

... ouvidor e índio ...

1- Ouvir não significa necessariamente ter que decidir no mesmo sentido que a(s) pessoa(s) ouvida(s).

Há o exemplo de uma decisão do STF confirmando a validade da decisão de um reitor que devia ouvir, e ouviu, a congregação da sua universidade e decidiu em sentido contrário.

2- Há uma contradição em perguntar a quem não tem capacidade plena se está de acordo em ser tratado como plenamente capaz ?

- se for reconhecida ao índio a capacidade de opinar sobre a conveniência da terminação da tutela, isso significa que a própria tutela não se justifica.
- se o índio não puder opinar sobre o próprio sistema de tutela, a simples pergunta sobre a permanência ou eliminação da tutela é viciada.

Artigos 4º, IV, e 19º da Constituição: extinção de possíveis direitos adquiridos anteriormente.

1- Num primeira fase, até final do século 18, considerava-se o poder público acima do direito.

2- Durante o século 19 foi estabelecida uma diferenciação entre atos de império (que eram expressão da soberania) e atos de gestão (que eram atos de administração); só os atos de gestão ficavam sujeitos a limites jurídicos e os atos de império eram arbitrários.

3- As doutrinas mais modernas, inclusive já acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, rejeitam essa diferenciação, afirmando que qualquer ato de poder público necessita de uma fundamentação jurídica e está sujeito a limitações jurídicas.

No caso das "terras ocupadas pelos silvícolas" :

- a União só se poderia apossar de terras que não tivessem dono conhecido e que também não estivessem sendo ocupadas por ninguém.
- a União não poderia considerar devolutas e incorporar ao seu patrimônio as terras que eram ocupadas pelos índios desde tempos imemoriais.

- donde, se ela se apossou de terras ocupadas por índios, agiu contra o direito desde que as terras estejam na posse mansa e pacífica de algum, não pode um terceiro adquirir o domínio pela simples compra (no caso, formal: posse ficta), sem título jurídico.

1- O art. 198 da Constituição diz que "as terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes".

2- A lei nº 6001/73 fala em índio ou silvícola, logo em seu artigo 1º, deixando clara a sinonímia dos vocábulos.

3- O artigo 22, par. único, da lei 6001/73 diz que "as terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, são bens inalienáveis da União (artigos 4º, IV e 198 da Constituição Federal)".

4- O problema consiste em saber se a Constituição declara inalienáveis as terras habitadas pelos índios enquanto grupo étnico diferenciado e independentemente de sua capacidade civil, ou apenas enquanto grupo étnico isolado ou em vias de integração, como definidos no artigo 4º da lei nº 6001/73.

5- Na primeira hipótese, as terras continuariam a ser da União e inalienáveis, mesmo que emancipada a comunidade por decreto do Presidente da República (lei 6001/73, art. 11), ou por lei. Na segunda hipótese, declarada a emancipação, desapareceria a razão da inalienabilidade.

6- A meu ver, a segunda hipótese é a correta. Todo o sistema de proteção aos índios baseia-se não no fato de constituírem eles um grupo étnico diferenciado, mas no de constituírem um grupo étnico com características culturais que o distinguem da sociedade nacional.

7- A emancipação ocorre quando determinada comunidade está plenamente integrada na comunhão nacional, isto é, quando as características culturais não a colocam em plano diferente, sem embargo da conservação de traços próprios.

8- Outra não pode ser a solução. Se a proteção se estendesse a grupos integrados, estaria ocorrendo proteção apenas em função da raça, o que seria contrário à própria Constituição, cujo artigo 153, § 1º, declara todos iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Não seria possível, socialmente, tal distinção que estaria criando um apartheid às avessas. Se uma comunidade índia é emancipada, não há razão para conceder-lhe tratamento especial, sem estendê-lo a outros grupos étnicos que também são pobres, analfabetos e desprotegidos em larga escala.

9- A conclusão é que, emancipada uma comunidade, a terra por ela ocupada continua a pertencer à União mas deixa de ser inalienável.

10- A lei ordinária pode declarar que a inalienabilidade continua, mas pode ser revogada a qualquer momento por outra lei ordinária. E lei alguma pode dizer que as terras continuam a pertencer aos índios porque elas não lhes pertencem e sim à União.

11- Em suma, o projeto de emancipação traz, no mínimo, grandes dúvidas.