental por quatro razões proeminentes: 1) responsabilidade como instrumento de reparação e não prevenção do dano; 2) dificuldade decorrente da complexidade do dano ambiental, por exemplo, vítimas indistintas, complicação para aferir a culpa; 3) a indenização corresponde à atribuição de um valor monetário à natureza; 4) proteção ambiental como dever exclusivo do direito público.

A responsabilidade civil ambiental impõe o dever de ressarcir ou reparar o dano ambiental produzido por aquele que exerceu atividade que violou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mesmo que seja uma conduta lícita.

3 Índios na Constituição Federal

Rompendo com o pensamento assimilacionista e integralista que permeou as disposições legais referentes aos índios desde o período colonial, a Constituição de 1988, no *caput* do artigo 231, reconheceu 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.

Desta forma, a condição de indígena não está caracterizada como transitória, ou seja, não está mais condicionada à sua total integração à cultura não indígena. Ao contrário, ganha contornos de permanência, uma vez que, respeitado o direito à diferença, reconhece-se a autonomia da forma de organização social.

Como desdobramento deste entendimento, a Constituição estabeleceu a legitimidade dos índios, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, cabendo ao Ministério Público intervir em todos os atos do processo. Da disposição depreende-se a plena capacidade civil indígena. Este o entendimento esboçado pela doutrina, segundo o qual

se, com o advento da Constituição de 1988, é conferida ao indígena capacidade processual, a qual é um atributo da personalidade, é possível concluir, por interpretação, que também se concedeu a plena capacidade civil, uma vez que a capacidade processual decorre da possibilidade de contrair direitos e assumir obrigações na ordem jurídica. (LIMA, 2011, p. 52).

A Constituição permite ao indígena exercer seus direitos e obrigações sem necessidade de assistência ou tutela, em prejuízo ao regime tutelar estabelecido no artigo 7.º do Estatuto do Índio. Contudo, a disposição constitucional pode ser excepcionada no caso daqueles indígenas que “revelam limitações que dificultem ou inviabilizem a prática dos atos civis e políticos” (LIMA, 2011, p. 42), sendo, nestes casos, fundamental a assistência da Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Entretanto, ainda é possível encontrar decisões que não aplicam a disposição constitucional. Consoante decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, os depoimentos de testemunhas indígenas foram considerados como meramente informativos, já que não havia tutor, conforme estabelece o regime especial previsto no Estatuto do Índio.

REPRESENTAÇÃO. PLEITO ELEITORAL. CONDOTA VEDADA. ART. 73, INCISO III, DA LEI N.º 9.504/97. SERVIDORAS PÚBLICAS. CAMPANHA ELEITORAL. HORÁRIO DE EXPEDIENTE. ALTERAÇÃO DO PEDIDO INICIAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO. RITO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO. DEPOIMENTOS DE INDÍGENAS EM INQUÉRITO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE TUTOR. REGIME ESPECIAL. LEI N.º 6.001/1973. PREJUDICIALIDADE. NÃO OITIVA EM JUÍZO. FALTA DE CONTRADITÓRIO. NULIDADE. PEÇAS INFORMATIVAS. PERMANÊNCIA NOS AUTOS. PROVAS TESTEMUNHAS. NÃO CONCLUSIVAS A DEMONSTRAR A PRÁTICA DA ALEGADA ILICITUDE. IMPROCEDENTE. [...] Ainda que a definição de capacidade civil do indígena tenha sido alterada pelo novo Código Civil, o parágrafo único do art. 4.º ainda ressalva que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial. Sem edição de lei nova, permanece válida a Lei n.º 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, regulando a situação jurídica dos mesmos. Assim, os índios ainda estão sob o regime especial de tutela imposto pela citada lei, nos termos de seu art. 7.º. A prática de atos sem a assistência do órgão tutelar competente (FUNAI), resulta em sua nulidade, segundo comando do art. 8.º do Estatuto do Índio, com a ressalva de seu parágrafo único. De tudo isso, sendo certo que na identificação dos indígenas não sobreveio a informação da presença do tutor legal, nem tampouco a informação de que os depoentes tratavam-se de índios integrados à comunhão nacional (art. 4.º, III), prejuízo está lançado sobre seus depoimentos como provas destes autos. [...] (TRE-MS. RP 585302. Rel.: Alexandre Aguiar Bastos. Jul.: 22/08/2011).

Em sentido oposto, o Tribunal Regional Federal acatou o pensamento doutrinário e decidiu que a necessidade de tutela restringe-se tão somente aos indígenas não integrados à comunhão nacional ao decidir pela impossibilidade de atribuir à Administração Federal a responsabilidade pelas consequências da agressão praticada por índios, já que a “condição de tutelado atribuída ao indígena se restringe aos índios e as suas comunidades ainda não integrados à comunhão nacional (art. 7.º, Lei nº 6001/1973), sen-

do os demais "partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses" (Constituição Federal, art. 232)" (TRF4. AC 6854 RS. Rel.: Silvia Maria Gonçalves Goraieb. Jul.: 17/11/ 2009).

Na verdade, a expressão *não integrado* deve ser utilizada com cautela, uma vez que busca pela assimilação dos índios à sociedade não-índia não remanesce no ordenamento diante da previsão constitucional que admite a diversidade indígena como forma própria de organização. Tem-se, portanto, que a classificação pretendida no artigo 4.º do Estatuto do Índio "é apenas um critério para aferir o grau de contato do índio com a sociedade brasileira não-índia que não interfere na escolha do indivíduo indígena entre manter sua cultura ou não" (LIMA, 2011, p. 37).

A legislação brasileira, até 1988, tinha um propósito de assimilação paulatina dos indígenas à sociedade não-índia, buscando, naturalmente, a extinção da cultura indígena. Prevalencia a obrigatoriedade de que os índios abandonassem seus usos, costumes e tradições para que se formasse uma sociedade única. Entretanto, atualmente, é a eles oportunizada a escolha de ser ou não índio.

Ainda nas previsões constitucionais referentes aos índios, destaca-se o reconhecimento da essencialidade de suas terras para sua sobrevivência física e cultural, tanto que reconheceu os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Estabeleceu como terras indígenas aquelas por eles tradicionalmente ocupadas, desde que atendidos cumulativamente quatro requisitos: habitação em caráter permanente; utilização para suas atividades produtivas; imprescindibilidade para preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e essencialidade para a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, determinando que estas terras destinam-se a posse permanente indígena, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Cabe, pois, aos indígenas a exploração das riquezas de suas terras que, normalmente, se materializa em atividades praticadas com técnicas mais voltadas à preservação ambiental, tendo em vista que "as comunidades indígenas, por terem uma relação de dependência dos recursos naturais para a sua reprodução física, cultural, econômica e política, são propensas a agir no limite da capacidade produtiva do meio ambiente" (LUCIANO, 2006, p. 197).

As terras indígenas, bens públicos, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Em decorrência, a Constituição determina a nulidade e extinção, não produzindo efeitos jurídicos, dos atos que tenham por objeto a sua ocupação, o seu domínio e a sua posse ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar.

4 As decisões jurisprudenciais

Neste ponto, far-se-á um exame de decisões encontradas no site www.jusbrasil.com.br, um portal que permite o acesso à jurisprudência de todos os

tribunais, seja da justiça estadual, federal ou especializada, além dos tribunais superiores.

A pesquisa pautou-se pelas seguintes palavras chaves: “responsabilidade ambiental índio”, “capacidade civil índio”, “responsabilidade civil índio”. Foram encontradas diversas decisões, com um conteúdo oscilante, sendo que, na maioria, a responsabilidade decorrente do ato ilícito cometido por indígena recai sobre a FUNAI.

As decisões afirmam que a “FUNAI é responsável pela reparação do dano causado por ato ilícito praticado por índio, seu tutelado, salvo se provar que não houve de sua parte culpa in vigilando” (TRF1. AC 44632 RR. Rel.: Selene Maria de Almeida. Jul.: 13/08/2001), pautando-se no argumento da existência do regime tutelar,

Nesta linha, o Tribunal Regional Federal da terceira região entendeu pela impossibilidade de caracterizar invasão, a ocupação de propriedade rural uma vez que os indígenas não têm capacidade.

Não há que se falar que os indígenas agiram com propósitos deliberados de invadir a fazenda ou expulsar os moradores. Em razão de não serem afeitos à civilização e desconhecerem todo o trâmite do processo de demarcação das terras, bem como as implicações jurídicas de seus atos. Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado, inclusive o CC de 2002 estabelece no § único do art. 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios. (TRF3. AG 63274 MS. Rel.: Suzana Camargo. Jul.: 05/12/2005).

Afastada a incapacidade, outro argumento desponta na jurisprudência nacional para amparar a responsabilidade da FUNAI, qual seja, a má prestação no seu exercício de proteção dos grupos indígenas. Confira-se

INDENIZAÇÃO. ATOS ILÍCITOS PRATICADOS POR ÍNDIOS. CAPACIDADE CIVIL E POSTULATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA FUNAI NÃO-RECONHECIDA. A Constituição Federal reconhece a capacidade dos indígenas para a prática dos atos da vida civil e defesa de seus interesses individuais em juízo. A responsabilidade civil da Funai restringe-se aos atos praticados por indígenas com a finalidade de defender interesses de sua comunidade ou direito assegurado em lei, vigorando o regime de proteção, instituído pela Constituição Federal. Hipótese em que os indígenas devem responder individualmente pelos ilícitos cometidos durante evento patrocinado pela parte autora. Ausência dos requisitos da responsabilidade civil da ré e o dever de indenizar. (TRF4. AC 6853 RS. Rel.: Edgard Antônio Lippmann Júnior. Jul.: 18/02/2009).

Embora não afaste a responsabilização dos índios por condutas isoladas, ventila-se o argumento de responsabilização da FUNAI em decorrência do regime de proteção a que estão submetidos os indígenas. Ou seja, diante da prestação ineficiente do serviço por uma entidade pública, aplica-se a responsabilidade objetiva do Estado.

Este entendimento pressupõe uma distinção. É necessário identificar se a conduta relaciona-se com a identidade indígena, pois nestes casos caberia à FUNAI atuar, tendo em vista o seu dever de proteção. Por outro lado, para aqueles atos independentes da condição indígena, a responsabilidade recai sobre o indivíduo.

Dentre as decisões encontradas, destaca-se uma especificamente. Considerando a obrigação do poder público de proteger o meio ambiente, com fundamento nos artigos 23, VI e 225, §1º, da Constituição Federal, reconheceu a legitimidade passiva da União e da FUNAI, pois que a prática de condutas ilícitas pelos índios e brancos evidencia a “inexistente ou, ao menos, insuficiente fiscalização e que contribuem para a destruição da fauna e da flora da área ambiental objeto da demanda”. (TRF4. APELREEX 5468 RS. Rel.: Sérgio Renato Tejada Garcia. Jul.: 20/01/2010).

De outro giro, o mesmo Tribunal Regional Federal da quarta região, diante da proibição de qualquer prática que coloque em risco a fauna e a flora e a possibilidade de punição de condutas atividades consideradas lesivas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, decidiu pela possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa de índio, servidor público federal, que concedeu indevidamente licença administrativa para retirada de árvores em reserva indígena.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ÍNDIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INDISCUTIVELMENTE INTEGRADO. TUTELA DA FUNAI. DESNECESSÁRIA. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DESNECESSÁRIA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E DO ÍNDIO. EXTRAÇÃO INDEVIDA DE MADEIRA. ACORDO FIRMADO COM ÓRGÃOS PÚBLICOS. INOBSERVÂNCIA DOS TERMOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. NULIDADE. 1. A proteção conferida aos índios pela legislação pátria diz respeito exclusivamente aos índios não integrados, conforme arts. 4º, III; 7º da Lei 6001/71. O réu em ação civil pública por improbidade administrativa, índio, e servidor público federal, Chefe do Posto Indígena de Guarapuava, é evidentemente integrado à sociedade, cessando a tutela e qualquer necessidade dela pela FUNAI/União. [...] 6. [...] É obrigatório o conhecimento do dever, não prosperando qualquer alegação de desconhecimento da lei, sequer por índio, demonstradamente integrado à sociedade, servidor público federal, que indevidamente concedeu licença para retirada de árvores de reserva indígena sem prévio plano de manejo sustentável da área. Ademais, comprovado nos autos que a atuação do servidor público e dos particulares exorbitou a autorização, retirando da reserva não apenas árvores desvitalizadas, mas também derrubando e retirando árvores verdes. [...] .8. Demonstrada regularidade de autorização por chefe de posto indígena para extração de madeira da Reserva, sem qualquer precaução, auferindo ele e os particulares, proveito econômico com os recursos que são destinados de modo primordial à população indígena, é notória a afronta à legislação de regência. Configurada improbidade administrativa, na forma da Lei 8.429/92, legítima a aplicação das

respectivas penalidades. (TRF4. AC 7006 PR. Rel.: Maria Lúcia Luz Leiria. Jul.: 01/02/2011).

Conquanto não se trate especificamente de responsabilidade civil, a própria lei prevê que as sanções decorrentes do ato de improbidade não afastam as sanções penais, civis e administrativas. Desta forma, se a conduta ilícita praticada pelo indígena plenamente capaz configura o dano ambiental, é possível a imposição de obrigação de ressarcir o dano.

Contrariamente a este entendimento, decisão do Tribunal Regional Federal da quinta região, proferida em 1991, adotou expressamente a responsabilidade da União por danos decorrentes das queimadas promovidas pelos indígenas, uma vez que as reservas indígenas são de propriedade da União, conforme ementa transcrita.

RESPONSABILIDADE CIVIL. RESERVA INDIGENA. QUEIMADAS. PREJUÍZOS CAUSADOS A PROPRIEDADES VIZINHAS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. - AS RESERVAS INDIGENAS SÃO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO, CEDIDA EM USUFRUTO VITALÍCIO AOS SILVICOLAS (ART. 20, XI, C/C ART. 231, PARÁGRAFO SEGUNDO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). - AS QUEIMADAS PRODUZIDAS PELOS INDIOS MORADORES DA RESERVA, QUE ULTRAPASSEM OS LIMITES DA MESMA E CAUSEM PREJUÍZOS A TERCEIROS, OBRIGAM A UNIÃO A EFETUAR O RESSARCIMENTO, FACE AO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA QUE IMPERA NO DIREITO CIVIL. - RECURSOS IMPROVIDOS. DECISÃO UNANIME. (TRF5. AC 10609 AL. Rel.: Francisco Falcão. Jul.: 20/11/1991).

Não se pode olvidar que os índios são detentores de direitos originários sobre suas terras, sendo “o domínio atribuído à União das terras indígenas deve ser entendido como simples expediente de ordem prática para a garantia e defesa dos territórios que são indígenas” (BARBOSA, 2007, p. 7). Este entendimento já foi manifestado no Supremo Tribunal Federal quando no Recurso Extraordinário 183.188, referente à demarcação de uma terra indígena no Estado do Mato Grosso do Sul, o relator asseverou que

(...) As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.

(...) A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§2º, 3º, 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos,

costumes e tradições. (STF. RE 183.188. Rel.: Celso de Mello. Jul.: 14/02/1997).

Cabe à União proteger as terras originariamente indígenas, assegurando-lhes o exercício de seus direitos, dentre eles o usufruto das riquezas nelas inexistentes. Na decisão não há qualquer menção à FUNAI e sim à União por se proprietária das terras. Deve ser observado que não se trata de uma propriedade plena, cabendo à União apenas protegê-las para que os indígenas não sejam injustamente privados de suas terras.

A União não detém direitos de gozo e fruição sobre as terras indígenas, tanto que a própria Constituição estabelece que a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas nelas existem pertencem, exclusivamente, às comunidades indígenas.

Assevera LIMA (2011, p. 62) que, quase sempre com maus argumentos, “é certo que está firmado o entendimento jurisprudencial de que a FUNAI responde pelos danos causados por grupos indígenas, dentro ou fora de suas terras”. Isto porque “para que os direitos indígenas, elevados agora à categoria de direitos constitucionais, possam se concretizar, necessário se faz um programa eficiente de vigilância e proteção daquelas comunidades” (TRF4. AC 50792 PR. Rela.: Luiza Dias Cassales. Jul.: 14/10/1999).

Todavia, sendo os indígenas plenamente capazes, é cabível a sua responsabilização por atos ilícitos cometidos, inclusive ambientais, na forma da decisão abaixo transcrita.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE OCUPAÇÃO PERPETRADA POR ÍNDIOS EM IMÓVEIS SITUADOS EM ÁREA SUPOSTAMENTE INDÍGENA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FUNAI SOBRE OS FATOS OCORRIDOS. CAPACIDADE CIVIL E POSTULATÓRIA DOS SILVÍCOLAS RECONHECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ação indenizatória ajuizada contra a FUNAI pela proprietária de área de terras no município de Itaiópolis-SC, por ela utilizada para implantação de projetos de reflorestamento de vegetação exótica, com vistas ao recebimento de indenização pelos danos decorrentes da invasão dos imóveis de sua propriedade por indígenas, nos anos de 1998 e 2001. [...]. Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público). Desde o reconhecimento constitucional da diversidade cultural (arts. 215, § 10 e 216) e da capacidade civil e postulatória dos índios e de suas comunidades (art. 232 c/c art. 7º do CPC) - o que lhes confere o direito ao acesso a todas garantias consti-

tucionais de forma autônoma -, não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos perante à FUNAI por força do disposto no artigo 6º, III e Parágrafo Único do Código Civil de 1916 e no artigo 7º do Estatuto do Índio, tampouco a classificação dos indígenas em "isolados", "em vias de integração" e "integrados", prevista no artigo 4º do Estatuto do Índio, porque tais dispositivos não foram recepcionados pela atual Constituição. Sendo os silvícolas pessoas dotadas de capacidade para todos os atos da vida civil, segundo a ordem constitucional vigente, não há que se falar em culpa administrativa da FUNAI e da União sobre os fatos que ensejaram a presente ação reparatória. Provimento do apelo da FUNAI, para o fim de reconhecer a ausência de responsabilidade do referido entes sobre os fatos que ensejaram a reparação material pretendida. (TRF4. AC 4308 SC. Rel.: Edgard Antônio Lippmann Júnior. Jul.: 29/10/2008).

É finalidade da FUNAI, conforme disposições do decreto 7.778 de 27 de julho de 2012, proteger e promover os direitos indígenas, por exemplo, utilizando-se de seu poder de polícia e mediante a formulação, execução e fiscalização da política indigenista. A FUNAI deve atuar para que os indígenas sejam respeitados enquanto forma de organização diferenciada, protegendo a sua identidade, e não como uma cultura em transição para que seja civilizada.

A doutrina especializada assevera que a tutela do Direito Civil, aquela destinada a suprir incapacidade para os atos da vida civil, é incompatível com as disposições constitucionais, mas remanesce um dever de proteção. Desta forma, a tutela prevista na Constituição “se reflete em normas que instituem uma proteção e cuidado à saúde, educação, assistência social, territórios, meio ambiente e patrimônio indígena” (VILLARES, 2009, p. 76).

A proteção especial dispensada aos índios, assim como aquela recebida pelo idoso, pela criança e pelo adolescente em razão da necessidade de dar tratamento desigual aos desiguais, com o objetivo de suprir eventual hipossuficiência, não se confunde com a tutela propriamente dita.

O regime tutelar indígena não subsiste desde que a Constituição, afastando a tendência integracionista anterior, reconheceu a plena capacidade civil dos índios e suas comunidades, garantido-lhes acesso às garantias e, ao mesmo tempo, observância dos deveres previstos para todos.

Assegurar aos indígenas o direito de ser diferente, não representa restrição de direitos. E, sim, estender aqueles direitos válidos para qualquer cidadão brasileiro acrescidos de direitos específicos. Contudo, implica em imposição de deveres, dentre eles a necessidade de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista a finitude dos recursos naturais e a o seu uso pelas presentes e futuras gerações.

O reconhecimento da autonomia cultural dos povos indígenas se faz no âmbito do Estado brasileiro e implica, evidentemente, a construção de direitos e deveres, tanto para a chamada sociedade envolvente quanto para os próprios povos indígenas que, também eles, possuem obrigações para com os outros setores e etnias de nossa sociedade

multiétnica. O dever de preservação do meio ambiente, tal qual estabelecido no artigo 225 da CF, é imposição feita a todos os brasileiros, sem qualquer distinção racial ou étnica (ANTUNES, 2001, p. 1117/1118).

Uma peculiaridade deve ser observada no tocante à responsabilidade ambiental indígena: não se pode olvidar que a Constituição, além de reconhecer a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas e seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, garante-lhes o direito de usufruto exclusivo sobre as riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos de suas terras. Revela-se necessária a proteção do modo de vida tradicional indígenas, aí incluídas as suas práticas laborais tradicionais, compartilhadas de geração em geração.

Aquelas atividades tradicionais, voltadas para a sobrevivência física e cultural indígenas, estão amparadas pelo direito. Por outro lado,

a prática, pelo índios, de atividades não-tradicionais, tais como pesca comercial, exploração florestal etc., sem o cumprimento da legislação ambiental enseja não só a responsabilidade criminal - quando estiver caracterizado algum dos crimes ambientais previsto na Lei 9.605/98 ou em outras leis penais - como também a responsabilidade civil e administrativa pelos danos ambientais causados. (SANTILLI, 2004).

Descaracterizada a tradicionalidade, por exemplo, quando os indígenas realizam suas atividades cotidianas com fins comerciais, “elas estarão sujeitas à legislação específica, inclusive de proteção ambiental” (CARVALHO, 2010, p. 529).

Em seu voto no caso Raposa Serra do Sol, o ministro relator estabeleceu a necessidade da tradicionalidade da ocupação, caracterizada pela relação simbiótica entre índios e suas terras, conforme assim descreveu

É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. [...] (STF. Pet 3388 SC. Rel.: Carlos Britto. Jul.: 19/03/2009).

Caso a exploração desenvolvida pelos indígenas ultrapasse a produção voltada para subsistência da comunidade, utilizando-se de métodos não tradicionais, impõe-se a obediência às normas de proteção ambiental vigentes, sob pena de incidir sanções penais, cíveis e administrativas. A Constituição Federal impõe a todos, sem qualquer dis-

tinção, o dever de proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O reconhecimento da autonomia indígena assegura a possibilidade de optar por uma exploração de suas riquezas de maneira não-tradicional, independente da finalidade. Ao fazer esta escolha, desvinculando-se de seus usos, costumes e tradições, impõe-se a observância das normas ambientais, voltadas para exploração racional dos recursos naturais.

Danos advindos da prática econômica indígena não-tradicional, portanto, devem ser a eles imputados, não podendo persistir o entendimento jurisprudencial dominante de que pelos atos ilícitos praticados pelos indígenas responde a FUNAI, que detém dever de cuidado e proteção, mas não mais a tarefa de representação dos índios. Desta forma,

efeito perverso que traz o entendimento da tutela indígena com poder/dever de substituição da representação dos índios nos atos da vida civil são as inúmeras condenações da Funai pelos atos ilícitos realizados pelos indos. Parte do Poder Judiciário entende que o regime de tutela implica em responsabilidade do órgão tutor, a Funai, e se chega ao despropósito de considerar essa responsabilidade como objetiva, gerando a obrigação de reparação do dano por parte do Estado brasileiro. Responsabilizar a Funai por atos de índios sob sua “tutela” seria acreditar que este órgão governamental tem o poder de controlar as atitudes dos cidadãos, evitando ilícitos, violências, crimes etc [...] é demasiado crer que ela tenha a força de invadir a esfera de liberdade dos índios, o que afrontaria o direito de autodeterminação dos povos indígenas. (VILLARES, 2009, p. 76/77)

O legislador não “limita o perfil do poluidor apenas a quem suja ou inquina o meio com matéria ou energia; estende, porém, o conceito a quem (pessoa física ou jurídica) degrada ou altera desfavoravelmente a qualidade do ambiente” (MILARÉ, 2011, p. 1260), por isto é possível afirmar que o índio, plenamente capaz civilmente, deve ser responsabilizado pessoalmente por condutas que causem dano ambiental, desde que não abrangidas pela proteção constitucional decorrente da tradicionalidade daquela atividade. Atribuir a responsabilidade à FUNAI é entendimento destoante da legislação existente, sendo necessária uma alteração da jurisprudência já firmada sobre o tema.

5 Considerações finais

Afirma-se que o direito, enquanto lei, se adequa ao caso concreto, a fim de resolver os conflitos sociais, por intermédio das decisões judiciais proferidas. Com a temática aqui abordada tem-se o inverso: embora a constituição garanta autonomia aos indígenas, prevendo sua capacidade civil, a análise da jurisprudência evidencia uma relutância na sua aplicação.

Conquanto o entendimento jurisprudencial firmado assevere que a FUNAI deve ser responsabilizada pelos danos causados pelos indígenas, a plena capacidade civil deles,

reconhecida na Constituição, possibilita a sua responsabilização por atos ilícitos cometidos, inclusive ambientais.

A única análise que esta responsabilização exige é aferir se a conduta decorre de prática tradicional, pois, neste caso, a Constituição confere proteção. Por outro lado, se ausente a tradicionalidade, as atividades estão submetidas à legislação comum, sendo que os danos advindos podem ensejar consequências penais, civis e administrativas.

O índio, plenamente capaz civilmente, deve ser responsabilizado pessoalmente por condutas que causem dano ambiental, desde que não abrangidas pela proteção constitucional decorrente da tradicionalidade daquela atividade. Atribuir a responsabilidade à FUNAI é entendimento destoante da legislação existente, sendo necessária uma alteração da jurisprudência já firmada sobre o tema.

6 Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARBOSA, Marco Antônio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, Dourados, vol. 1, n. 2, jul./dez., 2007. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/384/292>> Acesso em: 22 dez. 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. Jan/mar, 1998. Disponível em: < <http://xa.yimg.com/kq/groups/19863792/1275009267/name/responsabilidade+civil+pe+lo+dano+ambiental+-+antonio+herman+v.+benjamin.pdf> >. Acesso em: 05/08/2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 28/07/2013.

BRASIL. Decreto 7.778 de 27 de julho de 2012. Aprova o estatuto e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas da Fundação Nacional do índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7778.htm> Acesso em: 04/08/2013.

BRASIL. Lei n.º 6001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L6001.htm>. Acesso em: 28/07/2013.

BRASIL. Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 28/07/2013.

BRASIL. Lei n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política do Meio Ambiente, seus afins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 28/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 3.388. Rel. Carlos Britto. DJ 25 set. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/Voto_Britto_Pet3388.pdf>. Acesso em: 28/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 183.188. Rel. Celso de Mello. DJ 14 fev. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86161>>. Acesso em: 29/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Representação 585302. Rel. Alexandre Aguiar Bastos. DJ 29/08/2011. Disponível em: <<http://tremms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23200083/representacao-rp-585302-ms-tremms>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Apelação Cível 44632. Rel.: Selenne Maria de Almeida. DJ 10/09/2001. Disponível em: <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2323824/apelacao-civel-ac-44632-rr-19990100044632-7>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Agravo de Instrumento 63274 MS. Rel.: Suzana Camargo. Jul.: 05/12/2005. Disponível em: <<http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17779115/agravo-de-instrumento-ag-63274-ms-20050300063274-7-trf3>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível 4308 SC. Rel.: Edgard Antônio Lippmann Júnior. DE: 24/11/200818/02/2009. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2003420/apelacao-civel-ac-4308>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível 6853 RS. Rel.: Edgard Antônio Lippmann Júnior. Jul.: 18/02/2009. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6888655/apelacao-civel-ac-6853-rs-20077104006853-4-trf4>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível 6854. Rel.: Sílvia Maria Gonçalves Goraieb. DE 07/01/2010. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6934690/apelacao-civel-ac-6854-rs-20077104006854-6-trf4>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível 7006 PR. Rel.: Maria Lúcia Luz Leiria. DE: 10/02/2011. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18578592/apelacao-civel-ac-7006-pr-0001310-8420044047006-trf4>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível 50792 PR. Rel.: Luzia Dias Cassales. DJ: 26/01/2000. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1116012/apelacao-civel-ac-50792>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação/Reexame Necessário 5468 RS. Rel.: Sérgio Renato Tejada Garcia. DE: 08/02/2010. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17128676/apelacao-reexame-necessario-apelreex-5468-rs-20097199005468-4-trf4>>. Acesso em: 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5.ª Região. Apelação Cível 10609 AL. Rel.: Francisco Falcão. DJ: 06/12/1991. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/10609-al>>.

5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/78086/apelacao-civel-ac-10609-al-910506052-4>. Acesso em: 31/07/2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional e Democracia Sustentada. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Ano IV, 2001. Disponível em: <<http://ucdigdspace.fccn.pt/jspui/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf>>. Acesso em: 02/08/2013.

CARVALHO, Édson Ferreira de. **Manual Didático de Direito Agrário**. Curitiba: Juruá, 2010.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio: dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2011.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTILLI, Juliana. A lei de crimes ambientais se aplica aos índios? **Povos indígenas no Brasil**, 2004. Disponível em <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/sobreposicoes/a-lei-de-crimes-ambientais-se-aplica-aos-indios>> Acesso em: 04/08/2013.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá. 2009

Artigo recebido em 05 de setembro de 2013.

Aprovado em 10 de julho de 2014.