

I. PARECER SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 20, § 1º, f e 45, §§ 1º e 2º, DA LEI Nº 6.001/73, DO DECRETO Nº 88.985/83 e MINUTA DE PORTARIA REGULAMENTADORA DESSE DECRETO

À ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE APOIO AO ÍNDIO (ANAI), núcleo de Porto Alegre/RS, através do seu presidente, advogado Júlio Marcos Germany Gaiger, coube o estudo da constitucionalidade da minuta de portaria submetida à apreciação das entidades indigenistas, na reunião promovida pela FUNAI, em 27 de agosto do ano em curso.

A referida portaria, contudo, destiná-se-ia a regulamentar o Decreto nº 88.985, de 10 de novembro de 1983; este, por sua vez, regulamenta os arts. 44 e 45, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio).

Sendo assim, é necessário iniciar o presente parecer pelo estudo da constitucionalidade do documento legal de maior hierarquia, consoante a ordem do art. 46, e incisos, da Constituição Federal, ou seja, os dispositivos da Lei nº 6.001/73; após a conclusão a que se chegue, prossegue-se com o exame dos demais instrumentos legais - Decreto e minuta de portaria.

O ponto de partida sobre a constitucionalidade de qualquer ato que envolva os interesses das populações indígenas do Brasil deve, como óbvio soa, partir das disposições constitucionais que estampam os princípios básicos a respeito dos direitos assegurados aos Povos Indígenas. Não é demais lembrá-los: art. 4º, IV; art. 8º, XVII, o; e art. 198, §§ 1º e 2º.

Afirmam estes artigos, sucessivamente, que as terras ocupadas pelos aborígenes são patrimônio da União; que a União compete legislar sobre sua incorporação à comunhão nacional; e que as terras por eles habitadas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas (nas terras) existentes; ficando declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos índios, não dando, esta nulidade e extinção, direito a qualquer ação ou indenização contra a União ou a FUNAI.

[Handwritten signatures and initials at the bottom of the page]

É necessário verificar qual foi o objetivo do legislador, ao estabelecer assim.

Num rápido, mas necessário, retrospecto histórico, verifica-se que a segunda disposição republicana sobre os índios foi a inscrita no inciso IV do art. 6º do Código Civil, e no § único, do mesmo artigo. Tais prescrições ainda estão em pleno vigor, e não se erra ao afirmar que, estabelecendo, como estabelecem, a relativa incapacidade dos índios para certos atos da vida civil, submentendo-os, então, à tutela do Estado, o legislador esculpiu um primeiro princípio condicionador das formulações legais que se seguiram. De fato, a relativa incapacidade atribuída aos índios revela o modo pelo qual nosso direito positivo os contempla. Por que se restringiu a capacidade dos índios?

Socorramo-nos do autor do Projeto. Referindo-se ao Regulamento nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que instituiu o Serviço de Proteção aos Índios (esta, a primeira disposição republicana sobre os índios), afirma Clóvis Beviláqua que assim se dirigiu, quando consultado sobre o assunto, ao Presidente Nilo Peçanha:

Sou dos que, mais cordialmente, aplaudem a preocupação filantrópica do Governo atual, por iniciativa do preclaro Dr. Rodolfo de Miranda, de velar pela sorte dos nossos aborígenes, encaminhando a sua efetiva incorporação na sociedade brasileira, da qual são parte integrante, mas de cujo convívio, não obstante, se acham afastados, por circunstâncias, que é ocioso recordar. Essa empresa, sob o ponto de vista da moral e dos altos destinos humanos, é grandiosa, porque traduz o cumprimento de um dever, e porque, chamando, para a vida social comum, essa raça, que nos deve merecer todas as simpatias, ao mesmo tempo avigoramos as nossas inclinações afetivas e dilatamos a esfera de ação da cultura geral humana (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, 10a. ed., São Paulo, Francisco Alves, 1953, vol. 1, pág. 156).

Em seguida, esclarece o civilista que no Projeto não se destacava os índios entre os incapazes, tendo sido acrescenta-

[Handwritten signatures and marks at the bottom of the page]

dos aos indivíduos de capacidade restrita por proposta, modificada, de Muniz Freire. É que

O pensamento do autor do projeto, não dedicando qualquer disposição aos índios, era reservar-lhes preceitos especiais, que melhor atendessem à sua situação de indivíduos estranhos ao grêmio da civilização, que o Código Civil representa, muito embora a sociedade organizada se esforce por chamá-los ao seu regaço (idem, idem).

Bem se vê, por conseguinte, que no espírito do legislador de então agitava-se a preocupação com a defesa dos interesses dos índios, sabidamente em situação marginal, estipulando, por serem de iguais, tratamento desigual que os equiparasse ao restante da sociedade; constituíam, enfim, como até hoje constituem, o que Pedro Agostinho, mui apropriadamente, chamou minoridade (O Índio perante o Direito. Sílvio Coelho dos Santos, org. Florianópolis, Ed da UFSC, 1982, pág. 75). Sua inscrição entre os relativamente incapazes obedeceu a este critério, com a lógica jurídica disponível na época.

Esta preocupação foi refletida no texto da Constituição de 1934 e nas que se seguiram, todas, a seu modo, dispondo sobre a proteção das terras dos índios:

Constituição de 1934, art. 129: Será respeitada a posse da terra dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Constituição de 1937, art. 154: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

Constituição de 1946, art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Pela simples leitura destas disposições constitucionais, verifica-se inequivocamente que o legislador constituinte sempre procurou salvaguardar as terras habitadas ou ocupadas pelos índios, dotando-as de garantias especiais. Entendeu, acertadamente, ser a base territorial o elemento mor de articulação dos Povos Indígenas, sem o que simplesmente fenecem. Mais minucioso, chegou à redação de 1969 garantindo, de forma expressa, as riquezas naturais

Muniz Freire

e utilidades existentes nestas terras, ao usufruto exclusivo dos índios que sobre elas habitem.

Para nosso estudo, interessa fundamentalmente o alcance que possa ter este usufruto.

Trata-se, como à primeira vista se constata, de modo sui generis de usufruto.

O usufruto comum, civilmente concebido, é intransmissível e temporário por excelência (Clóvis Beviláqua, ob. cit., vol 3, página 287). Se implicando no consumo da coisa, permite ao nu-proprietário exigir caução.

O usufruto garantido aos índios, ao contrário, tem, no mínimo, caráter eviterno; transmite-se mortis causa, é exercido coletivamente e, embora incluindo coisas fungíveis, estão os beneficiários isentos de caução. Trata-se, por fim, de usufruto pleno, estendendo-se, como bem observou Pontes de Miranda, aos minerais, vegetais ou animais (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. São Paulo., Ed. Revista dos Tribunais, 1972, tomo VI, pág. 457).

A observação de Pontes de Miranda, incluindo no usufruto do art. 198 da Constituição, os minerais, guarda inteira coerência com o fato de a Constituição não ter, aí, feito referência exclusiva às riquezas naturais e utilidades do solo, apenas; tratam-se de riquezas e utilidades da terra. Isto revela indubitavelmente, dado que na Constituição não se presume a existência de palavras inúteis, que se está diante de uma forma especial de usufruto e posse, constituindo peculiar e particularíssima proteção assegurada à população indígena do País.

Diz-se-á que a propriedade das minas, jazidas, etc., existentes no subsolo, é distinta da do solo, como o diz a própria Constituição, no art. 168. Mas atente-se: mesmo aí, a Constituição refere-se a solo, e não a terra.

Se dúvida restasse, bastaria compulsar os léxicos jurídicos, como o de Pedro Nunes, para confirmar que solo e subsolo são definidos em função da terra, de que são partes integrantes (Dicionário de Tecnologia Jurídica, 3a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, vol. II, verbete solo).

Sem embargo, se entendido que no art. 168 da Constituição o

2011/11/11
V
L
B

legislador tenha buscado suporte ao art. 45 da Lei nº 6.001/73, caberia ainda advertir que a infeliz decorrência ficaria vedada pela norma excepcional do art. 198 da Constituição. Imaginar o contrário, pressuporia submeter o art. 198 ao art. 168 e, então, acolher como possível a contradição entre duas normas constitucionais e o conseqüente absurdo de, diante da regra ordinária, o art. 198 resultar inconstitucional!...

Ora, se reconhecemos que

um sistema formal requer a coerência formal
entre suas proposições

e se pretendermos que o Direito Positivo Brasileiro, incluída a Constituição, se trata de um sistema científico, que deve apresentar

coerência interna, isto é, compatibilidade
entre os elementos proposicionais integrantes
do sistema

como ensina Lourival Vilanova (As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. São Paulo., Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1977, págs. 133 e 127), devemos condicionar a interpretação filológica à teleológica, louvando-se na finalidade protetiva específica objetivada no art. 198; na lição de Carlos Maximiliano,

Aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também o teleológico, assegurada ao último a preponderância (Hermenêutica e Aplicação do Direito. 2a. ed., Porto Alegre, Livraria do Globo, 1933, pág. 323).

Esta, que é uma conclusão eminentemente jurídica, fecha com uma necessidade constatada antropologicamente (como explicita o Parecer Antropológico), de que a sobrevivência física e cultural dos Povos Indígenas é indispensável a maior intensidade possível de soberania sobre seus territórios.

Implica isto, afinal, que a Constituição não deixou possibilidade à exceção pretendida pelo art. 45 ou pela alínea f do § 1º do art. 20 da Lei nº 6.001/73 (assim como não deixou possibilidade a tantas outras pretensões da legislação ordinária; mas restrinjamo-nos ao tema do Parecer).

[Handwritten signatures and initials at the bottom of the page]

Além disso, se mesmo ausente, de forma expressa, a garantia constitucional ao usufruto exclusivo sobre as riquezas naturais da terra, dúvida não há que a exploração, por terceiros, destes recursos, implicaria restrição incontornável ao pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena, em afronta ao § 1º do mesmo art. 198 (novamente, ter-se-ia que admitir contradição entre normas constitucionais) ou ao art. 18 da Lei nº 6.001/73.

Revela-se, destarte, a flagrante inconstitucionalidade do art. 45 e §§, e da alínea f do § 1º do art. 20 da Lei nº 6.001/73, por permitirem estes dispositivos o que a Constituição, de forma inversa, proibiu taxativamente.

Sendo exclusivo o usufruto dos índios, a ninguém mais pode ser atribuído, nem à União, titular do domínio, pois inclusive a União subordina-se ao mandamento constitucional. Da mesma forma, impossível que dele a União disponha em favor de terceiros, sejam quais forem.

Identificado o vício substancial contaminador das disposições legais examinadas, é forçoso concluir, também, que o mesmo vício se estende às demais formulações daquelas decorrentes; assim, inquinam-se da mesma inconstitucionalidade o Decreto nº 88.985/83 e qualquer outro documento legal - como, eventualmente, umas portaria - cujo pressuposto resida neste ou naquelas.

Além disso, contudo, pode-se examinar o Decreto nº 88.985/83 sob o aspecto de sua propriedade formal.

Embora destinado a regulamentar os arts. 44 e 45 da Lei nº 6.001/73, em realidade o que faz o Decreto é dispor sobre exploração de riquezas minerais, como o declara sonantemente seu art. 1º; pouco importa que sejam as riquezas existentes sobre terras indígenas. Trata, enfim, sobre jazidas, minas e outros recursos minerais, matéria que, a teor do art. 8º, XVII, g, da Constituição Federal, somente poderia ser versada em elaborações da competência do Congresso Nacional.

Tanto assim é, que o art. 45 da Lei nº 6.001/73 referiu-se à "legislação vigente", pelo que se deve entender a legislação já existente no momento da promulgação daquela - no caso, o Código de Mineração, aliás um Decreto-Lei, o de nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, editado não a partir da Constituição, mas do Ato Institucional nº 4 - ou, se não apenas isto, a legislação que viesse a ser editada, de acordo com as prescrições constitu

[Handwritten signatures and marks at the bottom of the page]

cionais.

Em outros lugares, onde deixou à posterior regulamentação por decreto a matéria tratada, a Lei nº 6.001/73 fez menção específica a tanto: arts. 11, 19 e 20. Pelos mesmos critérios já invocados antes, deve-se entender que, se pretendesse ver a matéria regulada por decreto ulterior, o art. 45 da Lei nº 6.001/73 o teria afirmado, expressamente.

A esta altura, não será temerário afirmar que o legislador não quis cometer dois atentados à Constituição no mesmo artigo...

Ressente-se, assim, o Decreto nº 88.985/83, de dupla inconstitucionalidade, material e formal. Versou sobre o que lhe escapa à competência, para dispor o que estava proibido.

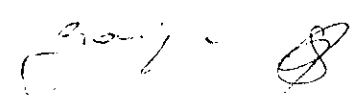
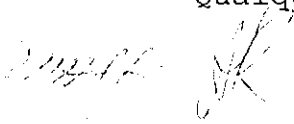
Sobre a observância do devido processo legislativo, como pressuposto da legalidade das normas, afirma Hely Lopes Meirelles:

O processo legislativo, tendo atualmente contorno constitucional de observância obrigatória (...) tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. (...) o Judiciário (...) pode e deve verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental. Deparando in fringência à Constituição, à lei ou ao regimento, compete ao Judiciário anular a de liberação ilegal do Legislativo para que outra se produza em forma legal (Direito Administrativo Brasileiro, 9a. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 597).

Aplicável o raciocínio às elaborações do Legislativo, muito mais o é às do Executivo, mormente na espécie, caracterizada por solar ilegitimidade.

Por isso sô, chega-se à conclusão que importa ao presente Parecer.

Qualquer portaria que venha a ser expedida, com o propô-



sito de regulamentar o já pretense regulamento, contagiar-se-ã, irremediavelmente, das teratologias congênitas ao Decreto nº 88.985/83 e aos arts. 20, § 1º, f, e 45, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.001/73: será um terceiro sedizente instrumento legal, visceralmente nulo, como o são as disposições que lhe dêem suporte.

Nestas condições, não é demais advertir que

O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional

como o decidiu o STF, através da 1ª Turma, no R.E. nº 8.889, relator o Min. Castro Nunes (RDA 20/42).

Retomando, aqui, oportuna afirmação do ilustre colega, Dr. Dalmo Dallari, verbalizada na reunião do dia 27 de agosto, e afoitamente contestada por funcionários da FUNAI, recorde-se que As leis e atos inconstitucionais podem deixar de ser cumpridas pelas autoridades responsáveis por sua execução (...) que assim os considerem, devendo em tal caso, solicitar imediatamente a representação de inconstitucionalidade do Procurador competente (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 602).

Este entendimento é pacificamente sufragado pelos tribunais: vejam-se, por exemplo, RTJ 2/386 e 3/760; RDA 42/230, 59/338, 76/51 e 97/116, todos acórdãos do STF.

O Parecer poderia ser encerrado aqui; está satisfeito o seu objeto.

Mas, além de um conteúdo e de uma forma, as leis devem atender a requisitos maiores, situados além do direito positivo. Sem escorregar para o jusnaturalismo, detenhamo-nos ligeiramente nos princípios legitimadores das normas legais e dos atos da administração.

Toda lei (em sentido amplo) em si considerada, deve ser legítima, isto é, fundar-se no que é justo e no consentimento. O justo, para Vicente Rao, consiste em manter igualdade entre os que nela incidem, e dar a cada um o que é seu (O Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. I, pág. 318). Ou, como formulou São Tomás de Aquino, consiste em atender ao bem comum (Summa Theologica, 1ª. 2ª., XC, art. 4º). O consenti-

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

mento diz com o sujeito primeiro do poder de legislar, o Povo, como nossa Constituição, embora outorgada, não se atreveu a deixar de consignar (§ 1º do art. 1º).

Após mais de quatro séculos de brutal opressão e massacre constante, estaremos sendo apenas tímidos se dissermos que a justeza de qualquer lei atinente aos índios fica caracterizada se for sua intenção, ou resultado necessário, somente o contribuir para a interrupção deste doloroso processo. Como o especifica o Parecer Antropológico, ao qual nos reportamos, gravar os territórios indígenas com a possibilidade de ali se exercerem, por terceiros, atividades de mineração, é condenar as comunidades índias envolvidas a reviverem as catastróficas consequências anteriormente a elas impostas pelos ciclos do ouro e da borracha, quando seu extermínio atingiu os níveis mais alarmantes. Esta, evidentemente, não é a finalidade desejada - pretendamos assim - pelo legislador; mas, no caso dos dispositivos em exame, é resultado inevitável.

Isto macula de ilegitimidade tais normas. E, na oportuna lição de Hely Lopes Meirelles, o agente administrativo deve fazer a distinção entre o bem e o mal, não podendo desprezar o elemento ético em sua conduta (ob. cit., pág. 61). A atividade administrativa, sempre que prescindir do elemento moral, torna-se ilegítima (ob. cit., pág. 62). A própria jurisprudência já fixou que o exame da legalidade dos atos da administração inclui verificar a sua conformação com a moral administrativa e com o interesse coletivo (RDA 89/134).

Entre os clássicos, Hauriou já advertia que

A Administração deve agir sempre com boa-fé, porque isto faz parte da sua moralidade (Droit Administratif, Paris, 1926, pág. 197).

Ausente este princípio básico, o ato expõe-se à anulação, inclusive pelo Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade dos atos da administração (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 592 e 593).

Do exposto, conclui-se ser dever do administrador recusar-se à prática de atos potencialmente lesivos à integridade físico-cultural dos Povos Indígenas. Na esfera da competência do Presidente da FUNAI, deve recusar-se à expedição de qualquer portaria versando sobre mineração em terras indígenas, louvan-

do-se nos argumentos jurídicos aqui expendidos.

É o Parecer.

MAF

gan

II. ANÁLISE CRÍTICA DO DECRETO Nº 88.985/83 E DA MINUTA DE PORTARIA QUE O REGULAMENTA. PARECER ANTROPOLÓGICO.

1 - Prólogo

Analisar criticamente a Minuta de Portaria que regulamenta o Decreto nº 88985, tomando-a em si mesma e considerando-a como algo único e acabado é impossível, porque seu texto decorre dos dispositivo daquele Decreto. O estudo analítico terá, pois, de incidir inicialmente sobre o diploma legal maior, para depois se debruçar sobre o que a Minuta pretende estatuir.

2- Resumo temático do Decreto nº 88985 (10/11/1983)

No que tem de essencial e capaz de provocar conseqüências sobre as populações e sociedades indígenas, o Decreto em causa pode ser resumido aos tópicos seguintes:

1º - Regulamenta a exploração de riquezas minerais em terras indígenas ou presumivelmente habitadas por índios;

2º - Reserva aos indígenas a exploração das riquezas existentes no solo de suas terras, através de garimpagem, faiscação e cata, isto é, através de meios não mecanizados;

3º - Permite a concessão de autorizações de pesquisa, e de lavra mecanizada, de minerais estratégicos para a segurança e desenvolvimento do país, normalmente a empresas estatais da administração federal e excepcionalmente a empresas privadas nacionais;

4º - Permite a utilização de mão-de-obra indígena pelas empresas mineradoras, condicionando-a à capacidade de trabalho e ao grau de aculturação dos índios, pondo-os ao abrigo da legislação trabalhista e de previdência social, vedando a discriminação étnica entre trabalhadores;

5º - Estipula o papel da FUNAI na autorização e fiscalização das lavras empresariais, quanto à proteção dos direitos e interesses dos indígenas, a saber:

a) garantir aos índios o direito de garimpagem, faiscação e cata, orientando a comercialização do produto;

b) reverter os resultados econômicos da lavra, as indenizações, e a renda que as empresas pagam pela ocupação do solo, em benefício dos índios e suas comunidades;

c) estabelecer normas para salvaguarda do bem estar dos

[Handwritten signatures and initials]

índios, de sua cultura e do patrimônio indígena, assim como obrigar as empresas a medidas acauteladoras para a preservação da cultura indígena;

d) suspender a pesquisa ou a lavra empresarial quando estas causarem prejuízos à cultura indígena, sem direito a indenização por parte das empresas.

3- Resumo temático da Minuta de Portaria da FUNAI regulamentando o Decreto Nº 88.985.

Cingindo-se às disposições do Decreto, a Minuta de Portaria desenvolve-as, pormenoriza ou restringe-as do modo abaixo resumido e apresentado, quanto possível, na mesma ordem que adota o item 2 desta análise, com o fito de o complementar.

1º - Acolhe as disposições sumarizadas no item 2, 1º, excluindo a possibilidade de conceder assentimento para exploração em áreas com índios recém-contatados ou em processo de atração. Com isso não exclui, implícita ou explicitamente, a concessão de assentimento para áreas presumivelmente habitadas por silvícolas (Dec. 88.985, Art. 4), ou seja, aquelas com índios isolados ou que presumivelmente o sejam;

2º - Centra-se sobre a regulamentação das pesquisas e lavras empresariais, acolhendo as disposições do Decreto quanto à reserva de garimpagem, faiscação e cata aos índios. Nada especifica sobre estas últimas atividades, nem regulamenta a intervenção da FUNAI na comercialização do produto;

3º - Estabelece os seguintes princípios para a concessão dos assentimentos prévios:

a) são minerais estratégicos necessários à segurança e desenvolvimento: cobre, zinco, fosfato, estanho, carvão, enxofre, fluorita, chumbo, minerais de pegmatito, ouro, minerais radiativos, e outros, a serem definidos pelo DNPM;

b) só terão consentimento para exploração empresas que operem com lavra mecanizada;

c) normalmente o assentimento será concedido a empresas estatais da administração federal; excepcionalmente a empresas privadas nacionais;

d) a excepcionalidade será caracterizada por: tratar-se dos minerais definidos na alínea a) acima; tratar-se de empresa habilitada e com prévia e reconhecida experiência de mineração;

4º - Acolhe, sem pormenorizar, o Decreto quanto à utilização da mão-de-obra indígena pelas mineradoras;

5º - Discrimina as obrigações da FUNAI na defesa dos direitos, interesses, bem estar, cultura e patrimônio indígenas:

Assessor Técnico

MARIL

S

a) garantir aos índios a garimpagem, faiscação e cata, com exclusividade;

b) acordar com as empresas a indenização das benfeitorias e a renda pela ocupação das terras indígenas; destinar, preferencialmente, os pagamentos feitos à comunidade indígena do território onde esteja a concessão; assegurar à comunidade indígena participação percentual variável, conforme o teor do minério, sob a produção da área concedida. Os pagamentos serão depositados no Banco do Brasil, em Brasília, à conta da Renda do Patrimônio Indígena; prevêem-se recolhimentos a favor da comunidade indígena pelo órgão tutelar, sem especificar como -- sendo permitido supor que da forma indicada antes;

c) indicar funcionários que fiscalizem os trabalhos, para: impedir a pesquisa ou lavra nos rios essenciais aos silvícolas; evitar a poluição do ar e da água, o extravio das águas e fazer drenar as que possam causar danos e prejuízos; levar ao conhecimento da FUNAI fatos que afetam o patrimônio ou o bem estar dos índios, para que ela responsabilize a empresa realizadora da pesquisa ou lavra; obrigar a recompor e reflorestar o terreno lavrado, salvo quando tecnicamente inviável; vedar aos funcionários da empresa o ingresso nas aldeias, o trânsito, a caça, a pesca e a coleta na área indígena externa à de operação empresarial; preservar o estado sanitário na área de mineração, e higidez de seus trabalhadores; reprimir o uso de bebidas alcoólicas nessa área e em suas servidões;

d) suspender os trabalhos de pesquisa ou lavra quando verificados prejuízos à cultura indígena, de comprovada responsabilidade da empresa; exigir desta o reconhecimento de ser descabida indenização quando obrigada a suspender os trabalhos de pesquisa (não menciona o caso de suspensão de lavra, que ficaria, conseqüentemente, passível de indenização, restringindo com isso a abrangência das disposições do Decreto, Art. 7, § 2º que se refere à suspensão dos trabalhos em termos genéricos);

6º - Estipula o procedimento da FUNAI na tramitação e deferimento dos pedidos de autorização para pesquisa e lavra, e as obrigações das empresas para com ela:

a) a FUNAI dará ou não assentimento prévio à autorização de pesquisa e concessão de lavra mediante requerimento ao Presidente da FUNAI que decidirá à vista de possíveis informações da empresa requerente ou do DNPM;

b) a FUNAI designará funcionários para acompanhar os trabalhos;

c) a FUNAI decidirá, a seu critério, dos casos excepcionais envolvendo empresas privadas;

d) a FUNAI autorizará ou não a utilização de mão-de-obra

R

S

MAL

indígena;

e) a FUNAI receberá, "à conta da Renda do Patrimônio Indígena", os recolhimentos devidos ao órgão tutelar ou às comunidades indígenas;

f) a FUNAI destinará, preferencialmente, os valores pagos em razão do contrato firmado com a empresa, à comunidade indígena da área concedida;

g) a FUNAI terá suas despesas com montagem de infraestrutura local, manutenção e transporte de servidores custeadas pela empresa pesquisadora ou concessionária da área de lavra específica.

4- Efeitos previsíveis da aplicação do Decreto 88.985 de 10/11/83

O Decreto em causa caracteriza-se por uma preocupação centrada na abertura de todas as áreas indígenas do país à exploração de seus recursos minerais por empresas de grande porte capazes de investir e realizar trabalhos à escala industrial. Neste contexto, a reserva da garimpagem, faiscação e cata aos povos indígenas aparece como algo que, para o legislador, é uma coisa meramente adjetiva. Não obstante ter de centrar-se a análise sobre o aspecto crucial do Decreto, ou seja, sobre a exploração industrial, a questão do outro tipo de extração mineral tem de ser levada em conta, por seu impacto diferenciado sobre as populações índias que possa alcançar.

Ao determinar as terras indígenas sobre as quais incide o que estatui, o Decreto não distingue entre as que são comprovadamente habitadas por índios e as que presumivelmente o são; assim, torna indiscriminadamente vulneráveis ao choque da mineração todos os territórios de povos tribais, isôlados ou não isôlados em relação à sociedade nacional, adotando basicamente uma perspectiva economicista em relação ao problema, e ignorando as conseqüências antropológicamente previsíveis desse mesmo choque. Cumpre, portanto, examinar essas conseqüências detidamente, partindo do princípio de que é impossível considerar atomisticamente a questão; isto é, de que uma perspectiva teórica globalizante se torna imperativa, de modo a encarar as populações indígenas e os eco-sistemas de seus territórios, a que se adaptam sócio-culturalmente, como sistemas que, funcionalmente integrados, formam um todo indissociável. Assim, medidas pontuais de proteção aos interesses indígenas, como as que o Decreto considera, tornam-se inôcuas, porque informadas por uma perspectiva atomizante e individualista, exatamente oposta à visão globalizante e sistêmica que se impõe no trato do problema.

Enquanto isoladas, as populações e sociedades indígenas for-

(Handwritten signature)

(Handwritten signature)

(Handwritten signature)

mam com seu ambiente natural -- biótico e abiótico -- um sistema em equilíbrio dinâmico, de imediato perturbado pela introdução de quaisquer elementos que lhe sejam externos, como é o caso de empreendimentos mineradores, que consigo trazem um contingente humano inteiramente alienígena, portador de populações de germes patogênicos estranhos às populações indígenas; e portador, também, de formas de organização social e econômica que operam com meios técnicos e ação sobre o ambiente capaz de alterar radical e irreversivelmente o sistema ecológico anterior. No primeiro momento é previsível que a inclusão de uma população humana não-índia repercuta em três níveis diferentes. No primeiro, a simples presença do contingente intrusivo elevará a densidade demográfica de qualquer território dado, o que tenderá a aumentar a probabilidade, ou a intensificar a frequência dos contatos, e, no caso destes serem hostis, dos conflitos entre os grupos tribais; e também entre estes e a população civilizada presente, ou seja, a das mineradoras e/ou suas equipes de pesquisa. A própria pressão demográfica tenderá a gerar competição pelos recursos naturais existentes, e isto, a favorecer os antagonismos intertribais e interétnicos. Ambos os fatores lesarão as populações indígenas, quer por limitação de acesso a recursos escassos, quer pelos efeitos psicológicos e físicos derivados das tensões surgidas. Estas poderão abrir -- e têm historicamente aberto -- caminho a estados de guerra latente e intermitente, devida à violação dos territórios tribais, com baixas tanto entre os não-índios como entre os índios. Sempre que isso tem ocorrido os mais prejudicados são os últimos, pelo seu contingente demográfico menor, pela sua menor capacidade de enfrentar o poderio adverso, e pela sua inferioridade em tecnologia bélica.

No segundo nível, será a integridade biótica das populações indígenas a ser afetada. Estabelecido um contato direto, ainda que esporádico ou ocasional, como na captura de um prisioneiro branco, ou mesmo indireto, como na contaminação das terras ou rios, há imediata e inevitável possibilidade de transmissão de germes patogênicos da população branca às populações índias, com os conseqüentes surtos epidêmicos. Dada a falta, entre os índios, de resistência orgânica adquirida contra as doenças próprias dos brancos, as taxas de morbidade são sempre altíssimas -- chegando freqüentemente a 100% --, e as de letalidade altíssimas também. Assim, serão cumulativos os efeitos das epidemias e os das baixas em choques guerreiros, com os primeiros sendo a causa primária de processos depopulativos devastadores. Isto é capaz de levar povos inteiros à extinção,

Handwritten signature

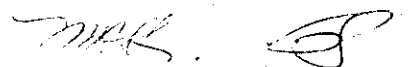
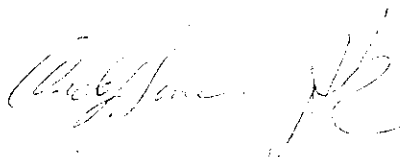
Handwritten mark

Handwritten mark

como repetidamente se tem verificado: mesmo quando houve assistência médica rigorosa, foi impossível evitar elevadas taxas de mortalidade (vide, por exemplo, a epidemia de sarampo no Alto Xingu de 1954: pereceu cerca de 25% da população).

No terceiro nível, estarão os efeitos ambientais da própria atividade de pesquisa ou lavra que desencadeia variados processos de disrupção ecológica. Por exemplo, a abertura de trilhas para aparelhagem e a seqüência de explosões da prospecção sísmica de hidrocarbonetos afetarão a cobertura vegetal e os hábitos de alimentação, reprodução e deambulação da fauna, fonte essencial de proteínas para os índios. Com maior razão, a lavra -- qualquer tipo de lavra, mormente mecanizada -- terá efeito mais profundo sobre o seu ambiente, que não pode ser reduzido à simples contaminação do ar ou da água. Qualquer intervenção num eco-sistema o altera como um todo, em suas inter-relações funcionais e, ao fazê-lo, afetará direta ou indiretamente os povos indígenas que dele extraem seus meios de vida. E há poluentes que, liberados no ar ou nas águas, a eles não ficam limitados: introduzem-se nas cadeias alimentares, e estas, organizadas em redes, se encarregam de conduzir os elementos nocivos à fauna e à flora, acabando, assim, por atingir o homem. Se este for um homem tribal, e sobretudo um homem tribal isolado, estará drasticamente limitado para se defender ou minimizar as conseqüências. Isto está, à saciedade, demonstrado por exemplos históricos e insistir, por via legal, em perpetuar o erro é condenar à morte, ou a graves lesões orgânicas, demográficas ou sociais os povos que por ele são atingidos. Porque, cumulativamente também, as alterações que se verificarem a nível demográfico se refletirão sobre o nível social, pois a organização de uma sociedade terá de se reajustar às mudanças profundas verificadas em sua base demográfica. Isto supondo que ela tenha tempo de se reajustar. Além disso, a disrupção do ambiente economicamente explorado exigirá modificações técnicas ou econômicas para enfrentar as novas condições, e estas, irão de novo incidir sobre a estrutura social.

Estando os povos indígenas em contato direto e mais ou menos constante com os mineradores e pesquisadores, a todas as conseqüências bióticas e sociológicas já previstas, virão juntar-se resultados de ordem econômica e aculturativa. Novos hábitos de consumo, necessidades de acesso a bens produzidos fora do âmbito da tribo, gerarão a necessidade de produzir bens para troca, ou trabalho para o mercado, e com isso romper a auto-suficiência da economia indígena. Tais necessidades e ruptura conduzem a desviar para outras atividades econômicas trabalho im-



prescindível à produção de bens essenciais ao consumo -- alimentar e outros --, e com isso a reduzir a produção dos mesmos. Assim, a dieta indígena acabará drasticamente afetada e com ela a higidez dos índios e sua capacidade de resistência às doenças do contato. Perturbado estará, igualmente, o conjunto de atividades produtivas ou cerimoniais exigidas para manter o funcionamento da sociedade. Portanto, neste ponto não há como falar de respeito às culturas indígenas, se as próprias condições que lhes forem impostas levam à sua progressiva e inelutável desorganização e colapso.

Mais grave é, ainda, a mudança gerada pela disposição que permite usar os índios como mão-de-obra assalariada pelas empresas, pois o Decreto a equipara à nacional, tanto quanto à sua destinação quanto às suas garantias legais. Com isso, não atende à realidade específica das sociedades indígenas, nem às características gerais das situações de contato. Não basta, como determina, que se leve "em conta a capacidade de trabalho e o grau de aculturação do silvícola". Semelhante enunciado prova a estreita perspectiva individualista -- aliás, própria ao direito brasileiro -- em que se move o Decreto, que não se dá conta de que, para além da capacidade individual de trabalho e do grau de aculturação do índio, há em jogo questões fundamentais de ordem estrutural. Capacidade de trabalho o índio sempre a teve e terá, e dada a distância cultural entre sua tecnologia e a da sociedade a que pertencem as mineradoras, ele a terá para as tarefas menos especializadas, situadas na base da hierarquia empresarial, mais duras e mal remuneradas e, por isso mesmo, mais vulneráveis à exploração. Isto equivalerá a uma discriminação de fato, sem que a ela possa obstar o dispositivo legal que declara " vedada a discriminação entre os indígenas e demais trabalhadores". Forçoso é também reconhecer que mesmo com limitado grau de aculturação, poderá ser o índio situacionalmente compelido a aceitar essas tarefas, desde que, por exemplo, para cavar bastará que disponha do conhecimento lingüístico necessário a entender as ordens que lhe sejam dadas; e talvez, até, de menos que isso ...

Mas o que está em jogo não são aqueles dois fatores e sim o fato de que, para se assalariar o índio em regime de trabalho industrial, terá de abandonar suas tradicionais atividades de subsistência, sociais e cerimoniais, pois só assim poderá dispor do tempo integral que aquele trabalho exige. Com isso, estará definitivamente lançado no mercado, e, dados os níveis de remuneração vigentes para trabalhadores não especializados no mercado nacional, lançado simultaneamente

[Handwritten signatures and marks at the bottom of the page]

em níveis de renda, monetariamente aferidos, que o põem com sua família abaixo do mínimo necessário à sobrevivência. Isto porque, vendendo sua força de trabalho, terá de obter por via de mercado seus elementos para subsistir. Assim, o esforço dele exigido aumentará, e, concomitantemente, diminuirá o retorno obtido em troca, pois a experiência prova que, se as economias indígenas atendem a contento e mantêm o bem estar dos índios, a economia de mercado, na atual estrutura e conjuntura brasileiras, de forma alguma atende às necessidades vitais mínimas dos grupos envolvidos. Haja vista as altas taxas de mortalidade infantil entre os segmentos mais desprovidos da sociedade nacional. Fica, pois, demonstrado que a utilização de mão-de-obra indígena, que o Decreto dá por desejável, é, única e exclusivamente, lesiva aos direitos, interesses e bem estar dos índios. Diante disto, a menção, pelo Decreto, de medidas acauteladoras em sua defesa cai no vazio, pois, no que dispõe e em seus efeitos previsíveis, ele é internamente contraditório e revela desconhecimento de causa por parte de seu redator.

Com a permissão de utilizar o trabalho indígena nas empresas mineradoras, o Decreto potencialmente reduz o índio à condição de assalariado na exploração das riquezas de suas próprias terras, utilizando meios de produção que lhe são estranhos. Desse modo, consoma no plano normativo, e tenderá a consumir na prática, a dissociação entre a força de trabalho indígena e seus meios de produção e matérias primas tradicionais, para conjugá-la, por via do capital das empresas, a meios de produção que não lhe pertencem e a matérias primas que serão por outrem apropriadas. Assim dispondo, o Decreto torna legal, em relação aos índios, um emprego de sua força de trabalho com as nítidas características de uma estrutura de exploração colonial. Isto porque incide sobre territórios e populações de sociedades dominadas e etnicamente diferenciadas em benefício de setores dominantes da sociedade colonizadora. Tal fato é inaceitável e contraria toda a tradição legislativa republicana em defesa dos povos indígenas.

Já a garimpagem, faiscação e cata, exercidas exclusivamente pelos índios, não é tão nociva quanto o que acima foi analisado. Isso porque, embora acarrete mudanças na economia, organização do trabalho e modos de vida dos índios, esse tipo de atividade poderá ser por eles mesmos compatibilizado com as suas outras exigências de alocação de trabalho e recursos, e, portanto, parcialmente posto sob controle. Mas, num caso e noutro, cumpre não esquecer que a extração de minerais sofre as injunções do mercado cujas flutuações se refletem na remuneração individual dos índios (nos garimpos e assemelhados) ou no nível de

Adolfo

1972

emprego de sua força de trabalho. Em tais casos, e para cada sociedade indígena, isto se traduzirá numa baixa da renda individual ou, mais grave, de eventual liberação de força de trabalho que não terá alternativas locais de mercado de trabalho, sem ter, em contrapartida, como regressar de súbito à sua antiga economia: porque, como se viu, especialmente no caso de seu emprego assalariado, essa economia se terá desorganizado por causa mesmo desse emprego. E não pode ser subitamente reativada, porque, ajustada aos ritmos ecológicos e sazonais de seu ambiente, destes depende para existir.

Perante tudo isso, são distanciadas da realidade e inócuas por si mesmas as disposições relativas à proteção a ser dada pela FUNAI no caso da pesquisa e lavra empresarial. Determinar que se pague indenizações, rendas e participação nos lucros, é adotar uma perspectiva etnocêntrica e economicista, que tudo interpreta em função das regras de uma economia monetária -- que não se aplicam, em absoluto, às economias de subsistência indígenas, ainda que modificadas por algum tipo de articulação com o mercado. As indenizações (que o Decreto não explicita sobre que incidem, nem sobre que forma material serão pagas, dinheiro, terra ou produtos) que significado real terão face à destruição maciça que a aplicação do Decreto faz prever, e que foi já descrita? Classificadas nesse diploma legal como indenizações, elas na verdade não indenizariam a totalidade do mal causado de modo compatível com os interesses de cada um dos povos atingidos. Não há, tampouco, termo de comparação entre os prejuízos causados pela ocupação pura e simples do solo indígena, e a renda por ela paga, uma vez que renda não é categoria vigente em economias tribais, e aqueles prejuízos tendem a tornar-se catastróficos. O mesmo se aplica à participação no produto da mineração: são incomensuráveis as grandezas qualitativa e quantitativa da destruição causada, e a avaliação quantitativa e monetária de sua compensação.

Por fim, suspender trabalhos de pesquisa ou lavra em nada alterará o que foi dito, ainda que haja da parte da FUNAI a vontade e a força política necessárias para tanto -- coisa de que é legítimo duvidar, face aos desafios com que se defronta sem êxito, e que lhe são diariamente lançados no referente às terras indígenas.

Por outro lado, cumpre sublinhar a preocupação do Decreto com os prejuízos à cultura indígena, quando ele provocará outros que ignora e são bem mais graves, incidindo sobre a ecologia, a demografia, a economia e a organização social dos povos atingidos, sem que por isso a cultura seja poupada. É essa uma

S
M...

preocupação culturalista que se tornou leit motiv de toda a legislação indigenista e que acaba, em última análise, por servir apenas para encobrir uma falta de conhecimento especializado e seguro. Falta essa que, regra geral, tem informado a tentativas de legislar em relação aos índios. E falta essa também que é urgente corrigir.

Face a todo o exposto, impõe-se concluir que o Decreto é injusto em seus efeitos cientificamente previsíveis, internamente contraditório no que diz respeito aos índios, e incompatível com a legislação maior que põe a coberto da proteção tutelar da União seus interesses e bem estar. E concluir, portanto, que deve ser substituído por instrumento compatível com uma política indigenista cujas linhas mestras são dadas pelo Estatuto do Índio, pelo Código Civil e pela Constituição Federal.

5- Efeitos complementares previsíveis da Minuta de Portaria

Analisados os efeitos já tornados possíveis pelo Decreto Nº 88.985, cabe agora passar à análise dos efeitos complementares que a Minuta traria, se aprovada e posta em execução. Em termos gerais, verifica-se que ela padece dos mesmos vícios atomizantes e individualistas -- no sentido jurídico do termo -- já encontrados no Decreto, mas acrescenta-lhes outros, que freqüentemente agravam o fora anteriormente disposto.

No item 1º de seu Resumo, é inconseqüente proibir a concessão de assentimento em áreas com índios recém contatados e em processo de atração, e, ao mesmo tempo, nada dizer quanto aos índios isolados que, "presumivelmente", devam existir em áreas "presumivelmente habitadas por índios". Semelhante redação só pode indicar que abstrusamente o redator considerou que, estando isolados os índios, estariam imunes às conseqüências deletérias da presença de civilizados. É exatamente o contrário que ocorre, como ficou demonstrado, pois os efeitos ecológicos fazem-se sentir através dos mecanismos eco-sistêmicos, haja ou não contato entre as populações humanas em causa. Isso é tanto mais marcante porque epidemias -- como a gripe espanhola no começo do século -- podem-se difundir de tribos em contato para outras que jamais hajam visto um branco e dizimá-las; com a agravante de estarem fora de alcance para qualquer atendimento médico. Será entre estas que as mais altas taxas de letalidade epidêmica devem ser esperadas e efetivamente

P
M...

ocorrem, tornando extremamente provável sua extinção. Tal erro é inaceitável, em Portaria como a da Minuta em pauta.

No item 3º do mesmo Resumo, ao definir os minerais estratégicos -- que, diga-se, estão já definidos em uma listagem oficial do DNPM --, enumera-os e acrescenta: " e outros". Com isto, e dada a latitude do termo "estratégicos", todo e qualquer mineral pode ser classificado como tal, desde que essencial não importa a que indústria, desde que ocupe posição relevante na economia do país -- da qual depende sua segurança e desenvolvimento. Portanto, ali deverá ler-se que onde há minerais, sejam quais forem, será possível a pesquisa e a lavra empresarial. Como vimos, está restrição estipula que só entrará nas áreas indígenas aquele tipo de exploração mineral que mobiliza maiores contingentes humanos com rígida organização e com grande capacidade de alterar o ambiente provocando a sua disrupção. Neste ponto, os únicos beneficiados serão as empresas mineradoras, com correspondente prejuízo para os territórios e povos indígenas.

Ainda no mesmo item, a Minuta incide em estranha concepção de excepcionalidade. Ao caracterizar a excepcionalidade da concessão de assentimento prévio a empresas privadas, dá como típicas da excepcionalidade condições estritamente idênticas às que exige para as empresas estatais: que os minerais sejam os mesmos da lista considerada estratégica pela Minuta, e que a empresa tenha prévia e reconhecida experiência de mineração. E só. Porque ambas são nacionais, e só diferem entre si pelo fato de pertencerem ao Estado ou à iniciativa privada. Deste modo, a Minuta alarga as disposições do Decreto, e torna a excepcionalidade igual à norma: quer dizer que, surpreendentemente, acaba por legislar ao contrário da lei maior à qual se subordina. Sabendo-se a fraca possibilidade que a FUNAI tem de efetivo controle sobre os desregramentos praticados em áreas indígenas, e o imenso poder econômico e político que sustenta tais empresas privadas, pode-se dar como assente que ela não teria meios de evitar que, em áreas indígenas, estas se conduzissem a seu bel-prazer.

No item 4º do Resumo, fica patente que a Minuta não aprecia na devida conta tudo aquilo que pode resultar do emprego da mão-de-obra indígena na mineração. Só por isso, a Minuta se torna imprópria por ignorar a mais profunda e radical transformação que o Decreto tem a capacidade de levar às sociedades indígenas, tornando-as fonte e reserva de mão-de-obra barata

num sistema estruturalmente colonial, com a agravante de o exercício desse colonialismo, conforme a letra da lei, acabar nas mãos de empresas preferencialmente do Estado -- do mesmo Estado que leis maiores obrigam a proteger e promover o indígena, e não a transformá-lo em instrumento dos seus próprios desígnios econômicos. Apenas isto já caracteriza a Minuta, à semelhança do Decreto, como irreconciliável com o exercício da tutela protetora.

Além disso, ao estipular as obrigações da FUNAI para minorar os efeitos da abertura das áreas indígenas à mineração, a Minuta não restringe de modo substancial os possíveis resultados nocivos sobre as populações indígenas, como antes ficou dito e examinado. Por exemplo, considera os rios como essenciais, mas esquece que agir no leito de um rio significa perturbar potencialmente toda a bacia a que ele pertence, e isto não só a vazante: peixes que se deslocam rio acima, de trechos poluídos para outros que não o sejam, e para os afluentes são capazes de levar consigo elementos de contaminação para as redes alimentares do ecossistema. Noutro ponto, aplica o conceito de indenização tão só àquela devida por benfeitorias prejudicadas ou destruídas; mas esquece que as matas e rios com seus recursos naturais não são benfeitorias, e que são eles que sofrem mais sérios prejuízos com a mineração. A ser válida a indenização -- cuja crítica foi feita anteriormente --, ela o seria com mais razão por esses recursos naturais do que pelas dispersas benfeitorias que os índios possam ter em seu território. Indenizar apenas as benfeitorias redundaria, na verdade, em eximir as empresas de indenizar pela maior e mais relevante parcela dos prejuízos provocados. Pelo que se viu, também as restrições ao trânsito e utilização das áreas externas à minerada são pouco menos que nada, por todos os motivos expendidos ao analisar o Decreto. Também não se entende a exclusiva preocupação com os prejuízos à cultura indígena quando há outros mais sérios e que lhes são anteriores, senão cronológica, pelo menos logicamente; foi visto, igualmente, que manter condições sanitárias na área de mineração não é o bastante, porque uma simples exceção ou imprevidência seria suficiente para anulá-las e infligir aos índios golpes mortais.

Por fim, há que ressaltar na Minuta a recorrência de dispositivos que tendem a reforçar o poder discricionário da FUNAI (vide no Resumo da Minuta ítem 5º, b ; ítem 6º, a -g), dando-lhe todo poder político de decidir, e sem uma única vez

mencionar a participação dos povos indígenas em processos decisórios vitais para seus destinos. Também os recolhimentos previstos são à conta da Renda do Patrimônio Indígena, que, como se sabe, não é, como deveria ser, integralmente revertida em proveito dos povos que a geram: no máximo, isso poderá "preferencialmente" ser considerado como reversível para eles. Somando-se a essas disposições, a Minuta acaba por fazer reverter para a FUNAI "uma parcela equivalente ao dízimo previsto"; assim, os indígenas acabam por ter que pagar uma espécie de imposto indireto pela proteção que os Estado lhes deve; Estado esse que emana da sociedade nacional que explora terras indígenas para atender interesses dela mesma e não dos índios. Chegou-se aqui ao paradoxo perfeito da política indigenista.

Chegou-se, também, à tentativa de anular de fato e de direito o princípio central do Código Civil quanto aos índios, e ao de sua incapacidade relativa. Substituindo-se-os por inteiro, fazendo caso omissivo da vontade dos índios no poder de decisão, pela Minuta a FUNAI arroga-se o direito de sobrepor sua vontade à dos índios. Com isso, ela passaria a representá-los como se fossem absolutamente incapazes, e não a assisti-los na qualidade de relativamente incapazes que são à face do Código Civil. Assim, legalizada no plano econômico uma estrutura colonial, no plano político a Minuta legalizaria a inteira submissão dos índios ao poder discricionário do órgão tutelar. Ambas as coisas se complementam e são evidência patente de uma orientação indigenista que conflitua por completo com a justiça e com os interesses dos índios, e, mais ainda, conflitua com as leis maiores que regem a política nacional em relação aos índios. Dessa forma, a Minuta cai em plena ilegalidade; e como instrumento ilegal e nocivo aos povos indígenas do Brasil deve ser in totum rejeitada.

6- Conclusão

Por todas as razões apresentadas, este parecer especializado considera o Decreto e a Minuta de Portaria como totalmente inadequados à condução de uma política indigenista coerente com a realidade pluriétnica do país e com a igualdade e não discriminação que deve prevalecer entre as diversas etnias que o compõem. Recomenda, portanto, a revogação do Decreto Nº 88.985, de 10/11/1983, o abandono da Minuta de Portaria que o pretende regulamentar e a substituição de ambos por um outro

diploma a nível de lei; diploma esse que leve em conta os fatos expostos e tome como objetivo precípua fazer da tutela um instrumento de real benefício para os povos indígenas, levando-os à participação simétrica na sociedade pluriétnica que no país se vem construindo há séculos.

16

8
Small

III. ANÁLISE POLÍTICA DO SIGNIFICADO E CONSEQUÊNCIAS DO DECRETO PRESIDENCIAL Nº 88.985/83

Por que mineração mecanizada em área indígena? E por que agora ? Qual o significado político das atitudes que o governo federal vem tomando neste sentido ? E quais as consequências que isto pode acarretar para os povos indígenas no Brasil?

Estas são questões sobre as quais as associações profissionais e as entidades civís vinculadas à questão indígena, assim como a organização dos índios, vêm se debruçando desde 10 de novembro último, quando da publicação do decreto presidencial de nº 88.985. O decreto permite, como se sabe, a mineração mecanizada, nos territórios indígenas, por empresas estatais e privadas nacionais e é assinado pelo Presidente da República e pelos Ministros do Interior e das Minas e Energia.

Agora, pressões muito visíveis - já que se manifestam na forma de ameaças e chantagens políticas através da suspensão do fornecimento das verbas necessárias para a assistência aos índios - trazem maior preocupação e incitam à reflexão. Tais forças pretendem a implementação do decreto através de uma portaria que o regulamente e que deverá, ouvido o DNPM, ser assinada pelo presidente do órgão tutor.

Os textos do decreto e da minuta de portaria revelam total desconsideração pelos índios, tratando-os - por inexistência de referência explícita em contrário - como incapazes de opinar e participar das decisões relativas a autorizações de pesquisa e lavra minerais em seus territórios. Mesmo não convidados a opinar, os índios discutiram a questão e posicionaram-se publicamente contra o decreto (O Globo, 11/12/83; Nosso Chão, Coordenadoria de Publicações, UNI Regional Sul, São Paulo, 1984).

A posição das associações profissionais e organizações não-governamentais de apoio ao índio de negação do decreto, foi também imediata e radical, além de publicamente anunciada: o decreto deve ser repudiado, pois acarretará a destruição física dos índios (ESP, 12/11/83; Diário Popular, 21/11/83; O Globo, 11/12/83). A reação contrá-

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

ria à regulamentação do decreto é, portanto, coerente com atitudes anteriores; e o governo federal não contará, de modo nenhum, com a conivência ou com o aval das entidades signatárias deste documento na implementação das medidas em causa.

A Constituição Brasileira estabelece que cabe ao Estado a proteção das comunidades indígenas no país; o Código Civil, que esta proteção se deve efetivar através de um órgão especial - no caso, a Funai. O bem-estar dos povos indígenas e a garantia de condições essenciais de sua sobrevivência como tais é a questão principal, que deveria nortear as atitudes do governo federal.

Sendo os índios no Brasil considerados relativamente capazes, cabe ao Estado assisti-los e defendê-los de agressões de todo tipo. No entanto, é o Estado que vemos transformado em principal agressor. Isto se faz através de várias frentes.

Em primeiro lugar, com o corte de verbas de assistência às comunidades indígenas. A grave situação no Acre, onde um surto de sarampo atingiu várias aldeias, há pouco, e um iminente desastre no Xingu, onde as populações indígenas estão há meses sem assistência médica preventiva, são apenas dois exemplos, mas suficientemente claros, da gravidade da situação. Poderíamos ainda citar os Waiãpi, atingidos por um surto de febre amarela e malária que já vitimou sete pessoas desde fevereiro deste ano. Há falta de ação preventiva, de orientação médica e de pessoal na área. Por falta de verbas, a FUNAI não tem cumprido com suas obrigações, neste campo. Os xinguanos, prejudicados pela suspensão da vacinação, estão sujeitos a epidemias que lhes serão, como todos fartamente sabemos, fatais.

Além da paralisação da assistência aos índios em domínios essenciais, em virtude do corte de verbas, verifica-se que é inibida a vontade política da FUNAI, em termos amplos e de modo absurdo. A FUNAI se omite e se ausenta indesculpavelmente em situações gravíssimas, por exemplo no caso de Toldo Chimbangue e no dos Kiriri da Bahia, em que não move uma palha para impedir a chacina sistemática dos índios.

Em segundo lugar, o governo federal agride os índios ao abusar, na prática, de seus deveres de tutor. A tutela dos índios lhes garante o direito de serem esclarecidos, acompanhados e assistidos em decisões que os possam afetar, e o acesso às condições fundamen

(Handwritten signatures and initials)

tais de sua existência. Ao invés disso, sabemos que os últimos anos têm sido marcados pela deslealdade do tutor em relação a seus tutelados. O texto do decreto revela um falso pressuposto: a tutela é entendida aí como poder de representação dos índios pela FUNAI. É como se o órgão pudesse substituí-los em suas decisões.

É por isso que não há, em nenhum dos textos (decreto e minuta de portaria), a mais leve menção à opinião dos índios quanto à oportunidade e às condições da mineração em seus territórios específicos. O movimento dos índios, organizados pela defesa de seus direitos, tem se caracterizado, acima de tudo, pela busca de garantias e modos de efetivação da auto-determinação dos povos indígenas. Os textos em questão e as medidas que querem viabilizar desconsideram não só a lei como também as reivindicações dos próprios índios, que contam, neste ponto, com o apoio irrestrito da sociedade civil, publicamente reafirmado inúmeras vezes.

É conhecido o não cumprimento da lei 6.001 no tocante à demarcação integral das terras indígenas até dezembro de 1978. Das terras demarcadas, grande parte se encontra invadida. Dentre os vários tipos de invasão, estão os casos de garimpagem dita "clandestina". O argumento do governo em favor da regulamentação do decreto nº 88.985/83, é que esta seria uma forma de controle. Omite-se, nesta argumentação, no entanto, a recorrência das invasões por empresas mineradoras estatais, de capital misto e privado.

Para comprovar a inadequação do referido argumento, basta examinar alguns exemplos-símbolo da diversidade das situações reais já existentes:

a) os garimpos da área noroeste da Reserva Indígena Kayapó (Kikretum - Cel. Pombo) são exemplos da garimpagem dita "clandestina" antecipando-se às pretensões de empresas interessadas na mesma área; desafiam o poder de controle da FUNAI, permitindo algum espaço para a atuação dos indígenas em proveito próprio;

b) já no extremo sudeste da mesma Reserva Indígena Kayapó, está o garimpo de Cumaru, situação em que houve uma oficialização da garimpagem dita "clandestina", através do controle dos órgãos federais de orientação técnica da produção e, sobretudo, da comercialização do ouro. Como recurso, no que toca à invasão da área indígena, foi utilizado um convênio bilateral Docegeo/FUNAI, firmado em 1981, subtraindo qualquer possibilidade de os índios expressarem sua vontade.

(Handwritten signatures and initials)

Calcula-se em 6 ou 7 mil o número de garimpeiros invasores na Reserva Kayapó. Diante desse quadro, cabe perguntar: por que não regulamentar essa situação de fato e por que decreto e minuta de portaria viabilizam a entrada de mineradoras em áreas indígenas? O governo federal regulamenta a mineração mecanizada mas não faz cumprir a lei de garimpagem (art. 44 do Estatuto do Índio). A situação concreta nas áreas indígenas invadidas demonstra que órgãos como IBDF, DNPM e FUNAI não têm, de fato, condições de exercer o controle que é exigido por lei. Diante desta constatação, como esperar a efetivação das medidas protecionistas detalhadas na regulamentação do decreto?

O decreto e a minuta de portaria superestimam a capacidade de controle e fiscalização da FUNAI. O caso Waimiri-Atroari demonstra com clareza a facilidade com que a FUNAI sucumbe a pressões primárias e aceita manipulações as mais absurdas, por parte das empresas, visando à espoliação dos indígenas.*

O raciocínio do governo pretende que as mineradoras, com base em sua suposta capacidade de controle, exerçam de fato a tutela - o que é imoral e inconstitucional.

* Ver, a respeito, a publicação do Movimento de Apoio à Resistência Waimiri-Atroari, Resistência Waimiri/Atroari, Itacoatiara, 1983, pp. 21-22: "mais recentemente a Paranapanema criou uma nova subsidiária, a ACARAÍ - Indústria de Mineração Ltda., visando à exploração das jazidas ao longo da estrada vicinal, dentro da Reserva Indígena. A partir da descoberta das jazidas do Uatumã, o projeto RADAM/Brasil e Aerofoto Cruzeiro, alteraram o mapa da região, visando a prejudicar os índios e favorecer os exploradores do minério. Até 1971, em todos os mapas, inclusive o que acompanha o memorial descritivo do decreto nº 68.907/71, que criou a Reserva Waimiri/Atroari e os mapas do IBGE, o igarapé Santo Antonio do Abonari desembocava no rio Uatumã na altura dos pontos geográficos 59°45' WGr e 1°30' S. Nos mapas do RADAM/Brasil e Aerofoto Cruzeiro, a foz do mesmo igarapé foi empurrada para a proximidade do paralelo 1°15' e meridiano 60°30', ou seja, a 85 km. de sua plotação inicial. Na manobra cartográfica, o Alto Rio Uatumã, que constitui o limite leste da Reserva, perde seu nome e passa a se chamar rio Pitinga; e o nome Uatumã é dado para um igarapé menor que o seu tributário igarapé Santo Antonio do Abonari. Não foi acidentalmente que a FUNAI, em 1979, concedeu cinco alvarás de autorização de pesquisas minerais, com cerca de 80% de suas áreas encravadas naqueles limites...".

Acervo ISA

Quem ainda, até certo ponto, consegue controlar os garimpeiros, colocando-os para fora, em certos casos, são os próprios índios. É o que acontece, por exemplo, na área Xikrin do Cateté. Isto tem sido possível por não se tratar, neste caso, de uma atividade empresarial, como ocorre na área Waiãpi.*

No tocante às invasões de área indígena por mineradoras estatais, de capital misto e privado, são exemplares os casos já consumados envolvendo a Docegeo/CVRD (Convênio nº 23/81 - FUNAI/Docegeo), a PETROBRÁS (Convênio nº 018/82 - FUNAI/Petrobrás) e a ACARAÍ - Paranapanema (beneficiada no caso Waimiri-Atroari já citado).

Uma consequência ineludível da implementação do decreto nº 88.985 será a implantação imediata de grandes empresas mineradoras onde hoje há os pequenos garimpos "clandestinos", com a exploração da força de trabalho dos atuais garimpeiros autônomos e, ainda, dos indígenas, reduzidos, assim, à condição de servidores do grande capital na exploração das riquezas deles, índios.

A presença da Petrobrás na região dos rios Juruá-Javari, território de grupos indígenas arredios, para fins de prospecção, acarretou, em fins de outubro de 1983, vários confrontos entre seus funcionários e os índios. Detonações de explosivos foram feitas para aterrorizar os índios.**

* Ali, a Mineração Monte Negro, situada no Alto Rio Nipuku, na porção norte do território indígena, já provocou - pela lavagem de minérios com produtos tóxicos - duas mortes por intoxicação em 80-81. Diante da agressão, os índios abandonaram temporariamente a aldeia. O rio Nipuku constitui a "coluna vertebral" da reserva e deve ser preservado. A gravidade deste caso é acrescida do fato de a mineração ter tido seu pedido de autorização indeferido e, apesar disso, continuar em atividade na área.

** São 23 as malocas de grupos sem contato localizadas na área dos rios Jutai, Jundiatuba e Itacoai, cortada por equipes de pesquisa. No dia cinco de setembro último, foram mortos pelos Kurubo um funcionário da FUNAI e um da Petrobrás. A invasão destes territórios foi "arranjada" através de um convênio bilateral Petrobrás/FUNAI (nº 018/82; ver supra), através do qual tentaram legalizar uma série de explorações em área de grupos arredios. O preço deste acordo, em vidas humanas, já é bastante alto. Até onde chegará?

Handwritten signature

Favorável, também, foi o parecer da FUNAI ao pedido de autorização da Petrobrás Mineração S.A. - PETROMISA, em área com incidência parcial na reserva Krikati, com base no convênio já mencionado.

Para finalizar, nunca é demais mencionar o caso Elf-Aquitaine/Petrobrás na área dos Sateré- Mawê.

O recurso a indenizações tem sido, até agora, uma reação das comunidades indígenas frente a fatos consumados. A regulamentação do decreto nº 88.985 propõe transformar em norma a destruição parcial ou total dos territórios indígenas, seguida de indenizações. Quando se trata da sobrevivência física e cultural das sociedades indígenas, as perdas são irreparáveis.

Do ponto de vista de uma política mineral, o decreto nº 88.985 e a minuta de portaria que o regulamenta, apresentam inúmeros aspectos discutíveis, que foram acusados em parecer técnico da Coordenação Nacional dos Geólogos - CONAGE:

- a) "O artigo 4º (do decreto) condiciona as autorizações de pesquisa e lavra a minerais estratégicos necessários à segurança e ao desenvolvimento nacional. Não existe definição legal sobre quais são estes minerais estratégicos, implicando, com isso, que as decisões serão pessoais, o que não é cabível para um tema tão abrangente"
- b) "No mesmo artigo, o §1º coloca que 'em casos excepcionais a mineração em área indígena poderá ser realizada por empresa privada nacional'. O que significa 'casos excepcionais'?"
- c) "No artigo 8º, prevê-se a utilização de mão de obra indígena. Esta colocação é limitante da participação dos índios, que pode ser mais abrangente, envolvendo-se no planejamento e nas decisões sobre o empreendimento, colocando diretamente o interesse de sua comunidade e, ao mesmo tempo, permitindo que a consolidação da subsistência econômica seja otimizada através de outros tipos de participação, como se observa em outros países."
- d) "A minuta de portaria da FUNAI, conforme previsto no decreto 88.985/83, estabelece normas para a aplicação do decreto. Nota-se uma pressa inexplicável implícita na ausência de conceitos básicos capazes de definir as proposições. Por exemplo, não apresenta distinção adequada entre pesquisa e lavra mineral, que se reveste de características distintas que devem ser avaliadas. A pesquisa mineral é realizada para descobrir minérios, utilizando um número

Adelino Lora

AK

S

MAR

variável de pequenas equipes encarregadas de vasculhar toda a área de concessão em busca da descoberta e avaliação de ocorrências minerais. A maneira de atuação desta equipes acrescenta dificuldades à fiscalização da FUNAI, devido à grande mobilidade delas. Por outro lado, a operação de lavra caracteriza-se pela localização determinada em área relativamente pequena, utilizando-se de enorme contingente de trabalhadores, de centenas a milhares. Aí também se verificam as maiores alterações ambientais com riscos de poluições graves da água e do ar, cujo alcance é pouco conhecido."

e) " O bem mineral é esgotável, não-renovável. Sua capacidade de gerar riquezas é limitada no tempo, pelo esgotamento da jazida. A finalidade precípua da retirada é utilizar esta riqueza na geração de outras, duráveis, para o bem-estar dos povos."

A regularização jurídica da entrada nas áreas indígenas para pesquisa e lavra é condição para que empresas de vulto se decidam a investir aí seu capital. A regulamentação do decreto significaria uma avalanche de empresas mineradoras nas áreas indígenas. Sabe-se que há hoje cerca de 200 pedidos de autorização para prospecção mineral em área indígena encaminhados à FUNAI. Uma amostra bastante significativa, composta de 134 pedidos, no ano de 1984, revela a extensão do assalto às terras indígenas. A COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, através de suas muitas subsidiárias, é a grande empresa responsável por quase todas as autorizações solicitadas (ver, a respeito, o dossiê "Mineradoras e Áreas Indígenas", CEDI, São Paulo, 1984).

Cabe denunciar, diante destes dados, a manipulação política da CVRD diante da questão indígena: de um lado, como repassadora das verbas do Banco Mundial, exige a implementação de medidas de segurança e proteção das comunidades indígenas afetadas pelo Projeto Carajás; ao mesmo tempo, encaminha ao DNPM e à FUNAI 48 pedidos para mineração em área dos Kayapó (28 na área Xikrin do Cateté e 20 na área Gorotire - Reserva Indígena Kayapó), um dos grupos indígenas pretensamente protegidos através das recomendações do Banco Mundial.

A análise comparativa dos processos de autorização de pesquisa mineral indeferidos pela FUNAI em 1982 e da situação em 1984 revela que, antes do decreto nº 88.985/83, a grande maioria das empresas interessadas na exploração de minérios em áreas indígenas eram de capital internacional. O decreto as exclui e privilegia as

[Handwritten signatures and initials at the bottom of the page]

estatais (embora os "casos excepcionais" previstos na minuta de portaria cubram praticamente toda a gama de situações, liberando, de fato, a penetração das empresas nacionais em áreas indígenas.)

Diante de todas estas ponderações e de tantos fatos demonstrando a gravidade, a complexidade, o alcance múltiplo da questão da mineração nas áreas indígenas e o perigo da precipitação na tomada de decisões a este respeito, cabe perguntar: por que a pressa? E por que a pressa num período de sucessão presidencial - desde quando sabemos que a medida em causa sequer faz parte de um programa de governo? (Isto não a justificaria, mas a isentaria do sentimento imediatista que a reveste e que não levou em conta a legislação vigente).

O governo procede como se houvesse uma necessidade ineludível e premente de realizar esta exploração de minérios em área indígena para salvar a economia nacional.

Na verdade isto aumentaria a depreciação já absurda dos recursos minerais brasileiros que são explorados deficitariamente, em alguns casos, e quase sempre levados a mercado em condições anti-econômicas - o que dá como resultado um empobrecimento real pela liquidação de recursos não renováveis.

Em face disto, manter reservas minerais intactas é o que seria mais racional. O aniquilamento de tais reservas, agora, como resposta a pressões para o pagamento de juros da dívida externa (se fosse o caso) significaria grave dano não apenas às sociedades indígenas do Brasil, mas, inclusive, a toda a sociedade brasileira - que, aliás, também não foi consultada a este respeito.

Cabe à opinião pública o direito de ser esclarecida quanto à identidade das pessoas e grupos que pressionam para que este lamentável decreto seja regulamentado. Caso isto aconteça, estará consumado o saque final às terras indígenas e um prejuízo irreparável para todo o povo brasileiro.

As entidades que subscrevem este documento manifestam sua disposição de mobilizar a opinião pública nacional e internacional contra esta infeliz iniciativa e lutar por todos os meios para que ela não se concretize.

Brasília, 10/set./1984.

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page.

A. J. Sampaio

ÁLVARO (DOÊTHIRO) TUKANO SAMPAIO
UNIÃO DAS NAÇÕES INDÍGENAS.

Alcida Rita Ramos

ALCIDA RITA RAMOS
ASS. BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA

Antonio Brand

ANTONIO BRAND
CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO

Aracy Lopes da Silva

ARACY LOPES DA SILVA
COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP

Cláudia Andujar

CLÁUDIA ANDUJAR
COMISSÃO PELA CRIAÇÃO DO PARQUE YANOMAMI

Júlio M. G. Gaiger

JÚLIO M. G. GAIGER
ASS. NACIONAL DE APOIO AO ÍNDIO - PORTO ALEGRE/RS

Ordep Serra

ORDEP SERRA
ASS. NACIONAL DE APOIO AO ÍNDIO - BAHIA

Pedro Agostinho

PEDRO AGOSTINHO
ASS. BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA

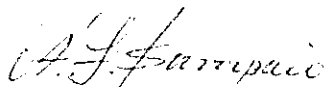
Brasília, 10 de setembro de 1984.

Senhor Presidente:

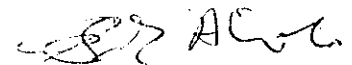
Pelo presente, as entidades indigenistas, associações profissionais e a União das Nações Indígenas, através dos seus representantes abaixo-assinados, encaminham-lhe Parecer Jurídico, Antropológico e Político a respeito de eventual expedição de portaria regulamentadora do Decreto nº 88.985/83, conforme compromisso assumido em reunião mantida com Vossa Senhoria, no dia 27 de agosto passado.

No ensejo, reiteram-lhe protestos de consideração.

Atenciosamente,



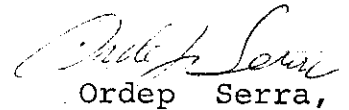
Alvaro (Doethiro) Tukano Sampaio,
União das Nações Indígenas.



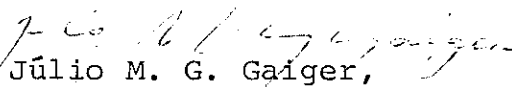
Pedro Agostinho,
Ass. Bras. Antropologia.



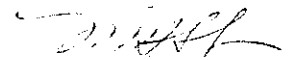
Alcida Rita Ramos,
Ass. Bras. Antropologia.



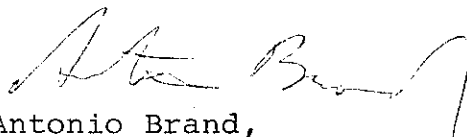
Ordep Serra,
Ass. Nac. Apoio ao Índio
da Bahia.



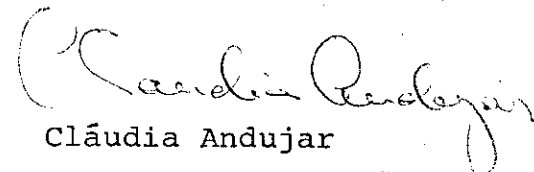
Júlio M. G. Gaiger,
Ass. Nac. Apoio ao Índio,
Porto Alegre/RS.



Aracy Lopes da Silva,
Comissão Pró-Índio - SP.



Antonio Brand,
Conselho Indigenista Missionário.



Cláudia Andujar
Comis. Pela Criação do
Parque Yanomami

AO ILMO. SR.
DR. JURANDY MARCOS DA FONSECA
DD. PRESIDENTE DA FUNAI
BRASÍLIA - DF