

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL	
Data	____/____/____
Coor.	FSDDDDD7D

TUTELA - UMA QUESTÃO DE DIREITO

A tutela aos índios tem sua origem na definição do direito privado -Código Civil Brasileiro- de que o índio é incapaz, relativamente a certos atos ou a maneira de exercê-los.

A análise desta figura merece uma rápida digressão ao passado. A idéia de proteger a pessoa dos índios sujeitando-os a uma tutela orfanológica apareceu em lei em 1831, com a Carta de Lei de 27 de outubro. Esta Carta de Lei revogava a escravidão indígena instituída por Cartas Régias que declaravam guerras a certas nações do interior brasileiro, especialmente os "botucudos" do Paraná e do Vale do Rio Doce. A solução que aquela Carta de Lei encontrou para reparar os danos causados aos índios com o cativo, foi declarar-lhes órfãos, para que os Juizes respectivos os depositassem onde viessem a ter trabalho ou ofício fabril. Não ocorreu às autoridades da época que aqueles índios pudessem ou quisessem voltar ao convívio de seus povos. Mas o sentido da lei era tão somente declarar órfãos aqueles índios que ainda estivessem em cativeiro. Criada a tutela orfanológica para a proteção das relações civis destes índios, a sociedade, o Estado e os Tribunais passaram a interpretar extensivamente a Lei, passando a considerar que todos os índios não integrados no serviço como trabalhadores livres seriam órfãos.

Mesmo depois de abolida a escravatura e proclamada a república continuou-se a aplicar o que a velha Carta de Lei não dizia e todos os índios foram reputados como órfãos.

Quando da redação do Código Civil em 1916, os juristas brasileiros, entendendo necessária uma proteção especial à pessoa do índio em suas relações negociais, reproduziram o sistema criado na extensiva aplicação da 1831. Traduzindo para os conceitos do Direito do começo do século, a idéia da orfandade dos índios passou a ser a relativa responsabilidade.

Não há dúvida que a criação desta proteção civil teve o sentido de efetivamente proteger a pessoa do índio em suas relações negociais. A forma encontrada era a ideal para o estágio de desenvolvimento do Direito à época: a irresponsabilidade gera uma nulidade objetiva, que independe da verificação do dolo ou culpa da outra parte da relação jurídica.

Na prática, porém, com o passar dos tempos, e como o Estado passou a ser o tutor, vale dizer, o administrador dos bens indígenas, a corrupção e o autoritarismo substituíram a proteção pela opressão, esvaziando o conceito da tutela e, ao invés de assistir aos índios para os bons negócios, o substituiu para a prática de saqueio do patrimônio indígena.

Hoje, com o avanço do Direito Público, aquele conceito

da tutela exercido pelo Estado a partir de um instituto de direito privado, ficou obsoleto. O Direito Público tem instrumentos de proteção, que garantem de um lado a intervenção do Estado, independentemente da vontade dos agentes e funcionários e de outro a reparação do dano, apurada a responsabilidade objetiva do causador.

Desta forma, o instituto da tutela deve ser revisto, ele não é juridicamente adequado para a proteção eficaz do índio e de seu patrimônio. Mister se faz a elaboração de um projeto de lei que altere o obsoleto conceito de proteção calcado no Direito Civil e estabeleça um instituto de Direito Público, que obrigue o Estado nas relações negociais indígenas e responsabilize objetivamente os que negociam de forma enganosa ou desastrosa com os índios.

Porém extinguir a tutela orfanológica, simplesmente, pode significar retirar uma garantia aos índios, romper um direito, diminuir uma proteção, o que não pode ser aceito. É preferível a manutenção do instrumento obsoleto, mas que abre, ainda que difícil, a possibilidade de recorrer ao Judiciário para impugnar os atos prejudiciais do tutor infiel, do que deixar os índios em seus atos negociais à merce de um direito que, invariavelmente, protege o capital contra a ingenuidade. Portanto, para a extinção da tutela orfanológica é necessária a criação de uma tutela de direito público, que deve ter outro nome, para evitar confusões.

Outra questão é o momento de se efetuar esta troca de tutelas. A prioridade atual é a questão de terras, de mineração, de revisão constitucional, organização institucional de Estado em relação aos índios. A tutela, embora juridicamente imprescindível a sua substituição, pode esperar até que estas outras leis estejam elaboradas e aprovadas.

Curitiba, 3 de dezembro de 1990  
Carlos Frederico Marés de Souza Filho.