

Índio Brasileiro e o Direito Autoral

Hildebrando Pontes Neto (*)

"A arte é inerente ao índio. Em tudo que faz ela se manifesta, seja num simples arco, num requintado "Kanitar" de penas, ou, ainda na cerâmica zoomorfa caprichosamente pintada. No alto Xingu a cerâmica é totalmente utilitária. Embora utilitária, uma panela só é panela totalmente enfeitada, se não for pintada não é panela. A pintura é demorada, seus ingredientes são segredos e tudo, rapidamente, desaparece quando colocado no fogo em cima de três pedras" (1).

1. INTRODUÇÃO

Poderá parecer à primeira vista uma proposta ociosa submetermos ao exame de todos quantos se interessam pela ciência jurídica, e, em particular pelo Direito Autoral, um trabalho abordando aspectos do direito autoral do índio brasileiro.

Não ignoramos que o tema possa parecer inusitado, provocar estranheza, diferentes especulações, até mesmo desconfianças.

Tudo isso poderá ser tributado ao pouco conhecimento nos meios jurídicos da matéria autoral, mas acima de tudo a que a sociedade nacional é desinformada sobre os índios, criando estereótipos que o ridicularizam, tratando-o como "estrangeiro", um "diferente", verdadeiro "pária", membro integrante de uma minoria étnica em "extinção", sem qualquer importância ou grau de valia nas relações inter-sociais.

Sem dúvida, essa é a pior forma de obscurantismo.

Por conseguinte, fica ainda mais difícil fixar o entendimento de que o índio brasileiro é um criador artístico, sendo a sua obra suscetível de proteção autoral.

(*) Advogado. Membro do Conselho Nacional de Direito Autoral, do Instituto Interamericano de Direitos de Autor e do Instituto dos Advogados do Estado de Minas Gerais.

(1) VILLAS-BOAS, Orlando & VILLAS-BOAS, Cláudio. Território Tribal. In: BISI-LIAT, Maurice et alii. Xingu, Território Tribal, p. 19.

Desgraçadamente, o que temos assistido com profunda perplexidade, é a sociedade nacional dita "civilizada", vilipendiar os costumes e tradições culturais das comunidades indígenas, apropriar-se de suas terras e de sua arte, praticar as mais diferentes formas de violação do trabalho de criação do índio ou do grupo tribal, comercializando essa obra sem autorização, e na maioria dos casos, sem mesmo ciência do seu autor.

Complementa esse quadro entristecedor a utilização indevida e desrespeitosa de sua imagem, um direito personalíssimo.

A rigor, a consciência nacional não maturou o suficiente para compreender o alcance e a importância filosófica da concretização de uma nação brasileira multi-étnica, pluri-nacional, onde os bens culturais das minorias deverão ser preservados e respeitados na sua inteireza, por constituírem valioso acervo capaz de manter viva toda a memória nacional.

Esta é a razão pela qual o direito autoral do índio brasileiro, ao invés de significar um problema menor, cresce em importância e magnitude, exercendo um especial fascínio, porquanto o seu trabalho de criação é raiz da cultura nacional.

2. CAPACIDADE JURÍDICA DO ÍNDIO

Nenhum aspecto da problemática autoral do índio poderá ser considerado sem que se debruce sobre o instituto da sua capacidade jurídica na lei civil.

O Código Civil Brasileiro ao tratar do problema da capacidade, estabeleceu no seu artigo 2º que:

"Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil".

Para PONTES DE MIRANDA "A regra jurídica do art. 2º existia, ainda se não estivesse escrita. O princípio de que resulta é de tal transcendência que não se aplicaria, no Brasil como nos demais países de igual nível de civilização, regra jurídica que fosse exceção a ela; tal regra jurídica estrangeira não teria eficácia no Brasil" (2).

A capacidade de direito não distingue os seres humanos, ao contrário, cria o princípio fundamental da igualdade entre eles perante a lei.

(2) "Tratado de Direito Privado". Parte Geral, Tomo I, Editor Borsoi, p. 160.

2 — um antropólogo que conheça os costumes, o qual ficará responsável pelo roteiro e assessoramento antropológico junto à equipe cinematográfica;

3 — obedecer a todos os requisitos da Portaria nº 448/N, de 13 de setembro de 1977". (Grifei).

4 — Uma crítica anterior da história do filme pelo grupo de trabalho, visto que todos os filmes retratam uma realidade sócio-política, pois até nos simples desenhos animados há uma retratação ideológica da realidade...".

Em seguida, afirma que a companhia cinematográfica não cumpriu dois requisitos os quais havia se comprometido a cumprir:

1 — Não realizou um documentário sobre os índios Javaé;

2 — Os seus integrantes desrespeitaram os costumes e hábitos da sociedade Javaé.

Cumpra aqui destacar de que forma se caracterizou o desrespeito pelos costumes e hábitos da sociedade Javaé, segundo MARIA GUIOMAR:

"Pela manhã, vimos quando Eliseu e o Diretor do filme falavam sobre a cena do banho. Eliseu colocou prontamente se desejaria que as meninas estivessem de calcinhas ou de biquíni.

Diante das circunstâncias perdemos nossa autoridade perante o grupo.

O Diretor também solicitou que na hora dessa cena, as índias Javaé se descontraissem diante das câmaras e da equipe cinematográfica, visto que todas as filmagens realizadas até aquele momento demonstravam intimidação dos índios perante o mundo do cinema".

E mais:

"Nesse momento, o Diretor e algumas pessoas da equipe nos solicitaram, que pedíssemos às índias que tirassem as roupas. Na ocasião, explicamos que tal fato ofenderia os costumes dos índios, visto que nos consideram brancos, logo não tomariam banho sem as roupas na nossa presença. Além disso, os produtores haviam se comprometido com o Presidente da FUNAI que a equipe respeitaria todos os hábitos e costumes da sociedade Javaé.

Porém, diante de nossa posição, foram à procura de Eliseu para solucionar a questão. O Chefe do PI, ao chegar ao local da cena, ordenou em língua Javaé, que as meninas tirassem as roupas.

Entretanto, apenas as mais novas tiraram o vestido, as mocinhas ficaram de biquíni dentro d'água. Glória Pires também tirou seu vestido, ficando apenas de tanga".

Depois da descrição do fato, a denúncia:

"O que denunciemos aqui não é a semi-nudez da atriz, mas a falta de respeito com as meninas Javaé, em obrigá-las por uma forma coercitiva a agir diferente de seu modo habitual diante do branco; bem como a exploração comercial dessa cena, pois antes de viajarmos para a área já corria na imprensa nacional, a informação de que Glória Pires apareceria nua nesse filme. O que levou o Presidente da FUNAI a solicitar por escrito dos produtores do filme, uma explicação e o compromisso de que essas cenas não aconteceriam.

Entretanto, Luiz Carlos Barreto enviou um telegrama assegurando simplesmente o fato de o "filme índia não conter cenas de sexo envolvendo indígenas segundo notícias infundadas veiculadas recentemente pela imprensa". PROC. FUNAI/BSB/1951/81-fls. 88).

É mais um exemplo de violação do Estatuto do Índio e da Lei autoral.

O item II, do artigo 58, da Lei nº 6001/73, tipifica como crime a utilização comercial do índio ou da comunidade indígena.

Entretanto, a FUNAI autorizou o filme "Índia" com base na Portaria nº 448.

As cenas envolvendo as índias Javaés, e como denunciadas pela antropóloga MARIA GUIOMAR DE MELO, constituem crime previsto no item I, do artigo 58, do Estatuto do Índio.

Finalmente, a utilização da imagem dos índios e índias Javaés, com finalidades comerciais, foge ao âmbito de autorização da FUNAI.

Ainda que fosse permitida, somente com a autorização expressa de cada índio de por si poderia ser realizado o filme.

Tanto é verdade, que o seu então administrador, o antropólogo OLYMPIO SERRA, foi demitido do cargo por não ter concordado com a presença da Rede Tupi de Televisão, no Parque Nacional do Xingu, para a realização das filmagens pretendidas.

A Fundação Nacional do Índio foi também responsável pelas violações autorais cometidas contra a comunidade tribal do Xingu, porquanto admitiu e tolerou a presença da equipe técnica da emissora no local, como não proibiu a realização das filmagens da novela "ARITANA". Além do que, não adotou procedimento cautelar que pudesse assegurar a satisfação dos direitos patrimoniais dos índios envolvidos.

Depois do fato ter sido consumado e provocado ampla repercussão desfavorável à sua imagem, é que a Funai submeteu consulta ao Conselho Nacional de Direito Autoral, solicitando fixação de remuneração dos direitos autorais dos índios participantes da novela "ARITANA".

Com efeito, a FUNAI na pessoa de seu representante legal, e a Rede Tupi de Televisão, na pessoa de seu representante legal e integrantes de sua equipe técnica, praticaram crime previsto no item II e Parágrafo único, do artigo 58, da Lei 6001/73. Acrescente-se a desautorizada utilização econômica das interpretações dos índios figurantes na novela, ilícito indenizável pela via judiciária.

Outro caso de violação, diz respeito à autorização para filmagem em área indígena nº 038/81 — concedida pelo Presidente da Fundação Nacional do Índio — FUNAI, JOÃO CARLOS NOBRE DA VEIGA, aos 23 de julho de 1981.

De acordo com o documento, a equipe da *Produções Cinematográficas L. C. Barreto Ltda.*, composta de 13 pessoas, foi autorizada a ingressar na área indígena do Javaé, pelo período de 15 dias, compreendendo "*Barreira do Piqui*" e "*Aldeia dos Javaés*", ambas situadas na Ilha do Bananal — Parque Indígena do Araguaia, mediante condições fixadas pela AUTORIZAÇÃO PARA FILMAGEM EM ÁREA INDÍGENA Nº 038/81.

A antropóloga MARIA GUIOMAR DE MELO foi indicada pela FUNAI para prestar assessoramento antropológico à *PRODUÇÕES CINEMATOGRAFICAS L. C. BARRETO LTDA.*, no período das filmagens junto aos índios Javaé (Instrução Técnica Executiva nº 030/81 — AGESP).

De acordo com o seu relatório de 14/09/81, os responsáveis pela produção do filme para obterem a autorização para as filmagens se

comprometeram a:

"1 — Respeitar as diretrizes da Portaria nº 448 de 13 de setembro de 1977;

2 — respeitar os costumes da sociedade do Javaé, bem como não envolver indígenas em cenas de sexo, conforme telegrama das fls. 38 do Processo FUNAI/BSB/1951/81;

3 — a Empresa destinará à comunidade do PI Javaé, a título de direitos autorais, a quantia de Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros), correspondente a meio por cento (0,5%) sobre a renda líquida que apresentar o filme, sendo o pagamento do adiantamento efetuado da seguinte forma: Cr\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil cruzeiros) 30 dias após o primeiro pagamento, os quais serão efetuados na sede da FUNAI e, posteriormente, aplicado na área da mesma comunidade;

4 — a "Produções Cinematográficas L. C. Barreto Ltda." se compromete, ainda, indenizar todo e qualquer prejuízo que porventura, venha a ser causado aos índios ou ao patrimônio ou à FUNAI;

5 — a "Produções Cinematográficas L. C. Barreto Ltda." fará um documentário VT Cassete relativo à comunidade Javaé e o entregará à FUNAI, que ficará arquivado na ACS e efetuará as despesas com o deslocamento de uma antropóloga para acompanhar os trabalhos de filmagem (Processo FUNAI/BSB/1851, fls. 93 e 94)".

Na conclusão do relatório de viagem MARIA GUIOMAR DE MELO escreveu:

"Esse filme foi a primeira experiência vivida pelo grupo de trabalho de Direitos Autorais junto ao cinema nacional, por isso não podemos esperar uma atuação efetiva sobre o grupo cinematográfico. Pela experiência desse filme, que foi produzido por uma equipe que goza de uma determinada reputação no cinema brasileiro, sugerimos algumas normas que deverão ser obedecidas pelos próximos requerentes de autorização de filme comercial para qualquer sociedade indígena. São elas:

1 — um roteiro completo das cenas que pretendem filmar na área indígena, bem como de todo o filme;

salão de embarque, o preço é de mais de Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros) o exemplar.

É indubitável que a autora das fotos e os autores dos textos receberam ou recebem direitos autorais relativamente à obra, quer seja no Brasil ou no exterior.

De outro lado, a autora publicou o seu trabalho fotográfico sem obter autorização expressa dos índios ou da comunidade do Xingu para a utilização comercial de sua imagem, e nem tampouco pagou a eles qualquer importância por esta comercialização.

Para a realização deste trabalho, MAUREEN BISILLIAT obteve autorização da FUNAI através da Portaria nº 094/76, para ingressar e trabalhar no território do Xingu, pelo período de 1º-06-76 a 31-12-76.

Uma das pessoas a quem dedica a sua obra é o General ISMARTH DE ARAÚJO OLIVEIRA, responsável pela Portaria nº 448/N, de 13/09/77, que segundo a autora, *"como Presidente da FUNAI, fez o máximo para garantir os direitos territoriais do índio brasileiro"*.

Outro caso concreto de violação de direito autoral submetido pela FUNAI à apreciação do Conselho Nacional de Direito Autoral recaiu sobre a fixação da remuneração dos direitos autorais dos índios utilizados na novela *"ARITANA"*.

Consoante relatório do Conselheiro CARLOS ALBERTO BITTAR, a referida novela foi realizada pela Rede Tupi de Televisão, no Parque Nacional do Xingu, sem autorização formal da Fundação Nacional do Índio — FUNAI.

"Consta que a equipe de filmagem, mediante apresentação de fita gravada pelo Sr. ORLANDO VILLAS BOAS, conseguiu a colaboração dos índios, para as tomadas da novela, fixando diferentes rituais indígenas, com a participação de aproximadamente cem índios, entre adultos e crianças."

Em contraprestação, foram-lhes entregues caixas de papelão com "presentes", consistentes em laranjas e pães deteriorados e outras coisas de pequeno valor" (Grifei).

Descontentes com isso e também com a exploração do nome *"ARITANA"* — de um chefe indígena de importância no Xingu — tentaram os índios solucionar amigavelmente a pendência, tendo inclusive viajado para São Paulo, mas sem êxito nas negociações.

A questão foi analisada no âmbito da FUNAI, que verberou a atuação da referida emissora, aprovando parecer emitido pelo Dr. MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, quanto à incidência de direitos autorais...

A FUNAI remeteu os autos para o CNDA, a fim de que o mesmo determinasse a remuneração devida à comunidade indígena pela Rede Tupi de Televisão. Este foi o objeto da consulta.

O ilustre relator, ao analisar o processo, expendeu o seguinte comentário:

"Os fatos demonstram o absoluto desrespeito da emissora pelas tradições e costumes indígenas, a par de desautorizada utilização econômica do nome, e das imagens e das interpretações dos índios inseridas na novela. Incidiu a emissora, portanto, em diferentes violações a direitos da personalidade dos índios envolvidos, inclusive de direitos de interpretação, que lhe cabe, pois, reparar, na forma de direito" (Grifei).

E, em seguida:

"A reparação, quanto ao direito à imagem, deverá ser requerida no juízo comum, em que se fixará o respectivo montante".

A 3ª Câmara do Conselho Nacional de Direito Autoral aprovou, à unanimidade, o voto do Relator, gerando a Deliberação nº 37, com a seguinte Ementa:

"Direitos Conexos — Indígenas"

— Os direitos devidos pela participação em novela de Televisão deverão ser calculados consoante fórmula proposta na presente Deliberação, por inexistência de disposição legal explícita.

— Os direitos quanto à reparação pela utilização indevida de imagem, deverão ser intentados em juízo, por ação própria".

Se de um lado não havia autorização formal da FUNAI a permitir o ingresso da emissora de televisão no Parque Nacional do Xingu, de outro lado, não significa dizer, que o órgão desconhecia a presença da Rede Tupi atuando no território xinguanó.

O fato de a equipe de filmagem ter conseguido a colaboração dos índios para as cenas da novela, — e diga-se, através de ardil —, não invalida o comportamento conivente da FUNAI com os infratores.

ela é a maior interessada, não se admitindo que, contra a sua vontade, seja exposta a sua figura em público"⁽⁴¹⁾

Ocorre, que a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, através de seu artigo 49, f, o revogou:

"Art. 49 — Não constitui ofensa aos direitos do autor:

I — A reprodução:

f — De retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feita sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.

A redação da Lei de Regência pouco diferiu daquela dada pelo legislador do Código Civil Brasileiro.

O que importa, é que ao revogar a redação do Código de 1917, o direito à imagem, que se inseriu na órbita do direito da personalidade, foi incorporado na Lei nº 5.988/73, pelo nosso legislador, ainda que imprópriamente.

8. CONCLUSÕES FORMULADAS À LUZ DO ÍTEM II. DO ARTIGO 58 DO ESTATUTO DO ÍNDIO, DO DIREITO DE IMAGEM E DA PORTARIA Nº 448/73 DA FUNAI

De tudo exposto até aqui, formulamos as conclusões abaixo:

- a) — a utilização comercial da imagem do índio brasileiro é crime previsto no seu Estatuto (item II, artigo 58);
- b) — o direito de imagem se inclui entre os direitos da personalidade, e, mesmo que a utilização da imagem do índio se faça em caráter meramente didático ou científico, terá que ter sempre a autorização expressa do dono da efígie representada;
- c) — em hipótese alguma poderá ter aplicabilidade a Portaria nº 448 da FUNAI, porquanto, frontalmente contrária ao Estatuto do Índio e a Lei nº 5.988/73;
- d) — ainda que fosse correta a sua aplicação, não compete ao

(41) J. M. CARVALHOS SANTOS. Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. VIII, p. 476.

Presidente da FUNAI, em nome do órgão tutor, conceder licenças para que terceiros fotografem ou filmem o índio ou a comunidade tribal, uma vez que o direito à imagem é personalíssimo, atributo inato da personalidade do índio, por conseguinte intransferível.

Inconteste, pois, que a Portaria nº 448 da FUNAI, tem provocado graves prejuízos aos índios e às comunidades indígenas, comprovando o ponto de vista de que nem sempre os interesses do tutelado são preservados e defendidos pelo tutor, condições essenciais do exercício da tutoria.

9. EXEMPLOS CONCRETOS DE VIOLAÇÕES DO DIREITO AUTORAL DO ÍNDIO

Alguns casos concretos servirão para exemplificar o entendimento e comprovar a assertiva.

O primeiro deles, diz respeito à obra intitulada "*Xingu, Território Tribal*", com fotos de MAUREEN BISILLIAT, e texto de ORLANDO VILLAS BOAS e CLÁUDIO VILLAS BOAS, retratando a comunidade xinguana ora como um todo ora individualmente, com fotografias de vários índios e índias, seus costumes e tradições.

A primeira edição da obra em português — ela também foi editada em inglês — é de outubro de 1979, sendo que os direitos exclusivos para o Brasil foram cedidos a HRM Editores Associados Ltda., mediante acordo com WILLIAN COLLINS & Co. Ltd., GLASGOW. A obra foi composta pela LINOART LTDA., em Unives 10, Impressa por WILLIAN COLLINS SONS & Co. LTDA., GLASGOW, E., editada pela Livraria Cultura Editora.

Em que pese o seu sentido artístico, cultural e científico inegáveis, foi editada com finalidade eminentemente lucrativa, caracterizando a exploração comercial da imagem do índio e da comunidade tribal xinguana, o que constitui uma violação do texto do seu Estatuto e da letra f, do artigo 49 da Lei nº 5.988/73.

Acrescente-se, que cada exemplar "*Xingu, Território Tribal*", é vendido nas livrarias do País a preço que oscila entre Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros) a Cr\$ 23.000,00 (vinte e três mil cruzeiros), aproximadamente. Na livraria existente dentro do Aeroporto do Galeão, no

E mais,

"Inscrevendo-se entre os seguidores desta Teoria, afirma ANTÔNIO CHAVES que, dentre todos os direitos da personalidade, não existe outro tão humano, profundo e apaixonante como o direito à própria imagem".⁽³³⁾

Não resta dúvida de que o direito à imagem melhor estará alojado entre os direitos da personalidade.

A imagem surge com o indivíduo desde o seu nascimento, tornando-se o elemento de sua identificação.

Como muito bem coloca WALTER MORAES, "o direito à imagem não se adquire; ele surge com a personalidade. No curso da vida, o sujeito tampouco pode adquirir outra imagem, pode apenas transformá-la; aquele que se submete à ação da cirurgia plástica, por mais que se transfigure, não adquire nova imagem senão a que tem".⁽³⁴⁾

Para o Professor MILTON FERNANDES, "é este, precisamente, o ponto de vista da jurisprudência norte-americana. Em amplo estudo realizado a respeito, diz RUPRECHT KAMLAH que o "right of privacy" protege características da personalidade que se podem reunir sob a designação genérica de identidade. Avulta, entre estas, a imagem da aparência".⁽³⁵⁾

Retoma o conceito de intimidade, uma vez que "ela consiste na exclusão do conhecimento alheio de idéias, fatos e dados respeitantes à própria pessoa. Através de sua tutela, pretende-se limitar a penetração externa no âmbito que cada um quer manter para si".⁽³⁶⁾

Justapondo-se o conceito de intimidade ao direito de imagem, emerge o entendimento de que a sua utilização só poderá ocorrer com a concordância do sujeito.

Quando discute a fixação e reprodução do direito à imagem, MILTON FERNANDES elucida a questão de maneira taxativa:

"Ao determinar o conteúdo do direito à imagem, verificamos que este impede sua fixação e reprodução sem a anuência explícita e específica do interessado".⁽³⁷⁾

(33) Idem, *ibid.*, p. 171.

(34) WALTER MORAES, *Direito à Própria Imagem*. *Inv. Rev. Trts.*, vol. 444, p. 11.

(35) Idem, *ibid.*, p. 175.

(36) Idem, *ibid.*, p. 177.

(37) Idem, *ibid.*, p. 180.

PONTES DE MIRANDA não é menos incisivo:

"é direito que toca à pessoa por ter interesse que não se use, libito, a sua imagem. Daí precisar-se do consentimento do retratado..."⁽³⁸⁾

HERMANO DUVAL, raciocina no mesmo sentido:

"o que importa é o direito à própria imagem do retratado, que não está em função do alcance da publicidade, mas dele próprio, porque só seu titular é o senhor absoluto das condições em que deseja aparecer em público"⁽³⁹⁾.

DE CUPIS:

"Pelo que respeita aos direitos da personalidade, além de intransmissíveis, são irrenunciáveis devido ao seu caráter de "essencialidade". De fato, qualquer valor concreto seria subtraído à personalidade jurídica, se fosse consentido à pessoa pôr fim a tais direitos por ato de vontade"⁽⁴⁰⁾

Depois de lançados alguns pressupostos de ordem doutrinária, resta ver de que forma o nosso ordenamento normativo trata a matéria.

O artigo 666, X, do Código Civil Brasileiro, estabeleceu norma relativa ao direito à imagem:

"Art. 666 — Não se considera ofensa aos direitos do autor:

X — A reprodução de retratos, ou bustos de encomenda particular quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou exposição do retrato ou busto" (Grifei).

J. M. DE CARVALHO SANTOS, ao comentar o artigo 666, X, do Código Civil Brasileiro diz que:

"A pessoa representada e seus sucessores imediatos, porém, podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto. A pessoa representada é aquela cuja figura é objeto do retrato ou busto, é a pessoa fotografada ou modelada no busto. Quer dizer, pois, que essa pode obstar a reprodução, prevalecendo a sua vontade sobre o proprietário do retrato ou busto, o que se explica por ser certo que

(38) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 53, p. 231.

(39) HERMANO DUVAL, *A Publicidade e a Lei*, p. 106.

(40) *Op. cit.*, p. 53.

determinar que as licenças para as produções mencionadas "só serão concedidas pelo Presidente da FUNAI...", ou seja, pelo tutor.

E o índio, por que nunca é ouvido?

Não é ele quem deve autorizar que, sobre si próprio ou a sua comunidade se façam produções fotográficas, quer sejam de ordem comercial ou científica?

A portaria, do ponto de vista jurídico, reflete a FUNAI não como tutora do índio, mas como sua representante, fazendo calar a sua vontade e a sua vez, quando por lei, ela o assiste, cabendo-lhe o dever de cumprir o desejo do tutelado.

Se ao tratar de participação cinematográfica em que o índio atue como ator ou coadjuvante, estará configurada a hipótese do intérprete ou executante, prevista nos artigos 94 e seguintes da Lei nº 5.988/73 (direitos conexos aos de autor).

Verifica-se, assim, que a Portaria nº 448, tem estimulado na prática, a ocorrência do proveito indevido da imagem do índio e do seu trabalho artístico com finalidades lucrativas, por terceiros, contrariando o estabelecido no seu Estatuto e na Lei autoral.

7. O DIREITO DO ÍNDIO À PRÓPRIA IMAGEM

Afora reproduções dos desenhos artísticos dos índios em vasilhames, tecidos, indumentárias, a sua arte aplicada em peças etnográficas, pinturas corporais, utilização de composições musicais e de cânticos, formas costumeiras de usurpação do seu trabalho artístico, merece destaque a violação usual de sua imagem, um direito inserido no texto da Lei nº 5.988/73.

Não se pode negar hoje o seu peso como de um direito acima de tudo, emergente.

Como muito bem coloca ANTÔNIO CHAVES, citado por WALTER MORAES:

"Um aspecto da personalidade humana que não pode continuar no olvido, no momento em que a tecnologia em franco progresso multiplica enormemente as possibilidades do seu aproveitamento"⁽²⁷⁾.

WALTER MORAES, ao tratar a imagem como bem de direito,

(27) WALTER MORAES. Direito à Própria Imagem, Inv. Rev. Tris., vol. 444, p. 12.

amplia o conceito, afirmando ser a mesma "toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem..."⁽²⁸⁾.

Para o Direito, a idéia de imagem não fica vinculada ao aspecto visual da pessoa. Não se detém só no aspecto físico do indivíduo. Tudo que possa ser destacado do seu corpo e configurado como sendo dele próprio será imagem no sentido jurídico.

Albergado no direito da personalidade, só para a pessoa física volta-se a proteção da lei.

Como observa WALTER MORAES, "... só a figura da pessoa física importa a essa ordem de investigação. A pessoa física denominada jurídica não tem imagem senão símbolos" (Grifei).

ADRIANO DE CUPIS, em sua clássica obra sobre os direitos da personalidade, ao enfocar o Direito de Resguardo, escreveu:

"Ou se atribui ao direito à imagem uma importância geral, que pode ser limitada somente por exceções específicas impostas pelo interesse público; ou o direito à imagem é compreendido na esfera do direito à honra, no sentido de que a tutela jurídica encontra aplicação, somente no caso de que a difusão da imagem da pessoa ser prejudicial para a honra dela. Se seguir esta última solução não é o resguardo em si considerado que assume valor de bem jurídico uma vez que a razão determinante da intervenção do direito é constituída pela ofensa à honra"⁽³⁰⁾.

WALTER MORAES, ao comentar que a tese da honra é atual, diz expressamente:

"Mas parece bem claro que, como teoria, a construção é 'suicida', pois quer instituir um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra"⁽³¹⁾.

O professor MILTON FERNANDES, em obra vertical, ao abordar o direito à própria imagem, preleciona:

"A doutrina, após abundante e viva controvérsia, tende a fixá-lo entre os direitos da personalidade. É esta hoje, inquestionavelmente, a solução que encontra maior e mais seguro apoio"⁽³²⁾.

(28) Idem. Ibid., vol. 443, p. 64.

(29) Idem. Ibid., vol. 443, p. 65.

(30) ADRIANO DE CUPIS. Os Direitos da Personalidade, p. 180.

(31) Idem. Ibid., vol. 443, p. 69.

(32) MILTON FERNANDES. Proteção Civil da Intimidade, p. 171.

Art. 186 — *Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público — e nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 desta Lei.*

Vê-se, que de igual modo, não raciocinou diferentemente do legislador civil o nosso legislador criminal ao incorporar ao texto da Lei nº 6.895, de 17 de dezembro de 1980, noções previstas na Lei nº 5.988/73.

Todavia, cuidou de realçar a tipificação da violação autoral, na reprodução de trabalho de criação artístico para fins de comércio, no todo ou em parte, sem expressa autorização do autor ou de seu representante. Esta infração sujeita o infrator à pena de reclusão de um a quatro anos cumulada com a pena de multa.

Por conseguinte, tanto a Lei de Regência quanto a Lei Penal impõem sanções quanto ao uso de trabalho de criação artística do índio quando ele não o autoriza expressamente.

Já a Lei nº 6001, de 19/12/1973, ao tratar no Capítulo II — Dos Crimes Contra os Índios — dispôs no artigo 58:

"Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I — Escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática.

Pena: detenção de um a três meses.

II — Utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos.

Pena: detenção de dois a seis meses.

E o Parágrafo Único do artigo 58:

"As penas estatuidas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio".

Encerra o Capítulo II, o artigo 59:

"No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço".

A exegese do item II, do artigo 58, nos leva ao convencimento de

que o legislador quis impedir a utilização indevida do índio ou da sua comunidade, por terceiros, no seu "habitat", no exercício das suas atividades cotidianas, na prática de cerimônias e de seus costumes, quer individual ou coletivamente.

Pretendeu, principalmente, impedir que a imagem do índio ou da comunidade tribal sejam usadas como propaganda turística ou com finalidade lucrativa.

6. A PORTARIA Nº 448/N DE 13 DE OUTUBRO DE 1977 DA FUNAI

É comum a exploração comercial da imagem do índio ou do grupo tribal em propaganda de turismo, em cartões-postais, em calendários, em "posters", retratando aspectos de sua vida e de suas atividades.

Em que pese o item II, do artigo 58 da Lei nº 6001/73, vige até hoje na FUNAI, a Portaria nº 448/N de 13 de outubro de 1977, que revogou a Portaria nº 120/N aprovando o Regulamento e a respectiva AUTORIZAÇÃO PARA ATIVIDADES DE COMUNICAÇÃO SOCIAL EM ÁREA INDÍGENA.

No seu item I, diz que:

"Toda e qualquer pessoa estranha ao quadro de servidores da Fundação Nacional do Índio e/ou qualquer entidade nacional, estrangeira ou internacional que pretenda visitar áreas do Território Nacional habitada pelos indígenas, terão que obter, para esse fim, a necessária licença de acordo com o Decreto nº 65.057/69, além do deferimento da FUNAI.

E, no item 5, do Regulamento:

"As licenças a pessoas, grupos e organizações para a produção com finalidades comerciais ou científicas de documentário fotográfico e/ou cinematográfico sobre os índios; seus costumes e respectivo meio ambiente, só serão concedidas pelo Presidente da FUNAI, após necessário parecer do Departamento Geral do Planejamento Comunitário" (Grifei).

A Portaria nº 448/N de 13/10/1977, não só contraria a Lei nº 5.988/73, mas, sobretudo, o item II, do artigo 58, da Lei nº 6001/73.

A sua redação além de absurda, revela o pouco caso, a falta de apreço do tutor pelo seu pupilo. O texto é infeliz e deixa muito a desejar ao

sobre a divulgação ou não de seu trabalho artístico. É um direito personalíssimo.

INTEGRIDADE: é o direito que confere ao autor a possibilidade de manter a inteireza de sua obra, colocando-a a salvo das violações perpetradas. E toda a vez que a obra é adulterada, sofre o autor prejuízos em sua reputação ou honra.

MODIFICAÇÃO: é o direito que tem o autor de modificar a sua obra. As alterações que pretender realizar poderão ocorrer antes ou depois da obra utilizada.

ARREPENDIMENTO: é o direito que permite ao autor impedir a circulação de sua obra retirando-a do comércio.

Nunca é demais lembrar que as violações do direito moral do autor vão atingir, via de regra, a paternidade, a integridade e a divulgação da obra... (26).

Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis por força do artigo 28 da Lei nº 5.988/73.

Em seguida, o artigo 29 consagra os direitos patrimoniais:

"Cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar a sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte".

Este dispositivo, reserva ao indio autor, e somente a ele, o direito de utilização e fruição de sua criação artística, bem como o de permitir no todo ou em parte que ela se faça através de terceiros.

A Lei autoral ao determinar que o autor é quem pode autorizar terceiros a explorar economicamente o seu trabalho de criação artística, impõe que o criador seja previamente consultado e autorize ou não sobre a destinação comercial de sua obra.

Outro, aliás, não poderia ter sido o espírito do artigo 29 da Lei, pois, o legislador incorporou com fidelidade em sua redação, mandamento previsto na Constituição Federal no seu artigo 53, § 25:

"Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las".

Examinados os dispositivos acima transcritos, chega-se à conclu-

são de que pela sistemática da lei autoral brasileira, a violação do direito moral do autor, caracteriza como resultado imediato uma lesão de ordem patrimonial irreversível, somente reparada através do procedimento indenizatório.

Dentre as sanções civis e administrativas previstas na Lei nº 5.988/73, a descrita no artigo 123, se nos afigura a mais genérica, a menos específica, trazendo em seu bojo uma pena civil de maior alcance.

"O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá tanto que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos".

5. SANÇÃO CRIMINAL

Com efeito, a sanção em matéria autoral não se restringe somente aos limites da Lei nº 5.988/73.

A Lei nº 6.895, de 17 de dezembro de 1980, deu nova redação aos artigos 184 e 186 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 2.843, de 07 de dezembro de 1940.

Assim é, que os artigos 184 e 186 do Código Penal, passaram a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 184 — Violar direito autoral:

Pena: detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1º — Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente:

Pena: reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

§ 2º — Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral.

(26) HILDEBRANDO PONTES NETO. O Direito Autoral e o Arquiteto. Pampulha, p. 9.

"Os encontros ganharam força pela receptividade que tiveram e, de uma temática indígena geral, evoluíram para a apresentação de uma comunidade de cada vez, para assim, fortalecer o conhecimento a seu respeito"⁽²²⁾.

Este ano em Brasília e São Paulo, uma exposição com 261 peças, entre máscaras, cestaria, adornos, cerâmicas dos índios KAYAPÓS, habitantes do Pará e Mato Grosso, formaram o IV MOITARÁ.

Este encontro conseguiu traduzir a inigualável beleza da obra de criação da tribo KAYAPÓ, descendente do "povo que habita o Teto do Céu"⁽²³⁾.

Recolhem na natureza a matéria prima para a sua criação. Utilizam no seu trabalho os mais diferentes recursos, fazendo da arte plumária o ponto alto de sua criatividade.

Na produção de ornamentos usam penas de arara, mutum, papagaio, rei-congo, penugens de garça, urubu-rei, gavião-real, fios de algodão e madeiras, as mais diversas fibras, tudo isso com graça e leveza.

A diversificação dos ornamentos inclui braceleiras, brincos, cocares, colares, testeiras, etc.

Criam indumentárias, armas confeccionadas com fêmur de onça, instrumentos, utensílios como cabaças, com tampa de palha de buriti e desenhos pintados com urucum e várias modalidades de paneiros.

Sem se falar na ornamentação corporal, formas de simbolismo e linguagem da comunidade, onde "na pintura do corpo a pele social"⁽²⁴⁾.

Afora esta arte ilustrativamente exemplificada, como salienta JULIO CEZAR MELATTI:

"Como acontece em todas as sociedades humanas, não faltam nas tribos indígenas do Brasil manifestações de arte. Tais manifestações tomam as formas mais diversas segundo as diferentes tribos. Assim, embora quase todas confeccionem artefatos de penas, os estilos divergem e algumas enfatizam mais este tipo de arte do que outras. Há tribos que se destacam na cerâmica; outras, em esculturas em madeira e há aquelas que possuem pintura de corpo elaborada"⁽²⁵⁾

(22) Idem. Ibid., p. 21.

(23) Idem. Ibid., p. 21.

(24) CÍCERO CAVALCANTI ALBUQUERQUE. IV Moitara, a Arte..., p. 22.

(25) JULIO CEZAR MELATTI. Índios do Brasil, p. 161.

Inequivoco, portanto, que o índio realiza obra intelectual no sentido que lhe empresta o artigo 6º da Lei nº 5.988 de 14/12/73.

Diz o artigo 21 da Lei:

"O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produzir".

O texto do artigo 21 que outorga ao autor titularidade de direitos morais e patrimoniais sobre a sua criação artística, consubstancia a essencialidade do direito autoral, que tem como espinha dorsal dois elementos constitutivos distintos, um diferente do outro, porém intimamente ligados, em absoluta interação: direito moral e direito patrimonial.

O artigo 25, da Lei nº 5.988/73, define o que vem a ser direitos morais do autor:

"São direitos morais do autor:

- I — o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra;*
- II — o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;*
- III — o de conservá-la inédita;*
- IV — o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que de qualquer forma possam prejudicá-la, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;*
- V — o de modificá-la, antes ou depois de utilizada".*

Como destacamos em nosso "O Direito Autoral e o Arquitecto": "De acordo com o texto da Lei integram o direito moral como elementos constitutivos os direitos relativamente à paternidade, ao ineditismo, à integridade, à modificação, ao arrependimento:

PATERNIDADE: é o direito que tem o autor de manter a ligação de seu nome à obra criada. Através dele, o nome do autor terá que estar associado à obra no momento de sua utilização, reprodução, ou execução. Por outro lado, pode o autor impedir a vinculação de seu nome à própria obra.

Verifica-se, pois, que o direito à paternidade confere a seu titular o direito à publicação de uma determinada obra como sendo de sua autoria.

INÉDITO: é um direito exclusivo do autor de decidir

P. 6

Ademais disso, como muito bem assinala SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

"Se o Direito Processual Civil é o conjunto de princípios e normas que regulam o processo, disciplinando a forma de garantir o ordenamento jurídico, ganham relevo os seus princípios, mesmo porque, segundo anotou COUTURE, toda lei processual, todo texto particular que regula um trâmite do processo, é, em primeiro lugar, o desenvolvimento de um princípio."

Fundamentam-se os sistemas processuais em determinados princípios, alguns comuns a todos, outros com peculiaridades locais, espelhando sempre a ordem constitucional⁽¹⁹⁾

É inegável que a norma decorre sempre de um princípio. Entretanto, o princípio é mais importante do que a norma, sempre.

No caso específico do índio, a Lei nº 6001, reguladora de sua situação jurídica, garantiu-lhe o direito à tutela jurisdicional, que é antes de tudo um princípio de ordem constitucional, portanto, ampla garantia.

4. O ÍNDIO À LUZ DA LEI Nº 5.988, DE 14/12/1973

Tecidas essas considerações em torno da capacidade jurídica e processual do índio, resta vê-lo à luz da lei de Regência em matéria autoral, objetivo deste trabalho.

A Lei nº 6001, de 19/12/1973, no Parágrafo Único do artigo 1º, fixou que:

"Aos Índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como condições peculiares reconhecidas nesta lei".

E no artigo 47, o que se segue:

"É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão".

(19) LOPES DA COSTA. Manual Elementar de Direito Processual Civil. Revisor-Atualizador: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 61.

Face aos dispositivos acima citados, claro está que se aplica ao índio criador, a Lei nº 5.988, de 14/12/1973, reguladora dos direitos autorais.

Apesar de a lei proteger o índio como autor, causa espécie para a maioria das pessoas admiti-lo como tal, em focá-lo através deste prisma.

Nada mais significativo do que os dizeres de TERENA:

"Muitas vezes, na mentalidade dos brasileiros, daquilo que eu chamo de sociedade envolvente, existe aquele índio armado com flexas e bordunas, pintado de várias cores, bom para ser fotografado, para se fazer histórias em cima dele. Que faz artesanatos bonitos, e que é uma fonte de renda tanto para a FUNAI como para aqueles que exploram esse tipo de coisa".

Para uns, o indígena, o selvagem, o turrão; para outros, aquele que tem atrapalhado e atrapalha o progresso⁽²⁰⁾.

De que forma pode o índio ser visto como um artista suscetível de proteção autoral?

Afinal, o índio autor, o que vem a ser isso?

Será muito difícil registrar no âmbito deste estudo, toda a sorte do engenho criador do indígena nacional.

Todavia, torna-se necessário, ainda que de passagem, demonstrar essa vitalidade criadora como absolutamente concreta na vida dos povos indígenas do país, para, a seguir, apontarmos concretamente a violação desse trabalho artístico.

E para tanto, nada impede, que, a título meramente ilustrativo, possamos realçar o índio criador através da instituição do MOITARÁ.

"Nos últimos 40 anos, o Brasil incorporou uma palavra nova: o moitará, que era expressão dos índios do Alto Xingu, vem a ser um grande encontro para a troca de objetos artesanais e alimentos, e um ritual que tem sentido eminentemente econômico, mas que também favorece a confraternização entre grupos de diferentes culturas". (21)

O MOITARÁ foi organizado e realizado pela Funai em 1980, como marco da Semana do Índio.

(20) MARCOS TERENA. O Índio e o Direito. Col. OAB/RJ — Debate 1, p. 78.

(21) CÍCERO CAVALCANTI ALBUQUERQUE. IV Moitará, a Arte dos Kayapós. Interior. P. 20.

Isto poderá trazer graves lesões ao seu direito ou até mesmo a perda do direito ajuizado..."⁽¹⁴⁾

Discordamos do ilustre processualista em não estender aos índios a capacidade processual. Não se justificam ao nosso ver as restrições apontadas.

O artigo 37 da Lei nº 6001, de 19/12/1973, diz:

"Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas, para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

A redação do artigo 37, do Estatuto do Índio, não deixa nenhuma margem de dúvida quanto ao exercício do direito através do processo pela comunidade indígena ou o próprio índio.

Para DALMO DE ABREU DALLARI, constitucionalista emérito, em artigo recente:

"A iniciativa das comunidades indígenas, de promoverem sua própria defesa judicial e chamarem a FUNAI para assisti-las em juízo, tem fundamento legal muito sólido e só foi sugerida aos grupos indígenas depois de prolongado e cuidadoso exame de todos os aspectos legais do problema"⁽¹⁵⁾

Em seguida:

"Um dado importante, que os juristas mais apegados ao formalismo não consideram, é que a comunidade indígena é uma forma especial de associação, que não se subordina às formalidades exigidas para outras espécies de associações..."⁽¹⁶⁾

O Estatuto do Índio não prevê a sua forma de constituição, porém reconhece a sua existência assegurando-lhe direitos. Qualquer exigência além disso é absurda.

O artigo 37, da Lei nº 6001/73, não só consagra a *legittimatio ad processum* em favor da comunidade tribal ou do índio, como determina sejam assistidos pelo Ministério Público ou a FUNAI.

(14) CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, t. 1, p. 122.

(15) DALMO DE ABREU DALLARI. *Justiça para o Índio. Folha de São Paulo*, 23 de abril de 1983, Cad. 1º, p. 3.

(16) *Idem. Ibid.*, p. 3.

Com efeito, é juridicamente válida a iniciativa do índio ou da comunidade indígena, na obtenção de uma prestação jurisdicional qualquer, através de advogado, quer como manifestação meramente voluntária, quer por força da omissão do tutor. Basta que se requeira ao Juiz na formulação do pedido, seja dada ciência ao Ministério Público ou à FUNAI para que assista ao índio ou à comunidade tribal no processo que se inicia.

Quanto à capacidade postulatória, foi a mesma tratada por DALLARI, a contento:

"Um ponto interessante, que também desafia o formalismo, é a forma de representação das comunidades indígenas, ou seja, quem dará procuração a um ou mais advogados em nome da comunidade. Esse pormenor muito importante porque a lei brasileira exige, como regra geral, que as partes estejam representadas por advogado para ingressarem em juízo"⁽¹⁷⁾

Para ele a solução é muito simples, desde que se considere que uma comunidade indígena tem a sua especificidade como forma de associação, norteadas por regras próprias.

A representação da comunidade é feita pelo índio ou grupos de índios, que de acordo com os seus costumes fala em nome da comunidade indígena.

E o constitucionalista indica o procedimento a ser seguido:

"Basta que os representantes costumeiros de uma comunidade indígena compareçam a um Tabelião, juntamente com duas ou mais pessoas que tenham documento de identidade e que atestem que aqueles índios são realmente representantes de sua respectiva comunidade. Assim será dada uma procuração por instrumento público, não deixando margem a qualquer dúvida"⁽¹⁸⁾

Quanto ao risco de má-fé e falsificação na obtenção de procuração a ensejar atos contrários aos interesses da comunidade, ele inexistente. Afinal, o juiz no exercício da função jurisdicional verificará a conveniência do pronunciamento do Ministério Público ou da FUNAI.

(17) DALMO DE ABREU DALLARI. *Justiça para o Índio. Folha de São Paulo*, 23 de abril de 1983, Cad. 1º, p. 3.

(18) *Idem. Ibid.*, p. 3.

E quando essa política for contrária aos interesses jurídicos do tutelado? Não se estará ignorando a vontade do pupilo? Não haverá subserviência do tutor, porquanto dependente das imposições e do controle do Poder Executivo Federal?

Nesta hipótese, inexistirá possibilidade de sua substituição, pois, a indicação decorreu do texto da lei.

Essa é a razão pela qual ele age distante da intervenção judicial e da fiscalização do Ministério Público, que na tutela de direito comum, tem o dever de pedir a destituição do tutor e responsabilizá-lo pelos atos praticados contra o interesse do tutelado.

Tem-se verificado na prática a configuração desse quadro.

É freqüente, repita-se, muito freqüente, o órgão protetor omitir-se ou até mesmo agir contrariamente ao interesse do índio ou dos grupos indígenas, para servir à política ditada pelo Poder Público — por que a ele está atrelado, esquecendo-se do direito do protegido.

Como muito bem salienta PEDRO AGOSTINHO:

"Analogamente ao menor entre 16 e 21 anos, o índio tem o direito de participar dos atos relacionados com sua pessoa, tendo a FUNAI dever de lhe respeitar a vontade, assistindo-o em sua manifestação sempre que exigido, e intervindo, *motu próprio*, quando aos interesses dele haja lesão ou ameaça. Não pode legitimamente a FUNAI calar-lhe a vontade, ou sobrepor a sua à do pupilo, formulando-a e manifestando-a em seu lugar: porque a forma apropriada de proteção aos interesses se exerce aqui pela assistência, e não pela representação".⁽¹¹⁾ (Grifei).

Reforça o argumento, o artigo 8º e o seu Parágrafo Único, do Estatuto do Índio:

"São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos" (Grifei).

(11) PEDRO AGOSTINHO, op. cit., p. 39.

O dispositivo transcrito encerra a regra da incapacidade relativa cuja aplicabilidade poderá ser excluída, desde que, no exercício do direito, o índio tenha revelado consciência e conhecimento do ato praticado.

E como sintetiza PEDRO AGOSTINHO:

"Imaginada pois com o intuito de proteger e não de prejudicar o tutelado, a incapacidade relativa do índio não pode, também, ser pretexto para arbitrariamente o cercear em sua ação".⁽¹²⁾

E, finalmente, esclarece SÍLVIO RODRIGUES:

"Assim, se o menor púbere praticar ato jurídico, tal como a compra e venda, ou o contrato de empreitada, a lei já considera sua vontade e respeita sua manifestação volitiva.

O legislador dá validade ao ato jurídico emanado de sua vontade, o qual pode se aperfeiçoar e ganhar eficácia se o incapaz comparecer assistido por seu representante, que dá sua anuência àquele negócio".⁽¹³⁾ (Grifei).

O mesmo raciocínio se aplica ao índio, porquanto a sua manifestação volitiva é reconhecida pela lei.

3. CAPACIDADE PROCESSUAL DO ÍNDIO

Outro instituto próximo ao da capacidade jurídica, e que deve ser aqui examinado, é o da capacidade processual do índio.

O Código de Processo Civil Brasileiro dispôs no seu art. 7º:

"Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo".

A *legitimatatio ad processum*, segundo CELSO AGRÍCOLA BARBI, só poderá ser estendida àquelas pessoas que estiverem no exercício dos seus direitos. Os menores, os loucos e os silvícolas, são expressamente excluídos:

"A restrição justifica-se em defesa dessas pessoas. Na gestão do processo, há necessidade da prática de inúmeros atos, desde o início até o fim da causa, e se esses atos forem realizados defeituosamente pela parte ou se ela se omitir,

(12) PEDRO AGOSTINHO, op. cit., p. 60.

(13) SÍLVIO RODRIGUES, op. cit., p. 44.

Resta claro, que requisito essencial para a lei é que ele seja sempre assistido.

Reforça ainda mais esse entendimento, o raciocínio de PONTES DE MIRANDA ao comentar a capacidade para os atos ilícitos, ou o que ele chamou delitual, prevista no art. 156 do Código Civil.

"O menor, entre dezessets e vinte e um anos, equiparase ao maior, quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado"⁽⁶⁾.

Em seguida, diz que:

"Quanto aos outros relativamente incapazes não se precisava inserir no Código Civil qualquer regra jurídica.

Os silvícolas têm capacidade delitual, como os civilizados"⁽⁷⁾.

Desse modo, surgiu a proteção legal do índio através da Lei nº 6001, de 19/12/1973 (Estatuto do Índio), prescrevendo o regime de tutela a que ficam sujeitos o índio e as comunidades indígenas existentes no país, não integrados à comunhão nacional.

A Lei nº 6001, de 19/12/1973, trata no seu Capítulo II da ASSISTÊNCIA OU TUTELA, e, estabeleceu no seu art. 7º, parágrafos 1º e 2º, o que segue:

"Art. 7º — Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º — Ao regime estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas de tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício de tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º — Incumbe a Tutela à União, que a exercerá através de competente órgão federal de assistência aos silvícolas".

O órgão atualmente responsável pelo exercício da tutela, nascido das Leis de nºs. 5371, de 05/12/1967, e nº 68.377 de 19/03/1971, é a Fundação Nacional do Índio — FUNAI, ligada diretamente ao Ministério do Interior.

(6) PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 212.

(7) *Ibid.*, p. 212.

Os parágrafos transcritos demonstram a impropriedade dos seus textos, geradores na órbita jurídica de reflexos conflitantes e contraditórios, que estão a merecer críticas e reparos.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, citado por PEDRO AGOSTINHO no seu magnífico trabalho publicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, diz:

"A Lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao revés, com o intuito de lhes oferecer proteção..."⁽⁸⁾.

E comenta PEDRO AGOSTINHO:

"Isso, que genericamente se aplica a toda a incapacidade, aplica-se também ao caso do índio. Mas neste, a incapacidade é apenas relativa e não absoluta, o que significa estar o tutor obrigado a assistir e proteger sem contudo lhe ignorar a vontade"⁽⁹⁾.

SILVIO RODRIGUES também escrevem sobre a incapacidade relativa afirmando que:

"A lei parte do postulado de que o grau de imaturidade do menor púber ou do silvícola, bem como a deficiência que caracteriza a prodigalidade, é menor que a dos incapazes absolutos no art. 5º do Código Civil. Trata-se de pessoas que, sem terem um julgamento adequado das coisas, apresentam um grau de perfeição intelectual não desprezível. De maneira que a lei, restringindo sua liberdade de ação dentro da órbita das atividades jurídicas, permite-lhes a prática de atos jurídicos. Condiciona, entretanto, a validade do ato jurídico praticado pelo relativamente incapaz, ao fato de ele se aconselhar com pessoa plenamente capaz — seu pai, tutor ou curador — que o deve assistir nos atos jurídicos"⁽¹⁰⁾.

De que adianta o Estatuto do Índio possibilitar aplicações de princípios e normas de tutela de direito comum, quando ele, de plano, já indicou o tutor, fiel, capaz da política indigenista ditada pelo Poder Central.

(8) PEDRO AGOSTINHO, O Índio e o Direito, p. 59.

(9) *Ibid.*, p. 59.

(10) SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, Parte Geral, vol. I, p. 44.

Por conseguinte, o conceito de capacidade se encontra intimamente ligado ao sujeito de direito, que é a pessoa.

Preleciona o tratadista:

"Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito"⁽³⁾.

A capacidade assim entendida, nada mais é do que uma faculdade inerente à pessoa, posta à sua disposição pelo ordenamento jurídico para que ela possa praticar atos, adquirir direitos e assumir obrigações.

O fato de caber à pessoa a titularidade de uma relação jurídica qualquer não poderá ser confundida com o exercício do direito propriamente dito.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO conceitua a capacidade como sendo *"aptidão para adquirir direitos e exercer por si ou por outrem, atos da vida civil"*⁽⁴⁾.

Assim é que a capacidade foi bipartida em capacidade de direito e capacidade de fato.

A primeira, inerente a todo ser humano surgindo com o seu nascimento, tornando essa faculdade de adquirir direitos e contrair obrigações inderrogável perante a ordem jurídica.

Quanto à segunda, é a faculdade de que dispõe a pessoa de exercer por outrem os atos da vida civil.

O elemento configurador dessa faculdade aquisitiva do indivíduo é repassado para o âmbito da consciência e da vontade.

Tais elementos é que vão ou não legitimar a independência da pessoa na prática de determinados atos.

Conseqüentemente, a capacidade de fato estará sempre ligada a fatores de ordem objetiva. Serão estes sempre determinantes para se saber se a faculdade aquisitiva permanecerá na órbita da ação da pessoa ou se será dela retirada.

Se diante de fatores objetivos algumas pessoas não têm plena consciência de seus efeitos, configura-se a incapacidade, de, por si próprio, contrair direitos e obrigações perante o ordenamento jurídico civil.

Prescreve o artigo 5º do Código Civil:

"São absolutamente incapazes de exercer pessoal-

(3) *Op. cit.*, p. 161.

(4) *Curso de Direito Civil*, 1º vol., p. 61.

mente os atos da vida civil:

I — Os menores de 16 anos;

II — Os loucos de todo gênero;

III — Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade".

E o artigo 6º:

"São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I — Os maiores de 16 e menores de 21 anos;

II — Os pródigos;

III — Os silvícolas.

Parágrafo único — *Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país"* (grifei).

Além de ter estabelecido essa graduação na capacidade jurídica, o legislador criou um regime especial para a proteção dos direitos e obrigações dos índios.

Sujeitou-os ao regime tutelar, determinando para eles a existência de um tutor, reservando para a legislação especial a fixação de regras para o seu exercício.

Cumprir destacar que o artigo 6º e seu parágrafo nos levam ao convencimento de que inexistia proibição para que o relativamente incapaz manifeste a sua vontade na prática de atos jurídicos.

Não significa dizer que ele é destituído de consciência e vontade e que não possa provocar decisões que lhe interessem de perto.

Destarte, a incapacidade configurada na lei é sempre relativa e não absoluta a ponto de exigir a representação tutelar para a prática dos atos jurídicos.

Na sistemática da lei brasileira, seja no Código Civil, seja na lei especial, o índio sofre restrições da capacidade apenas no seu aspecto relativo, excluindo a lei sua representação, para apenas admitir a necessidade de sua assistência.

"Supõe-se adaptação gradativa à civilização, considerando-se quaisquer delas capazes de direito, mas relativamente incapazes, isto é, incapazes para certos atos jurídicos, nos quais hão de ser assistidos"⁽⁵⁾ (Grifei).

(5) PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 210.

10. CONCLUSÃO

Por tudo quanto até aqui se disse, fica evidenciada a condição de criador artístico do índio brasileiro.

Em tais exemplos, fica demonstrada a violação do direito autoral indígena, inclusive, com a chancela da Fundação Nacional do Índio — FUNAI.

Somente o dono da obra, o criador, portanto, o sujeito do direito autoral, é quem decide de que maneira ela poderá ser explorada comercialmente.

Por isso mesmo, o regime tutelar não tem o condão de elidir essa manifestação, escudado no exercício da tutela. Ao contrário, é dever precípua da Fundação Nacional do Índio — FUNAI e de toda a "sociedade envolvente", o respeito e o apreço pelo índio e pela obra que ele cria. Não se pode desconhecer que pela Lei Maior ele é brasileiro, pela lei da vida um irmão.

A hora é de ouvi-lo e saber de que forma ele pretende que seja usado o seu trabalho de criação artística. É necessário revesti-lo concretamente da proteção autoral que a Lei lhe outorga.

Não se pode olvidar que a sua luta pela sobrevivência enquanto índio é gigantesca, principalmente a que se trava contra a emancipação, sinônimo de sua negação étnica, de sua destruição como raça, trajetória irreversível para transformá-lo no "não-índio".

A hora é mais do que nunca a de sensibilizar os meios jurídicos nacionais, propugnando pela sua atuação atenta e eficaz diante da problemática legal do índio brasileiro, contribuição imprescindível para a formação de uma nova consciência indigenista nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOSTINHO, Pedro. O Índio e o Direito. In: ——— et alii. O Índio e o Direito. Rio de Janeiro, OAB-RJ, s.d., p. 26/62. (Col. OAB/RJ-Debate, I).
- ALBUQUERQUE, Cícero Cavalcanti et alii. IV Maitará, a arte dos Kaiapó. Interior, Brasília, 49: 19-49, mar./abr., 1983.

- BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 1, t. 1.
- BISILLIAT, Maureen et alii. Xingu, Território Tribal. São Paulo, Cultura, 1979.
- COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª ed. atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Lisboa, Livraria Moraes Edt., 1961 (Col. Doutrina, I).
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Justiça para o Índio. Folha de São Paulo, São Paulo, 23 abr., 1983, cad. 1, p. 3.
- DURVAL, Hermano. A Publicidade e a Lei. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 106.
- FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. São Paulo, Saraiva, 1977.
- MELATTI, Júlio César. Índios do Brasil. 3ª ed.. São Paulo, Hucitec: (Brasília): INL, 1980.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. 1.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 5ª ed.. São Paulo, Saraiva, 1966, v. 1.
- MORAES, Walter. Direito à própria imagem. (I) Revista dos Tribunais, São Paulo, 443:64-81, set., 1972.
- . Direito à própria imagem (II). Revista dos Tribunais, São Paulo, 444:11-27, out., 1972.
- PONTES NETO, Hildebrando. O direito autoral e o arquiteto. Pampulha, Belo Horizonte, 7:8-12, ago./set., 1982.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. São Paulo, Saraiva, 1978, v. 1.
- SANTOS, J. M. Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. São Paulo, Freitas Bastos, 1956, v. 8.
- TERENA, Marcos. O índio e o direito. In: ——— et alii. O índio e o direito. Rio de Janeiro, OAB-RJ, s. d., p. 76-80. (Col. OAB/RJ-Debate, I).