



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)

Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239-3062 - CEP 01005
São Paulo - Brasil

São Paulo, 3 de abril de 1991.

À Comissão Pró-Índio de São Paulo
Rua Ministro Godoy, 1484
SÃO PAULO

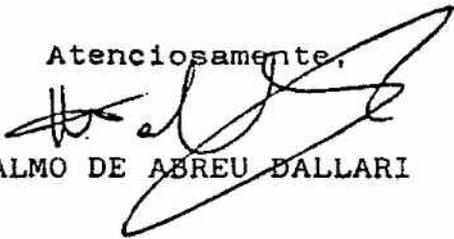
Atendendo a solicitação que me foi dirigida por essa prestigiosa Comissão, fiz o estudo da possibilidade jurídica e conveniência da ratificação, pelo Brasil, da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Para maior clareza entendi conveniente fixar num documento, com certa minúcia, os elementos utilizados em minha análise e as razões que fundamentaram minhas conclusões.

Assim, pois, com satisfação transmito a essa Comissão o trabalho anexo, autorizando-a a encaminhá-lo a autoridades e instituições, a dar-lhe publicidade e a fazer dele o uso que julgar mais adequado.

Permaneço, como sempre, à disposição da Comissão Pró-Índio para colaborar em seu eficiente e meritorioso trabalho, de relevante valor social.

Atenciosamente,


DALMO DE ABREU DALLARI



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)

Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239-3062 - CEP 01000-000
São Paulo - Brasil

RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS ÍNDIOS

Dalmo de Abreu Dallari
(Professor Titular da
Faculdade de Direito
da USP)

1. No ano de 1957 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou, em sua 40ª sessão realizada em Genebra, a Convenção nº 107, "Concernente às Populações Indígenas e Tribais".

Já, então, o relacionamento dos índios e dos grupos tribais com as sociedades de não-índios vinha ganhando grande intensidade. Muitos índios passavam a trabalhar, em caráter individual ou mediante o envolvimento de suas comunidades, em atividades econômicas do interesse dos Estados em cujos territórios eles tradicionalmente viviam. Foi por essa razão que a OIT julgou necessária uma Convenção, de âmbito internacional e comprometendo individualmente cada Estado que a inserisse em seu direito positivo, fixando regras sobre o aproveitamento da força de trabalho dos trabalhadores indígenas.

Desde o início da discussão do projeto de Convenção ficou evidente que no caso desses trabalhadores não bastava a fixação de regras direta e exclusivamente ligadas às relações de trabalho. A própria condição de "índio" precisava ser explicitada, além de ser indispensável



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)

Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239-3062 - CEP 01000-000
São Paulo - Brasil

. 2 .

a consideração das peculiaridades dos povos indígenas e de sua maneira especial de relacionamento com as sociedades circundantes, para que as relações de trabalho não criassem o risco da escravização, da dominação injusta ou mesmo do aniquilamento cultural e até físico.

Por todos esses motivos a Convenção nº 107 fixou regras bem minuciosas, estabelecendo para os Estados a obrigação de criar condições favoráveis à inserção do trabalho indígena no quadro das atividades econômicas normalmente desenvolvidas, sem qualquer discriminação. Ao mesmo tempo fixou obrigações relacionadas com a proteção dos valores espirituais e dos interesses materiais dos índios e dos grupos tribais.

Essa Convenção foi aprovada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 20, de 30 de abril de 1965, tendo sido ratificada em 3 de junho de 1965. Foram adotadas em seguida as providências necessárias à formalização da adesão brasileira e finalmente, por meio do Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966, publicado no Diário Oficial da União de 20 de julho de 1966, a Convenção nº 107 da OIT passou a integrar a legislação brasileira.

2. No ano de 1957 estava em vigor no Brasil a Constituição de 1946, que não continha referências aos índios e às terras indígenas. Entretanto, o Código Civil brasileiro, em vigor desde 1917, estabelecia, no artigo 6º, que os silvícolas eram "incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer". Desse modo os índios ficavam classificados como relativamente capazes, tendo a mesma situação dos brasileiros que já tivessem completado de-

Handwritten signature or mark



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)
Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239-3062 - CEP 01000.
São Paulo - Brasil

. 3 .

zesseis anos de idade e que ainda não houvessem atingido os vinte e um anos. Enquanto os demais brasileiros passavam a ter capacidade plena quando completassem vinte e um anos os índios continuariam sempre relativamente capazes. E pelo parágrafo único do mesmo artigo 6º foi disposto que os índios "ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida em que se forem adaptando à civilização do país". Até hoje ainda vigoram essas normas.

Entretanto, sobreveio a Constituição brasileira de 1967, depois substituída por novo texto em 1969, dando-se a este o nome de Emenda Constitucional nº 1.

Pelo artigo 4º da Constituição de 1967 as terras ocupadas pelos silvícolas foram definidas como "bens da União", o que significa que a propriedade das terras indígenas foi atribuída à União e não aos índios. Mas pelo artigo 186 ficou assegurada aos índios a posse permanente das terras habitadas por eles, reconhecendo-se expressamente "o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes".

A disposição do artigo 4º foi mantida na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Esta, entretanto, acrescentou um elemento de garantia para os índios, pois no seu artigo 198 repetiu o que dispunha o artigo 186 da Constituição de 1967 e qualificou como "inalienáveis nos termos que a lei federal determinar" as terras habitadas pelos índios. Assim, pois, a propriedade continuou a ser da União, mas com o gravame da inalienabilidade, embora esta pudesse ter uma regulamentação por lei federal. E a posse permanente das terras e o usufruto exclusivo dos recursos natu-



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)

Luogo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239-3062 - CEP 01095
São Paulo - Brasil

. 4 .

rais e das utilidades continuaram a ser direitos dos índios.

Veio mais tarde o Estatuto do Índio, aprovado pela lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, fixando regras muito precisas sobre a condição de índio, os direitos e as responsabilidades dos índios e dos grupos indígenas, bem como sobre as obrigações dos órgãos públicos brasileiros na proteção da pessoa, da cultura e do patrimônio material e espiritual dos índios e das comunidades indígenas.

No Estatuto foram incluídas normas específicas sobre os direitos civis e políticos, a tutela e sua eventual abolição em casos bem definidos e por meio de formalidades previstas com minúcia, as condições de trabalho, os direitos sobre as terras e o patrimônio indígena, o direito à educação e à saúde e, finalmente, sobre a responsabilidade penal dos índios e os crimes contra eles praticados.

Pode-se afirmar que o Estatuto do Índio foi um avanço em termos de reconhecimento e proteção dos direitos dos índios e dos grupos indígenas. Entre outras coisas, o Estatuto deu legitimidade aos "grupos tribais ou comunidades indígenas" para defenderem judicialmente seus direitos, obrigando a União, sobretudo por meio do Ministério Público Federal, a promover a defesa judicial e extra-judicial desses direitos.

Na prática a defesa pelos órgãos federais foi muito deficiente até 1988, quando pela nova Constituição brasileira foi reafirmada e ampliada a competência do Ministério Público Federal para a defesa dos direitos dos índios. Até então essa defesa havia ficado na dependência



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DLS)
Largo São Francisco, 95 - 2.ª andar - Tel. 239-3062 - CEP 01005
São Paulo - Brasil

. 5 .

das iniciativas do órgão federal incumbido do exercício da tutela indígena, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que além de ter sido escandalosamente omissa muitas vezes promoveu e apoiou ações públicas e privadas contrárias aos direitos dos índios.

Com base nos dispositivos do Estatuto do Índio várias comunidades indígenas assumiram sua própria defesa, inclusive judicialmente, suprindo em parte as deficiências e os desvios da FUNAI. E agora, com o apoio efetivo do Ministério Público Federal os direitos indígenas passaram a ser defendidos com muito mais eficiência. Assinale-se, ainda, que a Constituição brasileira de 1988 deu competência à Justiça Federal para o julgamento dos casos envolvendo direitos dos índios. Essa particularidade é mais do que um simples pormenor, pois a experiência já havia demonstrado que a Justiça Estadual de vários Estados brasileiros, especialmente do norte e do oeste onde se localiza o maior número de índios, vinha negando às comunidades indígenas a proteção judicial prevista na lei.

Finalmente, quanto à Constituição de 1988 pode-se concluir que reforçou extraordinariamente a posição dos índios e das comunidades indígenas na legislação brasileira. Importantes dispositivos que constavam do Estatuto do Índio foram incorporados à Constituição, em seu artigo 231, com sete parágrafos, e no artigo 232.

Nos termos da Constituição, "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", estabelecendo-se regras espe-

✍



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)

Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239-3062 - CEP 01005
São Paulo - Brasil

. 6 .

ciais para reconhecimento da ocupação indígena e para o aproveitamento de recursos hídricos e minerais existentes em terras indígenas.

O § 4º do artigo 231 enfatizou ainda mais a garantia da posse indígena, dispondo que suas terras, embora continuando de propriedade da União, são "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis". Assim, portanto, a União não pode vender ou doar essas terras nem dispor delas a qualquer título e os direitos dos índios sobre elas são permanentes.

3. Reunida em Genebra em Junho de 1989, a Conferência Geral da OIT decidiu rever a Convenção nº 107, de 1957, e fixar novas regras sobre os direitos dos índios e sua proteção. Daí resultou a Convenção nº 169, aprovada no dia 27 de Junho de 1989 e identificada como "Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais".

A nova Convenção representa evidente aperfeiçoamento das normas fixadas na anterior, incorporando preceitos constantes dos Pactos de Direitos Humanos aprovados pela ONU em 1966, bem como as novas concepções resultantes das intensas pesquisas antropológicas e das profundas transformações das sociedades humanas, que valorizaram extraordinariamente a dimensão humana do índio e, paradoxalmente, aumentaram as pressões das sociedades circundantes sobre as comunidades indígenas.

Um ponto inovador, de profunda significação, foi o reconhecimento dos elementos culturais como essenciais na identificação do índio, na preservação de sua dignidade e até mesmo na garantia de sua sobrevivência. Ficou muito



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)

Luogo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239-3062 - CEP 01000
São Paulo - Brasil

. 7 .

claro, na Convenção nº 169, que o índio, como ser humano, deve ter os mesmos direitos conferidos e assegurados a todos os demais indivíduos, sem qualquer discriminação. Foi enfatizada, também, a necessidade de proteger de modo especial os direitos dos índios e de suas comunidades, sem que para receber essa proteção o índio seja obrigado a abrir mão de direitos ou a se colocar como pessoa de qualidade inferior.

A rigor pode-se dizer que essa nova Convenção não criou direitos novos, mas sem dúvida tornou mais precisos os direitos anteriormente reconhecidos e foi mais minuciosa quanto às obrigações dos Estados em relação aos índios. Não há impropriedade em afirmar que a Convenção nº 169 representa para a Convenção nº 107 o mesmo que os Pactos de Direitos Cívís e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, representam para a Declaração Universal de Direitos aprovada pela ONU em 1966. Não há mudança essencial, mas o novo tratamento dado aos direitos e suas garantias significa um passo importante no sentido da modernização e da efetividade.

4. O Brasil tem todas as condições para ratificar seu consentimento à Convenção nº 169 da OIT. Por outro lado, a recusa ou o maior retardamento da ratificação irão reforçar a imagem negativa do Brasil no plano internacional, decorrente, em grande parte, da recusa em se comprometer com documentos propostos para defesa da pessoa humana, como os Pactos de Direitos Humanos.

Na realidade, a evolução da legislação brasileira relativa aos direitos dos índios, desde 1973, tem sido no sentido do reforço desses direitos e do aperfeiçoamento de suas garantias e meios de proteção. Com efeito, a lei nº 6.001 de 1973, que aprovou o Estatuto do Índio,



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DES)

Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239 3062 - CEP 05508-900
São Paulo - Brasil.

. 8 .

fixou regras claras e precisas a respeito da amplitude dos direitos dos índios e das comunidades indígenas. Tanto em relação à pessoa do índio quanto no tocante ao seu patrimônio foram estabelecidas normas que incorporam elementos da realidade do índio, como suas peculiaridades culturais, seu modo característico de ocupação e uso das terras e seu relacionamento amistoso com a natureza.

A par disso, a lei fixou obrigações para o Estado no sentido da proteção e promoção dos direitos e interesses do índio, como, por exemplo, nos âmbitos da educação e da saúde. Assim também as relações de trabalho mereceram especial atenção no Estatuto do Índio. Por seu artigo 14 ficou expresso que "não haverá discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social". E no parágrafo único do artigo 14 foi dada permissão para "a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio".

A Constituição brasileira de 1988 seguiu na mesma direção e deu maior eficácia à proteção legal da pessoa do índio e das comunidades indígenas, pois foram convertidos em normas constitucionais os preceitos básicos que já constavam do Estatuto do Índio. A esse respeito basta lembrar que o artigo 231 da Constituição diz expressamente que "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições". Deve-se notar que esse reconhecimento, feito pela primeira vez em nível constitucional, condiciona todas as formas de relacionamento dos índios com a sociedade circundante, inclusive as relações trabalhistas.

Handwritten signature or mark.



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DLS)
Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239 3062 - CEP 0.100,
São Paulo - Brasil

. 9 .

A Convenção nº 169 da OIT não exige mais do que tudo isso que no Brasil já integra a Constituição e a legislação ordinária. O único ponto em que se poderia vislumbrar uma possível discrepância formal é o relativo à propriedade das terras indígenas. Como já foi aqui lembrado, a Constituição brasileira estabelece que essas terras integram o patrimônio da União, sendo esta, portanto, a proprietária. E a Convenção nº 169 estipula no artigo 14 que se deverá reconhecer aos povos indígenas o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Em primeiro lugar é importante assinalar que se houver discrepância entre esses dispositivos ela já existe desde 1967. Realmente, a Convenção nº 107, em vigor no Brasil desde 20 de julho de 1966, já dispunha textualmente no artigo 11: "O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente". E a Constituição de 1967 atribuiu à União a propriedade das terras indígenas.

Do ponto de vista estritamente formal pode-se dizer que a ratificação da Convenção nº 169 irá atenuar o conflito, pois esta é muito mais flexível do que a Convenção anterior. Enquanto esta só falava em "propriedade" a nova Convenção fala em "propriedade e posse". No caso da legislação brasileira a posse é reconhecida de modo incisivo e com grande amplitude na própria Constituição, em vários parágrafos do artigo 231. Além de assegurar aos índios a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas por eles e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (§§ 1º e 2º), a Constituição dá o conceito de ocupação indígena (§ 1º) e acrescenta que essas



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DDE)

Cargo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239 3062 - CEP 05508-900
São Paulo - Brasil

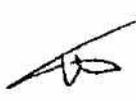
. 10 .

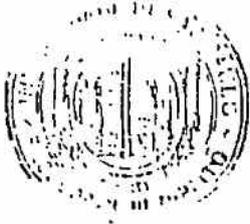
terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º).

Desse modo, embora a União tenha um título formal de propriedade não pode usar essas terras nem dispor delas, pois aos índios ficou assegurada, pela Constituição, a posse permanente, com o usufruto exclusivo de suas riquezas. Isso conjugado com o reconhecimento das peculiaridades culturais significa que o índio manterá a posse dessas terras indefinidamente e poderá usá-las, sem qualquer interferência da União ou de terceiros, do modo que ele próprio julgar mais conveniente.

Por todos esses motivos, é possível sustentar que os objetivos inspiradores do artigo 14 da Convenção nº 169 da OIT são coincidentes com os que deram origem ao artigo 231 da Constituição. E os efeitos de ambos são praticamente os mesmos, pois se é verdade que pelo fato de não serem proprietários os índios brasileiros não poderão dispor das terras que tradicionalmente ocupam é igualmente certo que também a União, embora proprietária, não tem o poder de disposição. E os grupos indígenas gozam permanentemente, e com toda a amplitude, dos direitos possessórios sobre essas terras.

Assim sendo, essa possível, mas bem discutível, discrepância formal não é suficiente para que se diga que o Brasil não pode ratificar a Convenção nº 169. Como ficou demonstrado, na realidade não existe conflito substancial. Mas além disso existe um aspecto jurídico de extrema relevância que deixa o Brasil com plena liberdade para a ratificação.





UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO (DISE)

Largo São Francisco, 95 - 2.º andar - Tel. 239.3062 - CEP 05508-900
São Paulo - Brasil

. 11 .

Um dos mais eminentes especialistas brasileiros em Direito Internacional, Professor Jacob Dollinger, observa que uma das características dos textos constitucionais brasileiros "é não conterem uma norma relativa à posição da norma jurídica internacional perante a ordem jurídica interna". Observa, a seguir, que "a jurisprudência brasileira tem ficado assim com as mãos livres para regulamentar o conflito entre a norma interna e a norma internacional". E conclui informando que "durante um longo período de tempo foi consagrado acertadamente o primado da norma jurídica internacional e atualmente involuímos no sentido de copiarmos o dualismo que está consagrado na Constituição norte-americana" (Cf. A Nova Constituição e o Direito Internacional, Rio, Ed. Freitas Bastos, pág.22).

Como fica evidente, mesmo que se pudesse afirmar a existência de discrepância formal naquele ponto específico já referido, o governo brasileiro não estaria legalmente impedido de ratificar a Convenção nº 169 da OIT. E essa ratificação convém ao Brasil, pois além de ser uma confirmação do que já está incorporado ao direito positivo brasileiro contribuirá para que o governo brasileiro possa afirmar sua disposição de participar do esforço, que muitas instituições desenvolvem em nível internacional, para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

3 de abril de 1991.