

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data _____/_____/_____
Cod. ISD 0001 13

Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Advogado

INDIOS E DIREITO: O JOGO DURO DO ESTADO

1. OS INDIOS E O SEU DIREITO.

As concepções dogmáticas do Direito negam a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito Estatal seja único e unipresente. O exemplo do Brasil, porém, com a existência de várias Nações indígenas com maior ou menor contato com a sociedade brasileira, fazem por desmentir aquelas concepções, uma vez que cada uma das Nações indígenas tem o seu próprio Direito, por ele se regem e dele extraem a fonte de convivência harmônica.

As relações de família, propriedade, sucessão, casamento e crime, são, numa sociedade indígena, nitidamente reconhecidas por toda a comunidade, de tal forma que se estabelece um sistema jurídico complexo, com normas e sanções. A variedade de sanções corresponde a importância da transgressão e a legitimidade da norma e da sanção não é questionada porque não deriva de um poder acima da comunidade, mas da própria comunidade que a estabelece no processo social e de acordo com as necessidades do grupo.

É fácil, porque transparente, observar a existência do direito nas regras penais; assim nos relata Alcida Ramos: "Quando uma ação criminosa é consumada, aplica-se, então, a punição correspondente: ostracismo, expulsão ou mesmo morte" (1). Não são menos "visíveis" as regras do casamento nas culturas indígenas, a tal ponto de haver quem afirme que as opções de liberdade individual em relação ao casamento sejam quase nulas numa sociedade tribal.

Por terem um direito próprio e por se organizarem segundo os parâmetros de sua sociedade, conceitos como o território e povo e as relações com os brancos e com outras comunidades são compreendidas e vistas a partir de seus valores culturais que geram normas exigíveis e puníveis. As explicações para os fenômenos do mundo, inclusive a invasão de seus territórios pelos brancos, são dadas pelo seu sistema sócio-cultural, exatamente por isto, é muito diferente a reação de cada povo indígena às invasões ou existência de estranhos em suas terras (2).

A existência de um Direito entre os povos indígenas, e seu reconhecimento, não é uma polêmica recente, mas remonta ao início das invasões européias em território americano. É significativo o fato do frei Bartolomé de Las Casas ter escrito vasta obra em defesa deste princípio e, ainda assim, não ter sido aceito ou entendido. Muito contestado, mas com muita paixão, dizia Las Casas naqueles idos de 1500: "Cualesquier naciones y pueblos, por infieles que sean, (...) son pueblos libres, y que no reconocem fuera de sí ningun superior, excepto los suyos propios, y este superior o estes superiores tienen la misma plenísima potestad y los mismos derechos del príncipe supremo en sus reinos, que los que ahora posea el imperador en su imperio" (3).

Os poucos juristas que tratam da História do Direito brasileiro, fazem referências ao direito pré-colombiano, como se as Nações indígenas tivessem existido apenas até o advento do Estado Brasileiro. Esta interpretação etnocêntrica, pressupõe a unicidade do Direito Estatal de tal forma que só admite direitos das sociedades indígenas enquanto não houve Estado, português ou brasileiro, que providenciasse um Direito único e de fonte exclusiva ou, pelo menos prioritária, a Lei. Em todo caso, nestas análises e estudos, há um marcante desconhecimento e mesmo referência a existência ainda hoje de grupos e nações indígenas, algumas das quais sem praticamente nenhum contato com a sociedade brasileira. A guisa de exemplo, é interessante analisar o livro do Prof. João Bernardino Gonzaga, que, admitindo a existência do Direito em povos não organizados estatalmente, já a partir do título que deu a seu trabalho: "O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil" (4), descarta a possibilidade daquelas normas e sanções estarem sendo aplicadas ainda hoje pelas remanescentes indígenas. Além disso a leitura do livro ressalta todo o preconceito da sociedade européia em relação aos povos americanos, são constantes termos como primitivismo, estado tosco de organização social, etc. Mas o grande equívoco em relação às análises do Direito Indígena é a tentativa de encontrar traços comuns a todas as Nações, fazendo tábula rasa das profundas diferenças sociais e culturais de cada um dos povos indígenas que vivem e vivem em território brasileiro. João Bernardino Gonzaga faz expressa referência a este fato, afirmando ser muito difícil o estudo do direito penal indígena exatamente porque são "incon-

táveis os grupos" existentes. Ainda assim se propõe a fixar as idéias comuns a todos eles. Esta determinação de colocar todos os povos indígenas em uma única categoria gerou o termo único "Índio" e a "língua-geral", pela qual os missionários queriam que todos os povos os entendessem e se entendessem entre si. Em língua, cultura ou direito, negar a diversidade é exercer preconceito e discriminação, é evidente a existência de línguas, culturas e direitos diferentes e que até hoje sobrevivem, a duras penas é verdade, na sociedade brasileira. Hoje, ainda são mais de 170 grupos com línguas, que praticam essas diferenças e que organizam a sua vida segundo normas jurídicas que nada têm a ver com o direito estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais mecanismos do Estado.

Mas, o Direito Estatal não admite que esse conjunto de regras que organiza e mantém organizada uma sociedade tribal possa ser reconhecido como Direito e acatado como tal. Basta a análise do artigo 7º da Convenção 107 da OIT sobre populações indígenas e tribais para se ter claro esta negação: "Artigo 7º-1. Ao serem definidos os direitos e obrigações das populações interessadas, será preciso levar-se em conta seu direito costumeiro. 2. Tais populações poderão conservar seus costumes e instituições que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou com os objetivos da integração". Na mesma linha, sem reconhecer a existência do direito costumeiro, porém, o artigo 6º da Lei Brasileira 6001/73 - Estatuto do Índio: "Artigo 6º-Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos e negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum. § Único: aplicam-se as normas de direito comum nas relações entre índios não-integrados e pessoas estranhas à comunidade, exceptuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei" (5).

O tratamento que o Direito Estatal dá ao Direito indígena é o de usos e costumes como fonte secundária do Direito. Vale dizer, o Direito indígena não é Direito nem sua fonte, mas quando a Lei, que se confunde com o Direito não tratar ou não for clara ou não for necessária, aplicar-se-á a regra costumeira.

2. O ÍNDIO E O DIREITO DO ESTADO

Claro está que no momento que se segue ao contato de um grupo indígena e a sociedade brasileira, há uma perplexidade do grupo em relação às novidades que traz o alienígena. A relação que se estabelece com os novos vizinhos é diferente de grupo para grupo, já seja pela forma como se dá o contato, já seja pela própria concepção cultural do grupo. Assim, a forma como cada Nação indígena vê o Direito do Estado Brasileiro difere e deve ser objeto de análise separada. Cada uma delas tem a sua própria concepção, experiência e nível de análise.

Porém há uma coisa que é comum a todas: enquanto o Direito de cada uma das Nações indígenas é o resultado de uma cultura aceita e professada por todos os habitantes igualmente, inclusive na aceitação das diferenças, o Direito Estatal Brasileiro é fruto de uma sociedade profundamente dividida, onde a dominação de uns pelos outros é o primado principal e o individualismo o marcante traço característico. Desta forma, a distância entre o coletivismo e o individualismo, é que diferencia o Direito Indígena do Direito Estatal. Daí decorre outra diferença básica: os Direitos Indígenas são estáveis porque nascidos de uma praxis de consenso social: não há instâncias de modificação; o Direito Estatal, tendo o legislativo como sua instância modificadora, está em permanente modificação.

Exatamente esta possibilidade de modificação, esta "instabilidade" do Direito é que é mais nitidamente entendida pelos indígenas e foi traduzida com poesia e eloquência pelo Índio Paiarê-parkategê do sul do Pará - numa afirmação corajosa e simbólica: "A lei é uma invenção. Se a lei não protege o direito dos Índios (sobre suas terras), o branco que invente outra lei" (declaração de Paiarê em 1985, por ocasião das discussões sobre a passagem da linha de ferro Carajás, em território de seu povo).

Tem razão o Índio Paiarê. De fato, o Direito Estatal é Lei. Lei é sua fonte, sua matriz e sua legitimidade. E a Lei é criada - ou inventada - por um grupo de homens, que teoricamente representam toda a sociedade, mas que não raras vezes legislam contra o interesse da Nação. De qualquer forma, numa sociedade dividida como a nossa, a Lei é a "invenção" de uns contra os outros. O que Paiarê desejava é que a lei fosse a invenção de uns a favor dos outros.

Iniciava o processo constituinte no Brasil, em

1986, e os Índios Macuxi me questionaram para que servia uma Constituição. Não com pouca dificuldade pude lhes explicar. E tive certeza que tinham entendido não só o que é Constituição, mas o próprio Direito Estatal, quando comentaram alegres: "vamos nós também fazer uma Constituição e dizer o jeito que a gente deixa os brancos entrarem em nosso território".

Se esta compreensão existe, é muito difícil aos Índios perceberem instituições como a propriedade privada, a tutela a que são submetidos ou a existência de determinados crimes e contravenções penais, mas assim mesmo, o Estado não tem dúvidas em impor o seu Direito, que deixa de ser artigo de proteção, para sê-lo de submissão.

3. O INVENTADO DIREITO DO ESTADO E DO ÍNDIO

Tanto na Convenção 107 da OIT, como na Lei Brasileira, como já foi dito, não há o reconhecimento de um Direito Indígena, mas tão somente a necessidade de, ao ser estabelecido um Direito Estatal para os Índios, levar-se em conta o direito costumeiro, os usos, costumes e tradições indígenas, sempre e quando não entrem em choque com o sistema jurídico nacional. No choque, diz a lei, prevalece a vontade do Estado.

Está clara a idéia de que o Estado deve criar uma legislação especial para as populações indígenas, na verdade para suprir uma lacuna no Direito Nacional. A grande dificuldade, porém, é justamente criar uma lei ou conjunto de leis que regulem as relações jurídicas entre Índios, entre Índios e sociedade brasileira e entre Índios e Estado. Maior dificuldade ainda quando a base desta criação é o Direito Privado brasileiro, especialmente quando se visa tratar de conceitos como pessoa jurídica, propriedade, posse, etc. Ocorre que todas estas relações têm um caráter eminentemente público, coletivo, nas relações indígenas, não existe o caráter individualista e privado do Direito positivo brasileiro. De fato, a idéia de grupo indígena, de comunidade, povo, ou nação, não é o de uma pessoa jurídica de direito privado, já que não é composta de número certo de pessoas, nem tem seu patrimônio divisível em partes ideais, é insuscetível de aquisição mortis causa. O direito de cada membro desta sociedade em relação ao seu patrimônio é exatamente igual ao que qualquer cidadão de cidade tem sobre a praça ao lado de sua casa. Trata-se de um patrimônio público.

Mas os grupos indígenas diferem do Estado brasileiro, seus bens não são bens comuns de todo o povo brasileiro, mas tão somente dos membros de uma sociedade menor e identificada entre si, que não vende cotas e que para admitir novos sócios basta um nascimento, uma adesão familiar ou talvez um forte laço de amizade. Esta sociedade em nada se parece com as sociedades comerciais em que a morte ou afastamento de um "sócio" abre um processo de sucessão. Alguns juristas querem ver nas referências da lei brasileira à comunidade indígena uma sociedade de fato, não de direito (6), porque a lei rigorosamente se cala na definição por uma razão mais profunda do que simples omissão. É evidente o caráter público da comunidade indígena; em tudo esta pessoa jurídica se parece com um Estado, aliás por isso confundiu-se Bartolomé de Las Casas, atribuindo poderes e direitos de reinos às Nações indígenas, e em nada se parece com uma pessoa jurídica privada, civil ou comercial, não tem nada a ver com uma sociedade de fato, assim definida pelo Direito Estatal. Porém, admitir que um grupo indígena tenha personalidade jurídica pública, anterior ao próprio Direito do Estado e independentemente de registro cartorial, significa equipará-la a um órgão de Estado ou, dito em outras palavras, significa reconhecer-lhe atributos de Nação, e isto fere um dos postulados básicos do positivismo: a um território corresponde uma Nação regida por um único Estado.

Não era possível, portanto, solucionar este impasse com regras comesinhas do Direito Privado, mas, o talento e a criatividade do legislador brasileiro "inventou" uma solução: dar às comunidades indígenas direitos assemelhados ao de uma pessoa jurídica, sem definir-lhe o caráter e sem dizer expressamente como, onde e porque se forma esta personalidade. Vejamos mais de perto alguns destes dispositivos legais: Artigo 37 do Estatuto do Índio (Lei 6001/73): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa de seus direitos em juízo, (...)". Este artigo não só reconhece a titularidade de direitos às comunidades indígenas e grupos tribais, como lhes garante o ingresso em juízo para sua defesa; os artigos 39 e 40 da mesma lei são ainda mais claros; Artigo 39: "Constituem bens do Patrimônio Indígena: I - as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas; (...)", Artigo 40: "São titulares do Patrimônio Indígena: (...) II - o

grupo tribal ou comunidade indígena determinada, quanto à posse e usufruto das terras por ele exclusivamente ocupadas, ou a ele reservadas; III - a comunidade indígena ou grupo tribal nomeado no título aquisitivo da propriedade, em relação aos respectivos imóveis ou móveis", mas é ainda outro artigo da mesma lei que afirma o direito das comunidades indígenas adquirirem domínio nos termos da lei civil: Artigo 32: "São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil".

Porém, se a lei atribui este conjunto de direitos sem definir a personalidade jurídica das comunidades e grupos tribais, gera uma contradição em relação ao domínio das terras indígenas. Uma propriedade, para o Direito Estatal, ou é pública ou é privada. Cada uma delas tem um regime diverso, mas fundamentalmente, enquanto a propriedade privada pode e deve ser individualizada, ainda que idealmente, a propriedade pública é indivisível, a privada tem que ter proprietários certos e definidos, a tal ponto que as heranças jacentes retornam ao Estado como coisa pública. E nas terras indígenas não há apropriação privada, até porque o próprio Direito indígena assim não o admite. Quando tudo parecia perdido para o Estado, isto é, quando parecia não haver outra solução senão atribuir caráter público à personalidade das comunidades indígenas, o gênio legislativo brasileiro "inventou" mais uma talentosa saída: separou a posse da propriedade e atribuiu, de forma intensionalmente confusa, o domínio de todas as terras indígenas ao Estado brasileiro. Neste "todo domínio", inclui aquele domínio que a lei assegura às comunidades e grupos tribais. Raro proprietário, o Estado, não tem neste caso nenhum poder. A destinação das terras é dada constitucionalmente para posse e usufruto exclusivo dos índios (sabidamente aqui não se fala de grupos ou comunidade), e o que é mais importante, esta propriedade estatal depende da pré-existência da posse indígena: para que seja patrimônio da União Federal, é mister que seja ocupada por índios ou tenha índios que a habitem, subversão de valores jurídicos tradicionais, a posse, aqui, determina a propriedade, e muito distante do instituto da usucapião, a posse, aqui, determina a propriedade não do possuidor, mas de um terceiro que não havia entrado na história, o Estado.

Muito antes desta elaborada "invenção", em 1916, o Código Civil Brasileiro estabelecia que os índios seriam incapazes relativamente a certos atos ou ã maneira de exercê-los. Isto significa que foi criada uma tutela orfanológica para a proteção dos índios brasileiros, de cuja boa intenção não se pode duvidar. Mas o tutor ficou logo estabelecido que seria o próprio Estado.

Esta tutela criada pelo Código Civil teve em vista a proteção do indivíduo índio, da pessoa do índio, mas em 1973 quando foi criado o Estatuto do Índio, o regime tutelar se estendeu às comunidades indígenas, remarcando a personalidade destes entes coletivos (Artigo 79 da citada lei).

Estes conjuntos de normas jurídicas positivas, que compreendem disposições de Direito Constitucional, Civil, Penal, Administrativo, foram todos elaborados sob a idéia de provisoriidade da situação indígena, isto é, acreditando que um dia os índios se integraram ã sociedade nacional, deixando de ter utilidade normas especiais de proteção e bastando o direito legislado para o comum dos cidadãos. Esta concepção, fundada no etnocentrismo, é incapaz de ver no futuro a possibilidade de uma Nação pluriétnica ou um Estado multinacional.

Mas, apesar dos equívocos evidentes de conteúdo e de forma de elaboração, as Normas do Direito Estatal Brasileiro em relação aos índios são protetoras e sua efetiva aplicação poderia garantir a sobrevivência destas sofridas populações.

4. O JOGO DURO DO ESTADO

Este conjunto de normas jurídicas, elaborado pelo Estado dentro dos preceitos formais e materiais de legitimidade e que, para a Ciência Jurídica, assume singular status de Direito, único e exclusivo num território, acaba sendo uma mera invenção abstrata, já que sua eficácia, que deveria ser protetora aos índios e suas comunidades, é duvidosa e não tem sido suficiente para coibir as invasões das terras e as agressões ã cultura e vida indígenas.

De fato, não resta dúvida de que a tutela, a propriedade estatal das terras indígenas, a posse coletiva, permanente e exclusiva, a titulariedade dos bens do patrimônio indígena e a capacidade processual das comunidades, apesar de isolados protestos em contrário, são leis e, portanto, Direito. Mas,

ironia dramática, não são suficientemente fortes para se fazerem valer perante um Poder Executivo que, débil, depende dos fortes e agride aos fracos, e perante o Poder Judiciário que, inerme, aguarda que o empurrem, impulsionem, ativem.

O Poder Executivo criou uma Fundação Pública - a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) - para exercer a tutela sobre os índios. Tutor poderoso, administra os bens dos tutelados, contrata em nome deles, à revelia, contra determinação legal vende madeiras em Parques Indígenas e age, sempre, conforme os interesses do Estado, de que é parte. O interesse do Estado, porém, hoje no Brasil está muito mais próximo dos madeireiros, mineiros, grandes fazendeiros, do que dos índios e a Fundação, não podendo atender a dois senhores, serve somente ao Estado, o tutor dos índios é, na verdade, o executor de uma política estatal contra os índios.

É curioso observar que quanto mais fraco o governo federal, mais nefasta é a ação e a política indigenista. A relação é direta: quanto mais fraco e desmoralizado o governo, mais depende dos poderes econômicos e menos funcionam os órgãos de proteção. Isto vale para o patrimônio ambiental, cultural, e vale também para as populações mais marginalizadas, das quais os grupos indígenas se destacam.

Em nenhum momento da História recente do Brasil, a política indigenista e a ação do órgão de proteção foi mais negativa para as populações indígenas como neste Governo Sarney e a razão não é outra que a própria debilidade do governo, que acaba por atender os interesses econômicos contra os direitos dos índios.

A tutela transformou-se, na ação governamental, em administração direta dos bens do tutelado, no interesse do próprio tutor. A garantia de que a propriedade estatal dá às terras indígenas deixa de existir na medida em que o próprio Estado nega sua existência; exemplo disto é a definição do Conselho de Segurança Nacional que não recomenda, e na prática até proíbe, a constituição de Parques Indígenas em faixa de fronteira, os índios que ocupam estas áreas não estão logrando reconhecer seus direitos as terras.

Da mesma forma, a Funai tem frustrado o direito a posse permanente e exclusiva, negando a qualidade de índio a determinados grupos ou a seus representantes. (Os Ticuna entraram

com ação no Juízo Federal do Amazonas, para ver declarado o caráter indígena de suas terras; não só não obtiveram a assistência da FUNAI, como foram surpreendidos com uma contestação dela e da Procuradoria da República, que negam legitimidade àqueles índios). A titulariedade do Patrimônio é exercida pela FUNAI, fazendo letra morta a "invenção" do legislador brasileiro, prova disto são os inúmeros contratos de exploração de madeira, na Amazônia, firmados pela FUNAI e madeireiros, sem a participação dos índios e não raras vezes contra a sua vontade.

Pela ação do Poder Executivo, o direito positivo, escrito com audácia e inventividade, passa a ser mera posição de princípio, proposta para futuro, ideais a serem atingidos. Mas resta aos índios e suas comunidades, a via judicial para fazer valer seus direitos, descritos e garantidos com clareza na Lei. Somadas ao fato de o Poder Judiciário ter um acesso penoso e difícil a qualquer cidadão brasileiro, os índios enfrentam barreiras intransponíveis para chegar ao Judiciário. É claro que excepcionalmente o Poder Judiciário brasileiro tem conhecido e decidido causas indígenas patrocinadas diretamente pelas comunidades (são exemplares as possessórias dos Guarany de São Paulo) (7), e, nestes casos têm tido decisões favoráveis. Para que isto possa ocorrer, porém, a primeira dificuldade a vencer é o próprio tutor - a FUNAI -, que via de regra está contra. Quando os índios conseguem entender esta primeira contradição certamente já sofreram tantas desilusões e derrotas que a extensão de seu direito já foi reduzido ao mínimo, isto é, seu território (normalmente as disputas são por terra) já não é mais do que uma pequena parte daquilo que foi. Mas sempre há o que defender e, então, é necessário que haja um advogado disposto a defendê-los em juízo e nem sempre há um amigo que conheça este especialíssimo direito e, sem remuneração, aceite ser seu procurador.

Em juízo, o formalismo começa seu trabalho avassalador: os índios tem que provar que são índios (a FUNAI nem sempre ajuda, quando não atrapalha deliberadamente); têm que provar a forma de representação da comunidade, como a lei não cria claramente a personalidade jurídica das comunidades, não indica como ela se representa, é necessário fazer longos exercícios de antropologia para comprovar a legitimidade da representação na cultura, usos, costumes e tradições daquele grupo em especial. E depois, saneadas as primeiras dificuldades processuais, resta

aos índios discutir apenas posse, tendo em vista que o proprietário de suas terras, o Estado, nem sempre joga a favor. Apesar da posse indígena ser altamente privilegiada em relação ao domínio, isto vale apenas na relação entre proprietário e possuidor, não entre possuidores distintos, a ação é possessória de qualquer forma.

Está claro que não se pode cogitar de apelo ao Poder Judiciário quando o grupo indígena sequer fala português ou não logra entender a existência do Estado brasileiro. Não vão jamais se fazer representar em juízo, e este é o caso de várias Nações indígenas da Amazônia. Outros casos em que está distante a possibilidade de participação do judiciário são aqueles em que o órgão tutor convence o povo indígena que é melhor aceitar, em suas terras, ferrovias, rodovias, mineração e extração de madeira para viabilizar pequenos e temporários confortos e vantagens materiais.

E assim, o Direito Estatal que protege, fica cada vez mais longe de quem deve ser protegido e o Direito costumeiro de cada um dos povos indígenas vai virando passado pela morte, extermínio, aniquilamento cultural dos indígenas que, a duras penas, ainda sobrevivem no Brasil.

Sendo assim, com este Direito e com este Estado, fica muito modesto o apelo de Paiarê, não basta inventar uma outra lei, é necessário inventar outro sistema jurídico.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Abril de 1988

NOTAS DE REFERÊNCIA

1. RAMOS, Alcida Rita. Sociedades Indígenas. São Paulo, Ática, 1986, 96 pgs.
2. MELATTI, Julio Cezar. Índios do Brasil. São Paulo, Hucitec, 1980, 232 pgs.
3. LAS CASAS, Bartolomé. Obra Indigenista. Madrid, Alianza Editorial, 1985, 464 pgs.
4. GONZAGA, João Bernardino. O direito penal indígena. a época do descobrimento. São Paulo, Maz Limonad, s/d, 182 pgs.
5. SUESS, Paulo. Em defesa dos povos indígenas documentos e legislação. São Paulo, Loyola, 1980, 155 pgs.
6. STEFANINI, Luiz de Lima. A questão jusagrarista na Amazônia. Belém, Cejup, 1984, 68 pgs.
7. BARBOSA, Marco Antonio. Os guarany em juízo. mimeo.