Acervo ISA

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data ___/___/___
Cod. I4D00126

RELACIONAMENTO DO ESTADO COM OS POVOS INDIGENAS

PAULO MACHADO GUIMARAES
ASSESSOR JURIDICO DO CIMI
JANEIRO-1991

Acervo ISA

I - INTRODUÇÃO

Com a promulgação da nova Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988 começou a vigorar no Brasil um conjunto de normas que orientam o funcionamento dos poderes estatais, (Executivo, Legislativo e o Judiciário), o seu relacionamento entre si e com os cidadãos, e os direitos que estes têm no país e como as riquezas existentes no Brasil serão utilizadas.

Parte destas normas constitucionais tratam dos índios, ou seja como eles são considerados, quais os seus direitos e quais as restrições a tais direitos.

Como os dispositivos da Constituição referentes aos índios, modificaram-se em relação a Constituição anterior ampliando-se o tratamento dispensado a eles, tornou-se muito importante analisar estas novas regras para se compreender de maneira precisa como o relacionamento dos índios deve se desenvolver. Em que medida, a atual legislação que trata da situação jurídica dos índios já está alterada e como deverão ser as legislações novas, adequadas ao novo ordenamento constitucional.

As conclusões de um Grupo de Trabalho Interministerial constituído para a definição da política indigenista do governo federal e a realização de um seminário sobre o tema, promovido pela Ação pela Cidadania no auditório da Procuradoria Geral da República levaram a Diretoria do CIMI, em sua última reunião realizada de 30/11 a 3/12/90 a debater o assunto, ocasião em que expus o conteúdo do presente subsídio.

Estas são algumas das questões que tem preocupado os setores indigenistas e principalmente as nações indígenas, razão pela qual foi preparado este subsídio, motivado pela necessidade de que os membros do CIMI e lideranças indígenas, compreendendo os institutos constitucionais e legais possam participar deste debate.

Acervo ISA

II - O TRATAMENTO DISPENSADO AOS ÍNDIOS NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 67/69

Sobre as terras e domínios de inúmeras nações que ocupavam o território continental onde inicialmente, aportaram portugueses, e posteriormente franceses, ingleses, holandeses e sob cativeiro membros de nações localizadas no continente africano, foi se constituindo, o Estado brasileiro.

Considerando a consolidação do Estado brasileiro como um processo através dos períodos colonial, imperial e republicano pode-se afirmar que a presença dos membros de nações genericamente denominadas de indígenas sempre constituiu preocupação para as forças invasoras e de colonização.

As nações que já habitavam o território ocupado, não tinham perspectiva de se tornarem parte integrante de uma comunidade estrangeira, que com o passar do tempo, resultou pela miscigenação, numa comunidade com identidade própria e distinta das que a gerou, autodenominada brasileira.

Como uma das formas de viabilizar a dominação do território prevaleceu entre as forças colonizadoras a idéia de que os ocupantes originarios do territorio invadido, não se constituiam como unidades politicas próprias e independentes, mas como aglomerados de indivíduos sem organização sócio-cultural.

Esta concepção ensejou a criação de mecanismos que tornassem estes indivíduos (gentios) partes integrantes do corpo social dominante.

Acervo ISA

Para tanto os ditos "selvícolas" foram submetidos a uma tutela orfanológica dos juízes substituídos mais tarde pela Igreja católica e finalmente assumida pela administração pública, aos quais eram atribuídos a gestão dos bens indígenas, por serem considerados incapazes para tanto.

1 - A RELATIVA INCAPACIDADE COMO MEIO PARA A INCORPORAÇÃO

Esta concepção foi mantida no período Republicano através do disposto no art. 6º - III e parágrafo único da lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916, que dispõe sobre o Código Civil (conjunto de regras que disciplinam as relações privadas e que ainda está em vigor), cujo teor é o seguinte:

> Art. 6º - São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº III) ou à maneira de os exercer:
>
> 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.

A relativa incapacidade dos índios surge, portanto como meio institucional para submete-los a um regime de tutela, coerente com o que vinha ocorrendo.

Acervo ISA

Percebe-se pela referência legislativa que não havia interesse em viabilizar o respeito e a convivência com grupos distintos em sua organição social e economica.

As forças políticas dominantes na comunidade dita nacional definiram assim, que a existência dos índios no Brasil passava por uma adaptação à civilização do país, a qual veio a ser denominada pela Constituição Federal promulgada em 1934 (art. 5º XIX) mais tarde reafirmado na de 1946 (art. 5º XV-r) e também na de 1967/69 (art.8º XVII-o) como incorporação.

Para se compreender de maneira mais ampla o significado do instituto aplicado aos índios é necessário situar esta legislação no seu contexto histórico.

O código civil foi elaborado nas duas primeiras décadas do século, período em que prevalecia o sistema econômico capitalista liberal, de maneira que o Estado não intervinha nas relações sociais. Daí a importância das regras que disciplinassem o relacionamento entre as pessoas e destas com os bens. O Código Civil era, portanto a legislação básica da vida do país, através da qual regulamentavam-se as relações economicas e onde o mercado tinha o seu balisamento.

A maneira estabelecida pelo Estado, para a circulação dos bens econômicos foi o acordo de vontades, onde firmam-se obrigações, cuja materialização jurídica se dá nos contratos.

Para que um contrato seja válido, um dos requisitos exigidos pelo Código Civil é que as pessoas que dele participam tenham capacidade para praticar atos necessários a transferência de bens ou ao cumprimento de obrigações.

A capacidade civil das pessoas está relacionada a sua compreensão sobre os valores e sobre o funcionamento das relações economicas da comunidade brasileira.

Acervo ISA

O disposto no Código Civil em relação aos índios significa que os legisladores entenderam que os índios:

1º) tinham que participar da comunhão nacional para que as riquezas existentes nas suas terras fossem trazidas ao mercado;

2º) não tinham conhecimento e compreensão do funcionamento da "civilização do país" e que se fossem considerados com capacidade total seriam prejudicados economica e/ou moralmente.

Por isso, a tutela resultante da limitação da capacidade civil dos índios visa dois objetivos relacionados entre si. Um objetivo imediato, consiste na proteção dos índios tutelados, para que não sejam, no relacionamento com a sociedade nacional lesados economica e/ou moralmente. Como consequência da proteção exercida, decorre o outro objetivo de caráter mediato que visa tornar compreensível aos índios o funcionamento da sociedade brasileira, nos seus aspectos morais e economicos, adaptando-os com isso, à comunhão nacional.

Torna-se assim, compreensivel porque a tutela aos índios sempre ficou submetida a órgãos públicos. Na República, o Serviço de Proteção aos índios, substituido em 1967, pela FUNAI, representando a União Federal, teve como tem a responsabilidade da tutela, porque o seu objetivo final, a incorporação, é a perspectiva de relacionamento do Estado brasileiro, razão pela qual somente poderia ser exercida por agentes do poder estatal.

Nesta ótica creio na compatibilidade da perspectiva incorporativista com a garantia a posse da terra pelos índios e ao usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas existentes, também previsto constitucionalmente desde 1934.

Às forças dominantes da sociedade nacional interessa que a utilização das riquezas existentes nas terras indígenas, ocorra conforme a ótica do sistema econômico predominante na comunidade brasileira, ou seja o capitalismo. Reside neste propósito ideológico a base da incorporação.

2 - DESRESPEITO A IDENTIDADE ÉTNICA E CULTURAL

Neste contexto, a preservação pelos membros das nações indígenas de suas identidades étnicas e de seus valores culturais emerge como questão vital a existência dos povos indígenas.

O disposto no art. 4º III da lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do índio remete à percepção de que o Estado não tem clara determinação na preservação étnica e cultural dos Povos Indígenas, não obstante o propósito indicado no art. 1º da mesma lei.

O referido dispositivo legal considera índios integrados:

> "Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, <u>ainda que</u> conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura" (grifei)

Como se pode perceber a conservação cultural pelos índios incorporados, não constitui, sob a ótica do inciso III do art. 4º da lei 6.001/73 objeto de preocupação estatal

A preservação cultural é, neste sentido uma possibilidade para a qual, contraditoriamente ao previsto no art. 1º do diploma legal indigenista, não consiste em orientação para a realização da incorporação.

3 - INCORPORAÇÃO

Incorporação à comunhão nacional significa que o índio incorporado deixou de ser relativamente incapaz e assim deixou de ser tutelado pelo órgão federal de assitência ao índio. Quer isto significar também, que o relativamente incapaz, tutelado, emancipou-se.

O Estado, por considerar a eliminação da tutela, ou melhor a consideração de que o indivíduo já atingiu a plenitude de sua capacidade civil, uma questão cuja aferição comporta significativos aspectos subjetivos, subordinou-a à expressa manifestação do índio (arts 9º e 10º da lei nº 6.001/73) ou comunidade interessada (art. 11 da lei nº 6.001/73) perante a justiça ou à administração pública, porém, desde que preenchidos os requisitos relacionados no art. 9º do Estatuto do índio.

Acervo ISA

4 - AS TENTATIVAS DE INSTITUIR A INCORPORAÇÃO FORÇADA

Provavelmente por perceberem que os índios não têm como nunca tiveram perspectiva de se incorporarem à comunhão nacional, já que nenhum pleiteou sua emancipação ou liberação do regime tutelar, em 1978 o governo federal, de maneira ilegal e arbitrária pretendeu, através de Decreto instituir a emancipação compulsória desde que preenchidas as condições relacionadas no art. 9º da lei nº 6.001/73.

Devido à forte reação dos índios, de entidades indigenistas não governamentais, parlamentares da oposição e personalidades nacionais, esta tentativa da ditadura militar não prosperou.

Apenas em 1983 através do Projeto de Lei do então parlamentar anti-indígena, João Batista Fagundes (PMDB-RR) tentou-se, novamente sem éxito, fixar-se a emancipação compulsória.

A rigor a plena capacidade civil não elimina os direitos indígenas sobre suas terras e riquezas naturais nem retira do emancipado sua identidade étnica. O grave nesta iniciativa está na ausência de mecanismos de proteção ao patrimônio e à pessoa dos índios quando da realização de atos negociais (contratos), ja que para a manutenção de suas vontades não necessitariam de assistência tutelar. Dessa maneira as riquezas naturais existentes nas terras indígenas seriam alienadas pelos próprios índios para a satisfação de necessidade de bens de consumo criada pelo contato; já que associaria-se a tal medida a redução ou eliminação, como ocorre no momento, da assistência governamental.

Acervo ISA

5 - ALCANCE DA TUTELA E CONSEQUÊNCIA DO SEU EXERCÍCIO ARBITRÁRIO

Cabe ainda assinalar que a relativa incapacidade não significa que o sujeito da tutela não tem condição de expressar validamente sua vontade. Esta é a base da assistência atribuída ao relativamente incapaz.

A tutela exercida sobre os índios limitava-se apenas à pretenção de assistência ao índio, por ocasião em que este fosse praticar algum ato da vida civil, ou seja quando fosse formar um contrato, seja de compra e venda de uma casa, da produção de farinha da comunidade, de um caminhão ou trator.

Em situações como estas a função do tutor era de auxiliar o índio ou sua comunidade no sentido de que não fossem prejudicados na compra de um bem, por exemplo, através do pagamento de um preço elevado e da aquisição de um objeto em condições inadequadas ao preço pago. Nestas circunstâncias o agente do órgão tutor deveria intervir para evitar a lesão, ou posteriormente promover a anulação, em juizo, do contrato.

O exercicio da tutela jamais autorizou a qualquer funcionário do órgão tutor a substituir a vontade do índio tutelado, e desconsiderá-la ou a determinar o que os indios poderiam ou não poderiam fazer.

Estas práticas, constituem exercício abusivo da tutela e implicam, considerar os índios absolutamente incapazes, já que o tutor não os estaria assistindo, mas os estaria representando.

Acervo ISA

III - CONTEXTO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE 1988

1 - A substituição da perspectiva incorporativista pelo respeito à diversidade étnica e cultural é o aspcto central que fundamenta a nova base de relacionamento dos povos indígenas com o Estado.

Constata-se tal modificação na ausência de previsão constitucional para incorporação e no disposto no art. 231 da Constituição, onde:

> "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, linguas, 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.

O reconhecimento constitucional à organização social, aos costumes, línguas, crenças, tradições e aos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios significa que o Estado brasileiro considera os índios como grupos sociais com valores culturais e históricos próprios.

Esta circunstância resulta no reconhecimento expresso dos índios enquanto nações, dado que os elementos constitutivos do conceito de nação são relacionados no referido dispositivo constitucional.

Acervo ISA

2 - O CARÁTER PLURINACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

O fato das nações indígenas estarem constitucionalmente reconhecidas não constitui, ao contrário do que algumas pessoas creem e divulgam, qualquer problema para a estabilidade do Estado brasileiro, posto que, eventualmente, algumas nações pudessem vir a pleitear sua independência e separação do mesmo.

Tais argumentos não procedem uma vez que a possibilidade de eclosão de um pleito separatista não está vinculada ao prévio reconhecimento jurídico de uma realidade sócio-cultural.

A Constituição de um Estado independente, originário de parte de um outro Estado consiste em problema de natureza política e que pode surgir em grupos sociais não reconhecidos como nações.

Tudo irá depender da capacidade de equacionamento da convivência respeitosa com os grupos sociais etnicamente diferenciados, assegurando-se-lhes plenas condições de existência e expressão.

A unidade política e institucional do Estado não é afetada pela existência de várias expressões nacionais. Este reconhecimento representa uma maneira de se afirmar o respeito às várias diversidades étnicas existentes no território jurisdicionado ao Estado brasileiro.

Por esta razão afirma-se que o Brasil é um Estado plurinacional, já que existem membros de várias nações étnica e culturalmente distintas, os quais são cidadãos do mesmo Estado.

Acervo ISA

Neste sentido é necessario ter-se claro que o conceito de nação baseia-se na conjugação de fatores socio-culturais, enquanto o conceito de Estado está calcado em aspectos de natureza política. Daí a possibilidade de existir um Estado formado por várias nações, um Estado constituido por uma única nação, bem como é possivel verificar a existência de nações que não tenham assumido a vontade política de auto-determinarem-se, exercendo poder soberano sobre seu território, suas riquezas e seu destino enquanto comunidade historicamente constituída, ou seja, como Estado.

3 - A AUTONOMIA DAS NAÇÕES INDÍGENAS

Como decorrência do reconhecimento das nações indígenas a Constituição, no mesmo art. 231, determina o respeito a todos os seus bens, sua proteção e a obrigação de se explicitar os limites das terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Reside na obrigação do respeito a todos os bens indígenas o fundamento do instituto da autonomia no qual passa a se basear o relacionamento dos povos indígenas com o Estado.

A determinação de respeito aos bens indígenas impõe um condicionamento a validade de atos de qualquer natureza sobre tais bens.

Como se sabe o Estado tem no seu poder normativo e coercitivo, a base de sua atuação, é a materialização de sua soberania, ou seja, cabe ao Estado determinar as normas de conduta nos limites de seu território e, caso não as veja cumpridas, obrigar os descumpridores, coagindo-os a tanto.

Estes poderes normativo e coercitivo também são exercidos sobre os povos indígenas.

Ocorre que o Estado somente poderá definir regras de conduta que se apliquem às comunidades indígenas e obrigar o seu cumprimento, desde que estas normas e a coerção estatal, respeitem os ben indígenas.

Estes bens são de natureza material (riquezas naturais e patrimonio) e imaterial (valores culturais), estando contidos neles, todos os aspectos reconhecidos expressamente no art. 231 da Constituição.

O respeito de que trata o dispositivo constitucional consiste num condicionante a validade de atos estatais e mesmo no relacionamento com pessoas naturais e jurídicas de direito privado ou público.

Ao reconhecer as nações indígenas e determinar o respeito aos seus bens, o Estado brasileiro admite a existência de ordenamentos jurídicos dos povos indígenas, como fontes reguladoras de conduta, de maneira que as normas estatais, de natureza infra-constitucional não prevaleçam sobre o ordenamento jurídico das comunidades.

Estabelecendo este condicionamento à ação estatal, o qual constitui certa limitação do poder soberano do Estado sobre os territórios e as comunidades indígenas o poder constituinte originário gravou os povos indígenas com o instituto da autonomia.

No Brasil as comunidades indígenas são autonomas para definirem o funcionamento das matérias que lhes dizem respeito, acatando as normas estatais desde que não agridam seus valores e bens.

Acervo ISA

O relacionamento dos povos indígenas no Brasil deve ser analisado sempre sob o prisma do instituto da autonomia, aferindo-se na realização de qualquer ato jurídico, se os bens de determinado grupo indígena estão sendo respeitados, caso contrário o ato estará eivado de nulidade por visar objeto ilícito, o qual será sempre o desrespeito à diversidade étnica e cultural consagrado no art. 231 da Constituição Federal.

4 - A PROTEÇÃO DEVIDA

A ação do poder público federal, no exercício da obrigação constitucional de proteger todos os bens indígenas também deverá considerar o fato de que ao ingressar num território indígena está adentrado em região autonoma da República onde sua obrigação constitucional deve estar profundamente adequada nos valores da comunidade em que se encontra. Constatada alguma infração penal o agente do Poder Público deve agir de ofício, exercendo seu poder de polícia em consonância com os valores da comunidade.

Não alcança ao Estado a possibilidade de autorizar o ingresso de pessoas em terras indígenas. A autorização consiste em figura jurídico-administrativa no qual o agente do poder público a quem competir apreciar o pedido de autorização pode discernir sobre a convivência ou não da autorização, não tendo o requerente direito subjetivo algum ao ingresso.

Com efeito, quem possui o poder de autorizar o ingresso de qualquer pessoa em uma terra indígena é a própria comunidade, através das formas próprias de organização social, imaginar que o Estado tem este poder significa admitir a ausência de autonomia dos povos indígenas. Implicar no confinamento dos índios em suas terras, constrangendo sua comunicação a quem o Estado, através do discernimento de um de seus agentes, houver por bem permitir. Tal concepção assemelha-se a medidas adotadas a tratamentos arbitrários de guerra em campos de concentração.

Acervo ISA

IV - A REPERCUSSÃO DO NOVO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA

A ausência de previsão constitucional no sentido de se promover a incorporação dos índios à "comunhão nacional" consiste em inequívoca opção do poder constituinte originário em alterar as bases de relacionamento com os índios. Do contrário, manteria-se tal previsão a exemplo das Constituições Federais de 34, 46 e 67/69.

Por este motivo é que se sustenta estarem derrogados, ou seja perderam a validade e vigência, os dispositivos legais do código civil, da lei que criou a FUNAI, do Estatuto do índio e de outros atos normativos que se referem a incorporação.

Estando, portanto eliminada a perspectiva incorporativista, o objetivo final da tutela aos índios deixou de existir.

Não mais havendo tal função, a limitação da capacidade civil dos índios deixou também de ter sentido.

A dimensão protetiva da tutela, enquanto objetivo imediato é ,agora, substituída pela determinação constitucional atribuída à União Federal para proteger os bens indígenas, no intuíto de que sejam respeitadas.

O fundamento que orientava o relacionamentop com os índios nos marcos do Código Civil e da Constituição passada consistia na preocupação de viabilizar o conhecimento e compreensão dos índios sobre os valores e o funcionamento da sociedade nacional para que seus atos civis fossem praticados validamente Com isso estariam, no dizer do Código Civil, "adaptados a civilização do país" e de acordo com a Constituição de o7/69 e da lei nº 6.001/73, incorporados.

Acervo ISA

Percebe-se que nesta ótica de relacionamento cabia aos índios, o esforço para integrarem-se a sociedade brasileira.

Com a promulgação da nova Constituição este fundamento é radicalmente alterado. O respeito à diversidade étnica e cultural é o que norteia o relacionamento com os índios.

Cabe ao Estado, aos cidadãos, aos estrangeiros e às pessoas jurídicas constituídas ou em funcionamento no Brasil compreenderem e conhecerem os valores das comunidades indígenas com quem venham a se relacionar, de maneira que seus bens sejam respeitados.

Dessa forma, a equação jurídica se inverteu. O esforço para a compreensão e convivência com os povos indígenas agora é da sociedade brasileira.