

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ABIGAIL CRISTINE CARNEIRO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
INDISPONÍVEIS INDÍGENAS**

**CURITIBA
2009**

ABIGAIL CRISTINE CARNEIRO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
INDISPONÍVEIS INDÍGENAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Ivo Faccienda

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

ABIGAIL CRISTINE CARNEIRO

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS INDÍGENAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1 BREVE HISTÓRICO: DA CONSTITUIÇÃO DOS ÍNDIOS À CONSTITUIÇÃO DOS NÃO-ÍNDIOS..... | 10 |
| 1.1 CONSTITUIÇÃO ÍNDIA X CONSTITUIÇÃO NÃO-ÍNDIA..... | 10 |
| 1.2 A CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS DOS ÍNDIOS..... | 12 |
| 1.3 O DIPLOMA CONSTITUCIONAL DOS NÃO-ÍNDIOS:da Constituição Imperial de 1824 à Constituição Democrática de 1988..... | 15 |
| 2 NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORAS DE DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS INDÍGENAS..... | 13 |
| 2.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 21 |
| 2.2DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988..... | 25 |
| 2.2.1 Direitos Fundamentais Indígenas..... | 25 |
| 2.2.2 Direitos Individuais Indisponíveis..... | 27 |
| 2.3 REGRAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS PARA A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS INDÍGENAS..... | 41 |
| 2.3.1 Competência..... | 41 |
| 2.3.2 Legitimidade, Capacidade Civil e Imputabilidade Penal..... | 45 |
| 2.3.3 Atuação do Ministério Público Estadual e Federal na Defesa dos Direitos Indígenas | |
| 3 JURISPRUDÊNCIA NÃO-ÍNDÍGENA X JUSTIÇA INDÍGENA..... | 55 |
| CONCLUSÃO..... | 58 |

RESUMO

Os povos indígenas são titulares dos direitos a eles estabelecidos especificamente nos artigos 231 e 232 da Constituição da República e também dos direitos fundamentais inerentes a qualquer outro brasileiro, dentre eles os direitos individuais indisponíveis. Estes, por sua vez, devem ser protegidos obedecendo as peculiaridades da cultura indígena. Para tanto, ao ser instado a atuar, o judiciário deverá formar o convencimento de suas decisões, tendo como base os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e as normas materiais e processuais dispostas ao longo da Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: **democracia; normas do Estado Democrático de Direito; direitos individuais indisponíveis indígenas e regras processuais constitucionais.**

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou um capítulo exclusivo aos índios, garantindo-lhes o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A especificidade do capítulo constitucional não traduz a impossibilidade de extensão da proteção jurídica de todos os outros artigos constitucionais aos indígenas, pelo contrário, para além dos direitos fundamentais garantidos a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, gozam os índios, suas comunidades e todas as etnias indígenas, também da merecida proteção especial.

Os direitos fundamentais são classificados em: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e, direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Como dito, os indígenas são titulares de todos eles, porém para o presente estudo foram eleitos apenas os primeiros, os direitos individuais indisponíveis, por serem considerados os mais fundamentais e indispensáveis dentre todos eles.

Não se pretende com isso retroceder no tempo e desconsiderar a proteção jurídica coletiva que os povos conquistaram. Ainda mais, quando o direito vem historicamente evoluindo na operação da proteção de direitos individuais para a proteção dos direitos sociais, culturais e coletivos, e destes para os direitos difusos. Justifica-se então, o foco analítico nos direitos individuais, devido ao fato de que a recepção de uma nova dimensão de direitos não exclui aquelas já conquistadas, apenas as fortalecem. E, ao que parece, quando se trata de direitos especiais para os índios, estes viram protegidos antes os considerados direitos de segunda

dimensão para os não-índios (os direitos coletivos) do que os de primeira dimensão, dentre estes os direitos individuais indisponíveis.

Para iniciar a reflexão sobre as normas constitucionais que deverão orientar as decisões judiciais sobre direitos que envolvam indígenas, o primeiro Capítulo se propõe a chamar a atenção, através do histórico, dados e questionamentos, para a co-existência de normas indígenas e não-indígenas. Diante deste fato, convido o leitor a acompanhar o trabalho fazendo o exercício de imaginar-se índio submetido às normas não-indígenas, ou não-índio submetido às normas indígenas, e buscar concluir a que normas cada um deve submeter-se e como harmonizá-las nas decisões judiciais que apresentem como sujeitos da relação, índio e não-índio.

O segundo Capítulo se propõe a apresentar as normas constitucionais que deverão orientar as decisões judiciais sobre direitos individuais indisponíveis indígenas, apresentando em primeiro lugar as normas configuradas como princípios caracterizadores do Estado Democrático de Direito, em seguida analisando cada um dos referidos direitos, quais sejam, inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, para ao fim avaliar as normas processuais constitucionais que garantem o acesso dos índios ao Poder Judiciário para defesa dos seus direitos.

Para finalizar o trabalho, no último capítulo é trazido um exemplo de julgamento pelo Tribunal do Júri Federal, onde foi posto em prática na jurisdição não-índia a harmonização da diversidade étnica e cultural, refletindo os fundamentos da República Federativa do Brasil, tal qual se espera que ocorra em todas as decisões judiciais sobre causas indígenas.

1 BREVE HISTÓRICO: DA CONSTITUIÇÃO DOS ÍNDIOS À CONSTITUIÇÃO DOS NÃO-ÍNDIOS

1.1 CONSTITUIÇÃO ÍNDIA X CONSTITUIÇÃO NÃO ÍNDIA

O que é uma Constituição?¹ Esta é a famosa pergunta que de tema de conferência se tornou título do livro de Ferdinand Lassalle (Qué es una Constitución?), e inspirou a maioria dos doutrinadores constitucionalistas brasileiros. Para responder esta indagação o ilustre conferencista convida a refletir sobre a verdadeira essência da Constituição, chegando à conclusão de que a verdadeira Constituição de um país são “los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada”, não tendo nenhum valor a folha de papel que a expressa senão retratar fielmente os fatores de poder.²

As Constituições podem ser classificadas em materiais ou formais; escritas ou não-escritas; dogmáticas ou históricas; populares ou outorgadas; rígidas, flexíveis ou semi-rígidas. Sob este prisma pode-se afirmar que os diversos povos indígenas, mesmo não possuindo uma Constituição escrita, ao seu modo, não deixam de ter o que os não-índios classificariam - com sua habilidade de dividir em classes - como Constituição material, não-escrita, histórica, outorgada e rígida.³

¹ Em sentido político, Carl Schmitt, define a constituição como decisão política fundamental, sendo que há no texto escrito, normas efetivamente constitucionais, que dizem respeito à decisão política fundamental e leis constitucionais, que são normas que não se referem à mencionada decisão, mas integram o texto constitucional. A seu turno, Hans Kelsen, dá sentido jurídico à constituição ao defini-la como norma pura, puro dever ser, dissociada de qualquer fundamento sociológico, político ou filosófico.¹

² LASSALLE, Ferdinand. Qué es una Constitución? p.84

³ Sem desmerecer o universo cognitivo, as classificações, sub-divisões, entre outras análises reducionistas, só fazem sentido se forem úteis para melhor compreensão do todo.

Antes de passar à análise do texto expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, que limita o poder do Estado e impõe regras à sociedade estendendo direitos e garantias aos integrantes das diversas etnias indígenas existentes no Brasil, seja como indivíduo ou como coletividade, convém explanar, mesmo que de forma superficial, sobre como se distribui o poder e quais são as regras que se apresentam no seio da comunidade indígena. Tarefa difícil, considerando a bibliografia restrita sobre o assunto, a multiplicidade de etnias indígenas, e naturalmente a dificuldade de escrever sobre assunto que foge do campo de estudo e vivência própria.

Mesmo assim vale tentar. Em primeiro lugar, porque o operador do direito, deve conhecer e compreender pelo menos um pouco da organização política e social das etnias indígenas, ainda que conte com o auxílio de antropólogo ou indigenista, para não cometer injustiças. Em segundo lugar, porque há que se refletir, até que ponto as leis brasileiras podem ser invocadas sem desrespeitar o modo de ser do índio, da comunidade e das etnias indígenas.

Para iniciar a reflexão, basta pensar que não são de hoje as críticas feitas às missões que tinham o objetivo de torná-los todos cristãos. Será que os índios não têm direito às suas próprias crenças? Mais recentemente, veio à tona o debate sobre as escolas dos índios ou para índios nas aldeias. Será que logo também não terão direito de ensinar seus filhos com a prática da vida, como é de sua cultura? E a saúde do índio? Será que não podem mais tratá-la com plantas e raízes não encapsuladas? Em meio a tantos questionamentos, onde está o limite da intervenção do direito do não-índio sobre os índios? Qual o alcance do artigo 231 da Constituição de 1988

que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras? É possível harmonizar dois modos de vida tão diferentes sem sacrificar nenhum deles?

Vejamos como é este modo diferente de ser, sob o aspecto da organização social e relação com o poder.

1.2 A CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS DOS ÍNDIOS

“Governão-se por Principaes nas aldeias; e no meio desta província, que he dilatada, há um Principal, ou rei delles, a que todos obedecem com grandíssima sujeição e lhe chamam Tururucari, que quer dizer o seu Deos; e elle por tal se teem.”

(Maurício de Heriarte, em 1662, sobre os Omagua)

Sabe-se que uma aldeia é composta geralmente por índios de uma mesma etnia, que podem se diferenciar em costumes, crenças, línguas e organização social umas das outras. Só no Brasil vivem hoje 460 mil índios em aldeias, distribuídos entre 225 sociedades indígenas que falam mais de 180 línguas diferentes. Além destes, de 100 a 190 mil vivem fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas ⁴.

Sem pretender generalizar e desconsiderar a diversidade etno-político-social dos povos convencionalmente chamados de indígenas, nas

⁴ www.funai.gov.br/índios/conteúdo.htm#sociedades

linhas que seguem são trazidas algumas informações sobre a forma de organização e relação com as normas e o poder dentro de algumas comunidades, apenas a título de exemplo.

Florestan Fernandes, ao estudar a organização social dos tupinambá, relata que cada grupo local contava com pelo menos um chefe principal que possuía qualidades que assim o reconheciam de forma tácita, pois não era eleito publicamente, mas tornava-se chefe devido à confiança nele depositada ou em casos mais raros, por herança dos pais ou avós. Diversos chefes dos grupos locais solidários podiam atribuir maior autoridade a um deles.⁵

As disputas entre membros de um mesmo grupo local, raríssimas de ocorrerem, eram encaradas como assunto privado, possuindo as partes o direito de levar a disputa até onde lhe parecesse conveniente. O resultado da desavença, por outro lado, passava o direito de represália para o grupo a que pertencia o ofendido, ocasião em que era utilizada a pena de talião. O ofensor, por sua vez, também se submetia a certas obrigações, como por exemplo, se ferisse alguém, com ou sem culpa, deveria “chupar a chaga do ferido até que este se curasse”. Ao círculo de parentesco do ofendido cabia a exigência da reparação compensatória e a responsabilidade da observância da mesma.⁶

Sobre outra etnia, Darcy Ribeiro, obteve o relato a respeito do controle social, de um índio do povo Guajá, que dizia:

“nunca ter ouvido falar de um companheiro que tivesse assassinado outro, somente se lembra daquele caso do índio que

⁵ FERNANDES, Florestan. A Organização Social dos Tupinambá. p. 263

⁶ Id. p. 263

foi atacado por um branco a bala, tomou a arma e o matou. Chegando à aldeia foi contar a façanha. Então, manobrou a arma como havia visto o karaíwa fazer; nisso, um outro chegou os olhos bem na boca do cano para ver o que havia lá e a arma disparou, prostrando-oQuando um espanca o outro, ninguém toma conhecimento disso, é assunto particular que os interessados resolverão. O capitão não pode intervir nesses casos...Um homem pode ficar iarõn (raivoso por infidelidade da mulher, morte de parentes ou outra razão)... Todos ficam distante esperando que se acalme... O castigo das mulheres adúlteras reincidentes é levar pimenta nos olhos...”⁷

Entre os xavante, assim como entre os tupinambá, também não há um só chefe. No âmbito de cada aldeia, todo o grupo conta com um ou mais indivíduos que exercem autoridade. Os encargos muitas vezes são hereditários, entre eles há o responsável por fazer chover, pela caça, pela pesca, entre outros. A cada classe de idade competem normas de conduta e de vida, específicas. Abaixo, a transcrição de parte da entrevista feita por Bartolomeu Giaccaria a um xavante que domina também o português:

“Antigamente quem era o chefe dos Xavantes?

- O chefe dos xavantes era o bisavô do velho APÖWÊ de WEDEDZE, depois dele veio um outro, depois é que surgiu o nosso avô ‘RĂWIA.
O que ensinava o velho ‘RĂWIA?

⁷ RIBEIRO, Darcy. Diários Índios: os Urubus Kaapor. p. 283.

- ...ensinava para não matar os outros, para não mentir, na festa do WAYA se comportar sem fazer mal aos outros, de não brigar, para comer carne de caça juntos...”⁸

Dos recortes feitos de alguns poucos livros que retratam fragmentos da organização social dos povos indígenas que habitam o Brasil, pode-se avaliar o quão diversas são as culturas dos índios e dos não-índios. Então, voltamos a questão que será retomada ao fim deste trabalho. Como operar o direito dos não-índios, de forma a garantir o direito dos índios à diferença e aos direitos humanos fundamentais constitucionalmente previstos, sem desrespeitar a cultura ou constituição indígena?

1.3 O DIPLOMA CONSTITUCIONAL DOS NÃO-ÍNDIOS: da Constituição Imperial de 1824 à Constituição Democrática de 1988

“Essa tal Constituição é coisa boa, está certo o que os brancos estão fazendo. Nós também temos que fazer uma Constituição para nós, para deixar escrito e sabido quem é que diz onde podemos construir nossas casas e fazer nossas roças e quando são nossas festas.”

(fala de um tuxaua macuxi ao receber explicações de Carlos Frederico Marés, sobre o que é uma Constituição)

⁸ GIACCARIA, Bartolomeu. Xavante: povo autêntico. p. 107

É sabido que a emancipação do Estado Brasileiro se deu em 1822, sendo que a primeira Constituição Brasileira foi a Constituição Imperial outorgada de 1824. Em 1891, dois anos após a Proclamação da República, foi promulgada a segunda Constituição do Estado Brasileiro. Nenhuma delas se referiu aos povos indígenas.

A Primeira Constituição a fazer menção ao povo indígena foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Antes disto, o índio fazia parte de leis esparsas e regulamentos que os submetiam à ordem ditada inicialmente pelos portugueses e depois pelo governo dos não-índios. Nas palavras de Carlos Frederico Marés, ao se referir à lei de 1906 que determinava a criação de um serviço de proteção aos índios: “ainda aqui a política expressada na lei é a integração dos povos indígenas ou, dito de maneira mais rude, a expectativa de acabar com as culturas indígenas para assimilá-las na cultura nacional...”

Ao estabelecer as disposições preliminares da Organização Federal, dispôs o artigo 5º, inciso XIX, alínea m, do texto constitucional de 1934:⁹

Art 5º - Compete privativamente à União:
XIX - legislar sobre:
m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Na seqüência, no Título IV, dedicado à ordem econômica e social, estabelece o artigo 129.

Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm, acesso em 25/09/09

Por sua vez a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, conhecida como Carta Ditatorial, não repetiu a competência legislativa da União, mas praticamente repetiu a disposição sobre a posse das terras ocupadas pelos indígenas, nos termos seguintes:

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.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, que trouxe a redemocratização do país, voltou a reservar a competência legislativa da União, mantendo a disposição sobre a posse das terras. São os artigos:

Art 5º - Compete à União:
XV - legislar sobre:
r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Em 1967, a Constituição da República Federativa do Brasil inova incluindo as terras ocupadas pelos índios, entre os bens da União e garantindo aos índios o usufruto exclusivo dos recursos naturais. A mesma Constituição, em geral, reduziu os direitos e garantias constitucionais. São os artigos constitucionais que se referem aos índios, até então chamados de silvícolas:

Art 4º - Incluem-se entre os bens da União:
IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Art 8º - Compete à União:
XVII - legislar sobre:
o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

A Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, além de manter as disposições anteriores, ampliou a garantia de que a posse das terras que reservou aos indígenas permaneceria com eles. Assim dispendo:

Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:
IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Art. 8º Compete à União:
XVII - legislar sôbre:

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam 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 silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Em 1973, foi editado o Estatuto do Índio. Lei Especial que ainda vige, mas que precisa ser interpretada sob a ótica constitucional pluralista de 1988.¹⁰

Enfim, a nossa atual Carta Maior, não só ampliou os olhares sobre as populações indígenas, deixando de tratá-los como silvícolas, como começou a reconhecer-lhes o direito ao modo particular de vida, buscando atingir uma convivência democrática pluralística.

Vale transcrever os dispositivos constitucionais que se referem às populações indígenas, a título de ilustração do trilhar histórico, apesar de não serem estes os artigos constitucionais alvo específico do presente trabalho

¹⁰ Desde 1991, a sociedade aguarda a aprovação do Projeto de Lei 2.057 que estabelece o Estatuto das Sociedades Indígenas, sob a ótica da atual Constituição da República.

que se propõe a avaliar o alcance dos direitos individuais indisponíveis e coletivos, constitucionalmente estabelecidos, aos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XIV - populações indígenas;

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º ...

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do

Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

De todo o histórico trazido, ficou evidente a ampliação dos direitos dos povos indígenas ao longo dos tempos. Do que resulta a necessidade também crescente de especialização dos operadores do direito neste “novo ramo”, ainda mais em um tempo em que co-existem índios vivendo em aldeamentos não contatados, em aldeamentos já contatados, e também nos centros urbanos, sem perder a condição de índio¹¹. E ainda, em um tempo em que os direitos humanos fundamentais são garantia de todos aqueles que residem no país, e, portanto, de todos os índios, comunidades e etnias.

2 NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORAS DE DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS INDÍGENAS

¹¹ Manuela Carneiro, apud Helder Girão Barreto, p. 37, conceitua comunidades indígenas como “aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas; e índio, aquele que se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.”

2.1 PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O legislador constituinte declarou preambularmente o propósito de instituir um Estado Democrático como grande fim da ordem constitucional. Na mesma seara preconiza o artigo 1º do texto Constitucional que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Ao assim dispor, o faz não como mera promessa de organizar tal Estado, conforme leciona José Afonso da Silva¹², mas “aí já o está proclamando e fundando”.

Para melhor entender em que consiste o Estado Democrático de Direito, é importante que a palavra “democracia” seja bem compreendida. O primeiro conceito apresentado pelos doutrinadores que sobre ela escrevem, com base na etimologia da palavra, é o seguinte: Democracia é o governo do povo. Giovanni Sartori,¹³ alerta que a palavra “povo” pode apresentar múltiplos significados: 1. povo significando literalmente todo mundo; 2. povo significando uma grande parte indeterminada; 3. povo significando a classe inferior; 4. povo enquanto uma entidade indivisível; 5. povo como uma maioria expressa por um princípio de maioria absoluta; e, 6. povo como uma parte maior expressa por um princípio de maioria limitada. Para a doutrinadora, somente quando “povo” é entendido no último sentido apresentado é que pode haver a verdadeira democracia.

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 119

¹³ SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada. Et aqui et ali

A palavra “povo” entendida como a maioria absoluta, neste contexto, significa que o maior número de qualquer população representa todos e tem poder ilimitado de decidir por todos, em outro sentido, se entendida como maioria limitada, determina que o poder da maioria não pode ser absoluto, ou seja, leva à compreensão da democracia entendida como um sistema de governo de maioria limitado pelos direitos da minoria, de forma a permitir que um dia, a minoria se transforme em maioria.¹⁴

O povo é formado pela maioria mais a minoria. Se ao conceituar democracia como o governo do povo e para o povo, este for compreendido como sendo apenas a maioria, a consequência lógica é que uma parte do povo, ou seja, a minoria está sendo desconsiderada, excluída, melhor dizendo, cria-se a possibilidade de exercício antidemocrático, de forma velada e aparentemente legítima. Deste modo, a única forma de subsistência da essência da democracia é que aquele que representa a maioria se comprometa a respeitar e salvaguardar os direitos da minoria. Em suma, a proteção dos direitos das minorias, é condição necessária do processo democrático. Tal premissa é justificativa da proteção especial conferida ao direito da minoria étnica indígena.

A democracia realizada pelo Estado Democrático de Direito, entendendo o direito não apenas como aquele que é estabelecido em leis, mas o que foi garantido pela Constituição da República, deve, em relação aos indígenas, suas comunidades e organizações, tendo como fundamento a dignidade do índio, construir uma sociedade justa, solidária e livre para escolher o seu estilo de vida, com possibilidades de realmente efetivar a sua

¹⁴ idem

escolha; erradicar a pobreza, não somente econômica mas também do meio ambiente que antes lhes proporcionava o alimento de subsistência; erradicar a marginalização que ainda sofre esta etnia, reconhecendo, aceitando e valorizando sua diversidade cultural como parte da sociedade brasileira pluralista; promover o seu bem estar, não tolerando preconceitos étnicos, tudo conforme interpretação dos artigos 1º e 3º da Carta Constitucional atual.

A mesma Constituição Democrática inovou em 1988 a política brasileira afeta aos índios, suas comunidades e organizações. A partir de então, o paradigma integração foi substituído pelo paradigma da interação, melhor dizendo, como bem observam doutrinadores de direito indígena como Carlos Frederico Marés e Helder Girão Barreto, o direito deixou de proteger de forma especial o indígena até sua integração na sociedade nacional e passou a protegê-lo nas suas relações com a sociedade nacional, garantindo-lhe o direito à diferença consagrado no artigo 231 da Magna Carta.

O Estado, representado pelos três poderes, independentes e harmônicos entre si: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, só será verdadeiramente democrático, se a experiência democrática puder ser vivida dentro dos três poderes que o compõe. Sendo tema do trabalho, apenas este último, cabe a seguinte pergunta: “Como o Poder Judiciário deve atuar dentro de um Estado Democrático de Direito em relação aos direitos individuais indígenas?” De modo geral, garantindo o pleno exercício dos seus direitos e garantias fundamentais, como o acesso ao Poder Judiciário, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, ao usufruto do meio ambiente equilibrado e a proteção do patrimônio histórico e cultural indígena, tudo conforme a nova perspectiva

constitucionalmente atribuída, de garantia do direito às suas diferenças de organização social, costumes, línguas crenças e tradições.

A seguir são analisadas as regras materiais sobre os direitos individuais indisponíveis indígenas, que deverão sempre estar iluminadas pelos princípios do Estado Democrático de Direito, expostos acima.

2.2 DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

2.2.1 Direitos fundamentais indígenas

Os direitos constitucionais dos índios e suas comunidades não se resumem ao estabelecido nos artigos 231 e 232 da Constituição da República de 1988.

Tal conclusão se depreende do próprio texto constitucional, quando estabelece no artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Ou seja, nossos conterrâneos, os índios, que são considerados brasileiros natos pelo critério do *ius solis* estabelecido no artigo 12, inciso I, alínea a, da Magna Carta, gozam, inquestionavelmente, dos mesmos direitos e garantias fundamentais de qualquer outro brasileiro.

Do mesmo artigo acima transcrito, infere-se ainda que índio estrangeiro que venha residir no Brasil, também gozará dos mesmos direitos e garantias. É o que tem decidido reiteradamente os tribunais em relação a outros estrangeiros não-índios.

Controvérsias existem, apenas em relação à possibilidade ou não de interpretação extensiva do artigo 5º para os estrangeiros não residentes no país e que por aqui estejam apenas de passagem.

Pontes de Miranda, defende que os direitos em questão, que ele reputava como supra-estatais e absolutos, são assegurados a qualquer ser humano.¹⁵ A contrário senso, José Afonso da Silva, argumenta que “se a Constituição aponta os destinatários desses direitos, isso há de ter conseqüências normativas”, e completa, “isso não quer dizer que os estrangeiros não residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer arbítrio e não disponham de qualquer meio, incluindo os jurisdicionais, para tutelar situações subjetivas”.¹⁶

Sobre o mesmo debate, Alexandre de Moraes ressalva que “a expressão ‘residentes no Brasil’ deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais.”¹⁷ No mesmo sentido, Canotilho também aponta o estrangeiro como destinatário dos

¹⁵ *Apud* SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, pp. 193

¹⁶ *Id.*

¹⁷ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional,

direitos humanos fundamentais consagrados pela Constituição portuguesa baseado apenas em princípios.¹⁸

De todo modo, ainda que se discutisse sobre o alcance dos direitos e garantias fundamentais aos índios estrangeiros não residentes no Brasil, o que não se tem notícia de ter ocorrido antes, é inconteste que os índios brasileiros e as comunidades indígenas que aqui residam, estão sob o manto da mais ampla proteção constitucional, e não somente daquela concedida nos dois artigos que a eles se referem especificamente.

Ademais, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais, adotada em Genebra em 1989 e em vigor para o Brasil a partir de 2003, estabelece expressamente em seu artigo 3º que os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculo nem discriminação...”.

Após as reflexões preliminares, passa-se à análise dos direitos individuais indisponíveis, espécie do gênero dos direitos fundamentais, que são assegurados aos índios e suas comunidades. Não é demais lembrar, que estes deverão ser interpretados sob a ótica do Preâmbulo da Constituição de 1988, que explicita o fundamento da legitimidade e as maiores finalidades da Constituição, nos termos que seguem:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de

¹⁸ Id.

uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

2.2.2 Direitos Individuais Indisponíveis

Direitos individuais, como dito, são espécies de direitos fundamentais. Estes, por sua vez são classificados de diversas formas pela doutrina. O legislador constituinte optou pela seguinte classificação:

- a) direitos individuais e coletivos;
- b) direitos sociais;
- c) direitos de nacionalidade;
- d) direitos políticos; e,
- e) direitos relacionados à existência.

Atualmente, os direitos fundamentais são também avaliados de acordo com a ordem cronológica em que passaram a ser institucionalmente reconhecidos. Sendo então classificados como direito de primeira geração, os direitos e garantias individuais e políticos clássicos; de segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais; de terceira geração, os direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, a saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos; Celso Lafer, cita

ainda a quarta geração de direitos que transcende a esfera de indivíduos, recaindo nos grupos primários e nas grandes formações sociais.¹⁹

A doutrina mais recente prefere substituir a denominação primeira, segunda e terceira geração por direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, sob a justificativa acertada de que a chegada de uma nova categoria de direito não exclui a categoria anterior, pelo contrário, os direitos vão se sobrepondo. É o que acontece com o direito dos indígenas. Não é porque conquistaram o direito enquanto coletividade, na melhor expressão de sua etnia, que deixam de possuir direitos individuais.

Os direitos individuais são, no ensinamento de José Afonso da Silva, “direitos fundamentais do homem indivíduo”²⁰ e como tais possuem todas as características dos direitos fundamentais, quais sejam: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

São direitos individuais indisponíveis aqueles expressos no *caput* do artigo 5º, “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, sendo os outros direitos expressos nos incisos do mesmo artigo, decorrência dos mesmos direitos.

A) Direito à vida

A proteção dos direitos humanos fundamentais tem o condão de limitar a atuação estatal em face dos que se relacionam com a ordem jurídica e garantir condições mínimas de existência digna.

¹⁹ Id. p. 166

²⁰ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. pp. 191

A vida é o maior bem que o ser humano possui e sendo assim, constitui-se no principal direito fundamental tutelado. Para Alexandre de Moraes, o Estado deve assegurar o direito à vida em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência.²¹

Em nota de rodapé, José Afonso da Silva informa em seu livro, que o Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais dispôs no artigo 6º: “todos têm direito à existência digna”. No mesmo sentido, o relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do homem e da mulher, também consignava o direito à existência digna, com providências materiais como o mínimo necessário ao seu exercício (art 3º,I), o qual não figurou sequer no Projeto submetido ao Plenário da Assembléia Nacional Constituinte.²²

Ora, o fato do direito à existência digna não ter constado expressamente na Constituição de 1988, não significa que o direito à vida não possua a segunda acepção a qual se refere Alexandre Moraes e outros doutrinadores como José Cretella Júnior. A não inserção de tal direito se justificou tão somente para que este não servisse de fundamento para casos como a eutanásia, o aborto de feto deficiente, entre outros.

À época da colonização, os índios não tinham o direito de continuarem vivos. Hoje, ainda não têm plenamente assegurado o exercício do direito de subsistência digna.

²¹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional,

²² SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. pp. 198,199

É do conhecimento de todos o fato histórico de que muitos índios perderam suas vidas devido aos ataques dos colonizadores ou das doenças transmitidas no contato com os não-índios. Porém, não é tão notório que muitos deles ainda morrem por ter sua forma de subsistência tolhida pelos não-índios. Pode-se quem sabe, dizer tratar-se de genocídio velado ou talvez até de genocídio legitimado pela interpretação equivocada das leis brasileiras.

Isto tem ocorrido, em primeiro lugar, devido à expansão da ocupação territorial pelos não-índios e limitação dos territórios indígenas muitas vezes em tamanhos insuficientes para prover sua alimentação diretamente da natureza, como é de sua cultura. Em segundo lugar, porque não raras vezes, as comunidades indígenas estão assentadas em áreas de preservação permanente e por este motivo vem sendo impedidas de plantar para subsistir sob o argumento de que a legislação ambiental não permite plantio em áreas assim qualificadas.

A discussão sobre este conflito aparente entre leis ambientais e a sobrevivência da cultura indígena requer ser tema de outra monografia. Por ora, o que se pretende é analisar as garantias do direito fundamental à vida dos indígenas.

Não é demais lembrar que a sociedade brasileira é pluralista e como tal admite diversidade de cultura, de crença, de opiniões e assim por diante, por este motivo é que sendo os direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos indistintamente, se faz necessário diversificar também os paradigmas para atingir as garantias pretendidas.

Em outras palavras, o enfoque dado para ver garantido o direito à vida dos não-índios, não é exatamente o mesmo que deve ser dado para a

garantia do direito à vida dos índios, apesar do direito fundamental ser o mesmo perante as normas dos não-índios.

A melhor doutrina constitucionalista brasileira, limitada à análise da forma de garantia dos direitos fundamentais para os não-índios e sob o paradigma destes, discute sobre a pena de morte, a eutanásia, o aborto, a tortura e o suicídio, ao referir-se ao direito à vida, sem sequer entrar no mérito da necessidade de terras em tamanho suficiente para garantia do direito à vida dos índios que se alimentam do que a terra produz de forma direta e não do que é possível adquirir em mercados.

Sem embargo da cultura de algumas etnias que retiram a vida de recém nascido considerado inapto para a vida social²³, pois não se pretende levantar o debate se esta postura é correta ou não, mesmo porque a conclusão a que se chegaria poderia estar eivada de vícios, pois se basearia em valores morais criados pela sociedade dos não-índios, o que se pretende então, respeitado o direito de ser diferente dos índios e de suas comunidades, é chamar a atenção para o fato de que a possibilidade de sobrevivência das diversas etnias indígenas está intimamente relacionada à sobrevivência do meio ambiente equilibrado e disponível a eles.

É sabido que a sobrevivência de todos os seres humanos depende do equilíbrio ambiental, porém os índios dependem do próprio ambiente de maneira muito mais direta e imediata. Muitas das etnias indígenas não vêem sentido em continuar vivendo se não for junto da sua Mãe terra, dos pássaros e seus antepassados neles manifestados, das florestas e dos rios que mataram a sua fome e sede, garantindo a sua sobrevivência. Talvez este

²³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito. p. 118

seja o maior motivo do número crescente de suicídios que vêm ocorrendo nas aldeias.

Desta forma, garantir o direito fundamental à vida dos índios de forma específica e eficaz, não é somente proibir que médicos realizem aborto em mães índias; ou proibir a eutanásia ou orthonásia²⁴, o auxílio ao suicídio, a pena de morte e a tortura em índios; mas também e antes de tudo, é garantir o direito de retirar da própria terra, o alimento que é vital para todos os seres vivos, respeitando os valores dos povos indígenas e da sociedade brasileira fraterna, pluralista, e sem preconceitos conforme foi decretada pelo constituinte de 1988.

Garantir terras para os povos indígenas não é somente garantir a preservação de sua cultura, mas também garantir a continuidade da vida destes povos que dependem dela diretamente para sobreviver.

B) Direito à liberdade

A liberdade foi um dos grandes temas de análise pelos filósofos. David Hume, por exemplo, a conceituou como “poder de agir ou de não agir segundo as determinações da vontade.”²⁵

José Afonso da Silva, afirma que para o Direito positivo interessa cuidar apenas da liberdade objetiva (liberdade de fazer, liberdade de atuar) subdividindo-as em cinco grandes grupos, a saber:

²⁴ No livro Constituição do Brasil Interpretada e Comentada, Alexandre de Moraes conceitua a eutanásia como o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação da morte, para atenuar sofrimentos e a orthonásia como o direito de opor-se a prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos.

²⁵ HUME, David. Investigação Acerca do Entendimento Humano

- 1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);
- 2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento),
- 3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- 4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);
- 5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual de ensino e liberdade de trabalho)²⁶

Sem embargo da classificação baseada na Carta Constitucional de 1988, apresentada pelo doutrinador antes citado, a liberdade é una e só faz sentido estudá-la analiticamente, na medida em que seja necessário fazê-lo, para garantir a liberdade em sua plenitude.

Em termos práticos, garantir a liberdade de consciência e de crença aos indígenas, não os torna livres se não puderem expressá-la também dentro dos órgãos públicos que ditam as regras para toda a sociedade e se não puderem agir conforme sua consciência por estarem impedidos pela lei dos não-índios. O que significa dizer, que as políticas públicas deste país democrata que dá o direito de ser diferente, devem ser repensadas para que os povos indígenas tenham condições de participar também ativamente nas decisões dos poderes executivo, legislativo e judiciário, se assim desejarem, de forma a harmonizar a liberdade dos índios e dos não-índios.

Para garantir a liberdade dos povos indígenas, é necessário dar a eles não só liberdade física, mas também a oportunidade e direito de ter coerência entre seus pensamentos, palavras e ações.

²⁶ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 235

C) Direito à igualdade

A Magna Carta consagrou no *caput do artigo 5º* serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Desde logo, é bom que se diga que o direito à igualdade de que são titulares os índios e as comunidades indígenas não se traduz em garantir que possam tornar-se iguais aos não-índios integrando à sociedade destes ao substituir uma cultura pela outra, como desejado outrora. Pelo contrário, a Constituição da República de 1988, reconhece aos índios o direito de ser índio e continuar a sê-lo, mantendo sua própria organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

A igualdade enquanto direito fundamental, em um país democrático, pluralista e sem preconceitos, expressa o direito de ser diferente, mantendo a igualdade de proteção concedida pela lei. Desta forma, além da aparente igualdade formal expressa no artigo 5º, manifesta-se a igualdade material que determina que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, consoante lição secular de Aristóteles.

Este direito à igualdade material que ao fim assegura o direito de ser diferente dos índios e suas comunidades só se consagrou com a atual Carta Constitucional. Desde o descobrimento do Brasil, até então, a ideologia de assimilação e integração dos povos indígenas era majoritária, inicialmente dentre os religiosos, que queriam torná-los todos cristãos, e posteriormente entre os antropólogos, legisladores e operadores de direito.

Carlos Frederico Marés, leciona que a Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, entendendo que a idéia de integração era o bem maior que se oferecia ao gentio, como se denota de alguns trechos de Diplomas Legais, como os que seguem: “se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce”. (1808); “despertar-lhes o desejo do trato social” (1845); “até a sua incorporação à sociedade civilizada”(1828); “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”(1973).²⁷

Superada esta fase, a Constituição Federal em vigor, rompe com o paradigma da integração para adotar o paradigma da interação, onde o índio tem o direito de ser quem é, e suas comunidades, como são. Helder Girão Barreto chega a expressar que em tempos pós-modernos parece mais adequado propugnar pelo direito à diferença do que pelo direito à igualdade.²⁸

Merece ressalva, porém, o fato de que o direito dos índios e de suas comunidades de serem diferentes não deve impedi-los de vivenciar os costumes dos não-índios, aprender outra língua que não seja a originária de suas etnias, e assim por diante, sob pena de estimular a discriminação. Trata-se, em última análise do princípio da isonomia, do direito a ser diferente e não da obrigação de ser diferente.

D) Direito à segurança

O direito à segurança aparece disposto na Constituição da República como direito fundamental individual e coletivo, no *caput* do artigo

106 ²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito. p.

²⁸ BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais. p. 105

5º, e como direito social, no artigo 6º. A seu turno, o artigo 144 do mesmo diploma, prevê ser a segurança pública dever do Estado e direito e responsabilidade de todos para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Conflitos aparentes poderão existir entre o direito dos índios e dos não-índios à segurança, quando estiver em jogo a ocupação das fronteiras para evitar invasão de estrangeiros no país, de forma a garantir a segurança nacional.

Por que conflito aparente? Se o objetivo de ocupação de fronteiras é de defesa do território da invasão de estrangeiros, os índios também têm o mesmo interesse na defesa de suas terras. Nesse caso, o que falta é uma forma diplomática para encontrar uma solução em conjunto entre índios e não-índios para que juntos defendam o mesmo interesse, sem que a organização nacional, que têm o dever de garantir a segurança tanto dos índios como dos não-índios, sacrifique o interesse daqueles em detrimento destes.

D) Direito à propriedade

Historicamente, nenhuma Constituição Brasileira garantiu aos povos indígenas a propriedade das terras por eles ocupadas. (Ver Cap. I.) Diversamente, as Constituições Argentina²⁹, Paraguai³⁰ e Venezuelana³¹

²⁹ Art 75. Corresponde ao Congresso

(...)

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni

reconhecem para além da posse, a propriedade comunitária ou coletiva de suas terras.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil garante aos índios, no artigo 231, a posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, sendo a propriedade das terras tradicionalmente por eles ocupadas, da União, nos termos do artigo 20, inciso XI do referido diploma legal.

Aos índios é atribuído o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que significa dizer que seu direito é anterior a qualquer direito exposto em legislação pelos não-índios, não podendo qualquer norma não-índia interferir na usufruição das riquezas naturais ali existentes, se pelos próprios índios.

Carlos Frederico Marés, defende que as terras sobre as quais os indígenas têm o direito originário não podem ser estudadas com base no conceito tipicamente civilista de propriedade da terra, pois em verdade as mesmas devem ser entendidas como território indígena, embora sem soberania e com pouca autonomia. O autor sustenta tal afirmação porque a terra indígena é indisponível ao poder público, não passível de utilização por

susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

³⁰ Artículo 64. De La Propiedad Comunitaria

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado le proveyerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

³¹ El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponde al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescritibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con o establecido en esta Constitución y la ley.

ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, servindo tão somente ao uso do próprio povo indígena segundo seus usos costumes e tradições.³²

Não é sem razão que Helder Girão Barreto destaca que a cada nova tentativa de demarcação das terras, o reconhecimento dos direitos indígenas é empurrado ainda mais para o campo da litigiosidade devido às divergências de ideologias e descrença nos instrumentos que a Constituição dispõe para evitar imaginária secessão. O ilustre doutrinador cita com decepção palavras de constitucionalistas renomados que no seu entendimento expressam opiniões sectárias e preconceituosas.³³

Um deles é ninguém menos que Paulo Bonavides. Diz ele que não se surpreenderia se no futuro houver a proclamação de uma “república lanomâmi” cujo território já teria o tamanho de Portugal, “menos para proteger o índio do que para preservar interesses das superpotências”. O outro, Ives Gandra, que assim se manifesta:³⁴

“...o constituinte brasileiro garantiu ao índio dez por cento do território nacional para que ele não evolua, visto que, para manter uma *Disneyworld* primitiva, preservará, todo seu ambiente pré-histórico, a fim de que suas crenças, costumes e tradições continuem os mesmos, proibidos de evoluir para os costumes civilizados do século XX/XXI, uma vez que o objetivo do constituinte foi preservar no tempo o atraso indígena.”

Ora, como dito anteriormente, a Constituição de 1988 realmente substituiu a política da integração, mas não pela política da não-integração e

³² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito. p.

³³ BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais. p. 107

³⁴ Apud BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais.p. 107

sim pela política de interação, de respeito às diferenças, consagrando o direito de ser diferente e não a obrigatoriedade de sê-lo. Se de outro modo fosse, o constituinte estaria trafegando de um extremo ao outro sem encontrar equilíbrio e harmonia almejados para as relações entre índios e não-índios.

Andou bem o legislador constituinte ao estabelecer os direitos específicos dos povos indígenas nos artigos 231 e 232 em conformidade com as disposições preambulares que qualificam o povo brasileiro como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. O que falta agora é melhor preparo dos intérpretes e operadores do direito especificamente dos povos indígenas, que não pode estar dissociado do conhecimento antropológico sob pena de não tornar efetiva a ampla proteção a eles destinada.

Por fim, vale lembrar que ainda que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios sejam bens da União, e que sobre elas os índios e suas comunidades tenham apenas o usufruto, sobre outras terras, que não sejam as assim qualificadas³⁵ os índios têm também o direito à propriedade, enquanto direito fundamental inerente a qualquer cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no País.

2.3 REGRAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS PARA A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS INDÍGENAS

³⁵ Art. 231(...)

§ São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

2.3.1 Competência

O teor do disposto no art. 109, incisos, I e XI da Constituição da República, leva à conclusão inicial, de que compete exclusivamente à Justiça Federal o julgamento de causas que envolvam indígenas. Assim dispõe o texto:

Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

XI – a disputa sobre direitos indígenas.

A respeito do supra-citado inciso I, cabe a ressalva de que apesar da proteção dos indígenas ser interesse da União, nem sempre os interesses da União - representada nas causas indígenas pela FUNAI e FUNASA, esta quando referente à saúde indígena - serão coincidentes com os seus interesses. Basta lembrar que o SPI (Serviço de Proteção ao Índio), que mais tarde se transformou na FUNAI, é que lutou para integrar o índio na sociedade não-índia, como sendo do interesse deles, muitas vezes ceifando suas vidas com a transmissão de doenças; e, que a FUNASA atualmente está sendo investigada por desvio de verba destinada à saúde indígena em conluio com Organizações Não Governamentais, e assim por diante.

A seu turno, o termo “disputa” que aparece no inciso XI do artigo 109, aponta para o que os processualistas convencionam chamar de jurisdição contenciosa, o que afastaria a jurisdição voluntária.³⁶ Desta forma, muitas indagações podem surgir. Caberia a atuação da Justiça Estadual, quando não houver litígio? A expressão “direitos indígenas” refere-se apenas a direitos relacionados à coletividade indígena ou também a direitos individuais indisponíveis que não retratem direitos intrínsecos da cultura? Por fim, “disputa sobre direitos indígenas” tem natureza cível ou criminal?

Sobre a última questão, Helder Girão Barreto compreende não ser de natureza cível, nem criminal, podendo ser uma ou outra.³⁷ De outro modo, Vladimir Carvalho³⁸, entende que a disputa sobre direitos indígenas tem conotação especificamente cível, abrangendo apenas as controvérsias atinentes à posse, invasão, ocupação, exploração e temas afins da terra indígena. Não abarca o crime contra o indígena, nem cometido pelo indígena, mesmo que proveniente da disputa sobre a terra.

E qual é a reposta jurisprudencial para todas as outras questões? Abaixo a transcrição de algumas jurisprudências que poderão elucidar o assunto. Na esfera cível:

“PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

1. A CF/88 estabelece ser da competência da Justiça Federal os dissídios sobre direitos indígenas (art. 109,X, da CF)
2. Se não há disputa de direitos indígenas, direitos estes catalogados no art. 231 da CF/88. cede a competência da Justiça Federal.
3. Pedido de indenização formulada por associação de comunidade indígena deve ser apreciado na Justiça Estadual.
4. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.”

³⁶ BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais. p. 109

³⁷ Id.

³⁸ Apud BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas:vetores constitucionais. p.109

(Conflito de Competência nº 32.349 –PE – 2001/0078326-0)

Na esfera criminal:

Homicídio cometido por indígenas. Incompetência da Justiça Federal: Súmula 140/STJ. Sentença anulada (CPC, art. 113,§ 2º) Prejudicada a apelação.

1.“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. (Súmula 140/STJ de 24.05.1995)

2. Não se dando o crime em razão da condição de índio ostentada pelos réus, afasta-se, pois, a competência da Justiça Federal para julgá-lo.

3. Precedentes: (STJ, CC 21968/MG, Rel. Min. Vicente Leal, S3, ac. Um., DJ 18.12.1998,p. 287; CC21.275/MS, Rel. Min Gilson Dipp, S3, ac. Un., DJ 17.02.1999,p. 116, p.116)

4. DECLARADA incompetente a Justiça Federal para processar e julgar os recorrentes. ANULADA a sentença e REMETIDOS os autos à Justiça Comum do Estado de Roraima (Vara Criminal de Boa Vista). PREJUDICADA a apelação.

5. Peças liberadas pelo Relato em 07.05.2002 para publicação do acórdão.

(ACR 2000.01.00.030.360-7/RR)

Em sentido contrário:

Homicídio. Índio. Justiça estadual: Incompetência. Art. 109, XI, da CF. Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possam ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do art. 109 da CF. HC Concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso”

(STF - 2º T.. – HC nº 71.835-3/MS-Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 4 abr. 1995, p. 45.687 – RTJ 161/878)

Como visto em uma das ementas acima transcrita, a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça consolidou seu posicionamento, com a publicação da Súmula 140, *in verbis*: “Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima” Desta forma, se o direito à vida do índio for violado, competente será a Justiça Estadual, se o direito à vida da comunidade indígena for violado, como no genocídio, competente será a Justiça Federal.

Apesar do entendimento sumulado, Helder Girão Barreto discorda da atuação da Justiça Estadual nos casos de crime em que figure indígena como autor ou vítima, porque mesmo nestes casos, que não são necessariamente disputa sobre direitos indígenas, se manifestará muitas vezes razões de ordem cultural para o crime, e a Justiça Federal, por ser estruturada para o atendimento de causas indígenas, seria a única apta para atuação.³⁹

Não se pode negar que motivos de ordem cultural possam levar à prática de um crime, também não se pode impedir que motivos de interpretação da ordem jurídica possam eleger a competência exclusiva da Justiça Federal para julgamento de causas indígenas, porém, o motivo para o declínio de competência da Justiça Estadual para a Federal não deve ser o despreparo daquela no trato ao direito indígena.

De todo modo, é urgente e necessário o aperfeiçoamento da Justiça Estadual na aplicação do direito para os índios e suas comunidade e

³⁹ BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais. et aqui, et ali.

na compreensão e respeito do direito estabelecido pelos índios. Mesmo porque, conforme algumas jurisprudências anteriormente transcritas, é corriqueiro que juízes estaduais venham a ser instados a julgar casos que envolvem indígenas, seja porque se trata de um direito individual ou porque não há sede da Justiça Federal na Comarca. E, não se pode olvidar, que o índio permanece com o direito às suas diferenças culturais, seja vivendo em comunidade nas aldeias ou vivendo individualmente, em núcleos urbanos.

Não é demais citar que a Justiça Estadual pode ser requisitada para apreciar causas que envolvam crianças indígenas, havendo neste caso que ser considerado o direito especial concedido à criança aliado ao direito peculiar dos indígenas. O mesmo raciocínio se aplica a causas de idosos indígenas, onde deverão ser observadas as regras previstas no Estatuto do Idoso conciliadas com a especial proteção constitucional atribuída aos índios.

Nesta freqüente busca da Justiça Estadual para o julgamento de índios ou de causas indígenas, não é justificável que os operadores de direito não estejam preparados para aplicar o direito indígena de forma a fazer valer os preceitos constitucionais de reconhecimento de suas organizações sociais, cultura e crenças, mesmo quando se trate apenas de direitos individuais indisponíveis. De duas, uma, ou a Justiça Estadual também se especializa ou continuará sendo “julgada incompetente”, no sentido vulgar e técnico que pode adquirir a expressão.

2.3.2 Legitimidade, Capacidade Civil e Imputabilidade Penal

A Constituição da República, estabelece em seu artigo 232, que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo para defesa de seus direitos e interesses”. Tal disposição justifica-se, no entendimento de Helder Girão Barreto⁴⁰, pela omissão e violação dos direitos indígenas pela União e seu órgão tutelar (SPI e depois FUNAI).

A legitimação processual conferida pela Magna Carta concede aos índios a possibilidade de ingressar em juízo para defesa de seus direitos e interesses sem a necessidade de assistência da FUNAI, requerendo tão somente a participação do Ministério Público em todos os atos do processo. Frise-se que a obrigatoriedade da participação do *parquet*, não tem o condão de substituir o órgão indigenista, mas simplesmente fiscalizar o cumprimento da lei.

Juliana Santilli⁴¹, observa que a Constituição ampliou o rol dos legitimados para fazer a defesa judicial dos direitos indígenas, pois os índios podem, enquanto indivíduos, defender os direitos coletivos de suas comunidades, sendo o mesmo direito assegurado às organizações indígenas, ou seja, às associações constituídas como pessoas jurídicas de direito privado.

Cabe incluir no rol de legitimados lembrados pela doutrinadora antes citada, o Ministério Público, pois além da obrigatoriedade de sua participação como *custus legis*, ele atua como legitimado extraordinário, e portanto, também como parte legítima para impetrar a ação para defender

⁴⁰ BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas. p.101

⁴¹ SANTILLI, Juliana. Capacidade Civil e Processual dos Índios.

judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, segundo o preceito constitucional do artigo 129, inciso V da Carta Constitucional.

Do exposto anteriormente, percebe-se que foram mencionadas duas formas de legitimação, legitimação *ad causum* e legitimação *ad processum*. A primeira está entre uma das condições da ação, sem a qual dá-se a carência de ação e conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, e a segunda, refere-se à capacidade para estar em juízo, sem a qual há necessidade de assistência ou representação.

Juliana Santilli,⁴² distingue a capacidade civil e a capacidade processual atribuída pela Constituição. Esta, segundo a doutrinadora, é plena e consagrada pacificamente em decisões judiciais. Aquela, no entanto, em certos casos, pode não ser considerada absoluta e necessitar da tutela exercida pela União, colocando os índios em situação jurídica atípica, pois “em geral, aqueles que tem capacidade civil igualmente tem plena capacidade processual”. E os índios, dizia ela em artigo publicado em 1998, “têm relativa incapacidade civil e capacidade processual plena”.

O Código Civil de 2002 deixou de considerar os índios como relativamente incapazes como fazia o Código de 1916, relegando a tarefa de definir a capacidade indígena à Lei Especial. Ocorre que o Estatuto das Sociedades Indígenas, em análise desde 1991, que estabelece capacidade civil plena aos índios, ainda não foi aprovada, permanecendo em vigor o Estatuto do Índio, Lei 6001 de 1973, que prevê regime tutelar para os índios, até sua integração na sociedade nacional, contrariando o novo paradigma estabelecido pela Constituição da República.

⁴² Idem

Diante da inexistência de Lei Especial sobre direitos indígenas, compatível com o texto constitucional, como deve ser realizada a análise processual pelo juiz? Por óbvio, são os dispositivos constitucionais que devem iluminar as questões de direito material e processual e não o contrário. Neste diapasão, cabe a ressalva de que a omissão do legislador na atualização do Estatuto do Índio em conformidade com Constituição da República não pode impedir o pleno exercício dos direitos constitucionalmente concedidos aos índios.

O melhor entendimento do texto constitucional, com base em interpretação sistemática, ao contrário do que ensinam alguns renomados civilistas, é que a norma contida no artigo 232 da Constituição é norma de eficácia plena e ao estipular que os índios “são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos”, está lhes atribuindo legitimidade para a causa, para o processo e capacidade civil, pois só tem capacidade processual quem é capaz civilmente, não recepcionando os artigos do Estatuto do Índio que contrariem esta idéia, tal como disporá a legislação especial que o está por substituir, mas ainda em fase de aprovação.

Desta forma, o juiz ao ver-se instado a julgar caso que figure como parte um índio, deverá primeiramente verificar se é competente, com base nas regras de competência antes mencionadas, e em seguida passar à análise das condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa. Esta, atribuída para a defesa dos direitos e interesses indígenas, por força do artigo 232 da Constituição: ao índio, individualmente considerado, ainda que pretenda defender o interesse coletivo. Inexistindo uma das condições da ação, o juiz deverá extinguir o

processo sem julgamento de mérito, com base no artigo 267 do CPC, tendo legitimidade para a causa terá também legitimidade processual, independentemente de representação se não figurar entre um dos incisos do artigo 3º e 4º do Código Civil.

Ressalve-se, contudo, que ao entender que a Constituição da República atribuiu capacidade civil plena ao índio, não significa que jamais ele poderá ser considerado relativa ou absolutamente incapaz, pois para ele valerão as mesmas regras aplicáveis ao não índio. Ou seja, serão absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil, os índios menores de dezesseis anos; os índios que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os índios que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, nos termos do artigo 3º do Código Civil. Por sua vez, serão relativamente incapazes a certos atos ou a maneira de os exercer, os índios maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os índios ébrios habituais, viciados em tóxicos, e os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os índios excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos, nos termos do artigo 4º do Código Civil.

Conclui-se então, que os índios não podem ser considerados incapazes, pelo simples fato de pertencerem à etnia indígena, equiparando-os a uma criança ou a um deficiente mental. Mesmo porque, alguns deles ocupam cargos políticos, outros são advogados, policiais, e assim por diante, sendo plenamente capazes de defender seus direitos. Faz sentido, no entanto, a tutela-proteção e não a tutela-incapacidade concedida aos índios que não dominam o idioma nacional ou não compreendem a cultura não índia. Para

este fim, e somente nestes casos, talvez ainda seja válida a necessidade de representação pela FUNAI, para o julgamento de causas indígenas, como um dos pressupostos processuais. Apesar de que, problemas jurídicos gerados pela não compreensão da norma, podem hoje ser perfeitamente resolvidos no campo do direito civil e do direito penal, pelo que é chamado de erro substancial pelo Direito civil ou erro de proibição pelo Direito Penal.

O mesmo raciocínio deve ser seguido na esfera penal. Após a promulgação da Constituição da República de 1988, é descabido o entendimento de que indígenas sejam inimputáveis pelo simples fato de pertencerem a esta etnia. Serão inimputáveis, assim como os não-índios, apenas se menores de 18 anos, ou se por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado forem ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme disposições dos artigos 26 e 27 do Código Penal. Com a ressalva de que, se por motivo cultural, praticarem ato ilícito, este poderá não ser considerado crime, por falta de potencial consciência da ilicitude e não de imputabilidade, em casos, por exemplo, de erro de proibição.

Em síntese, o Constituinte ao reconhecer a diversidade cultural indígena, o fez para garantir a democracia e respeitar as diferenças, sendo descabido que o tratamento jurídico infraconstitucional dado aos índios seja o mesmo dado aos não-índios que tem desenvolvimento mental incompleto, aos que são menores ou tem doença mental. O respeito à diversidade cultural, constitucionalmente estabelecido deve prevalecer também na forma de interpretação das Leis.

2.3.3 Atuação do Ministério Público Estadual e Federal na Defesa dos Direitos Indígenas

Os dispositivos constitucionais que determinam as incumbências e funções institucionais do Ministério Público⁴³ são comuns ao Ministério Público da União e ao Ministério dos Estados. O que significa dizer que nem um, nem outro pode eximir-se de qualquer de suas funções constitucionalmente estabelecidas. Pelo contrário, Hélio Tornaghi afirma que há antes o dever que direito de agir⁴⁴.

Note que o artigo 129, inciso V, da Constituição da República atribui a função de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas ao Ministério Público, sem definir ser esta função exclusiva do Ministério Público da União ou que os Ministérios Públicos dos Estados estão impedidos de fazê-lo. Nesta linha de raciocínio, será que ao

⁴³ Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

⁴⁴ Apud MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. p.90.

Promotor de Justiça Estadual não está também incumbido da defesa dos interesses indígenas?

Da análise específica do artigo 129, inciso V, conclui-se que sim, o Ministério Público Estadual não só pode como deve atuar na defesa dos referidos interesses. O artigo 232 do Diploma em comento, leva ao mesmo entendimento, sendo que com base neste atuará o *parquet* como fiscal da lei, e com base naquele, atuará como parte. É o que expressa o artigo 232: “Os índios, suas comunidade e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

As Leis Complementares da União e dos Estados, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, conforme determinação constitucional.⁴⁵ Ditas leis podem, como o próprio nome indica, complementar, o texto constitucional esmiuçando suas atribuições, exigindo *quorum* qualificado para sua aprovação, mas não podem, em tese, suprimir função determinada constitucionalmente, sob pena de se tornarem inconstitucionais em sentido material.

Diante desta premissa, os Ministérios Públicos dos Estados têm indubitavelmente o dever constitucional de atuar em defesa dos direitos e interesses indígenas. Camargo Ferraz, afirma que a omissão é o pecado maior que o *parquet* pode cometer.⁴⁶ Diz ele:

“Se o promotor de justiça pecar por excesso, nosso sistema jurídico possui mecanismos capazes de corrigi-lo e coibir seus efeitos. No entanto, quando o

⁴⁵ CR, art. 128, § 5

⁴⁶ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ministério Público: Instituição e Processo.

promotor deixa de agir quando deveria, o prejuízo social resultante dessa omissão muitas vezes é irreparável... Se o Judiciário é um poder que se caracteriza pela inércia, imposta pela própria lei, o Ministério Público ao invés, deve caracterizar-se pela ação, pela iniciativa, pela provocação. Proporcional à magnitude de suas funções, emerge para o promotor o colosso de sua responsabilidade e a gravidade de sua omissão. Não pode fechar os olhos para os desafios que se colocam a sua frente.”

Se o entendimento se der no sentido da obrigatoriedade de atuação do Ministério Público Estadual na proteção dos interesses indígenas, como pode a instituição ministerial estadual não se organizar para mais essa nobre missão, conforme tem ocorrido no panorama geral dos Ministérios Públicos Estaduais? Ainda mais quando, considerando que a efetividade deste ofício, caso a instituição se especialize no direito indígena, pode ser maior do que a conquistada pelo Ministério Público Federal, dada a proximidade que tem com muitas aldeias que se localizam em regiões onde não há sede da Justiça Federal.

Neste sentido, vale mencionar a atitude ousada e inovadora do Ex Procurador-Geral de Justiça do Paraná, Dr. Milton Riquielme de Macedo, que em 2007 criou o 1º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção das Comunidades Indígenas o qual vem sendo mantido na atual gestão do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Olympio de Sá Sotto Maior.

Por ora, os doutrinadores um pouco mais conservadores apesar de não defenderem a atuação dos Promotores de Justiça Estaduais na defesa dos interesses gerais dos indígenas, entendem ao menos não existir impedimento à atuação do Ministério Público dos Estados, nas causas que

envolvam índios. Nesta seara, expressa o renomado doutrinador do Ministério Público brasileiro:⁴⁷

“A disputa sobre direitos indígenas é matéria de competência da Justiça Federal. Cremos, entretanto, que a competência em questão se dirige a atos de interesse global dos indígenas, como aqueles de que cuida o art. 231 da Constituição (como um conflito sobre a posse ou propriedade de terras indígenas, uma disputa sobre direitos indígenas, uma questão atinente à cultura indígena, etc.); não vemos dessa forma, que seja vedado ao Ministério Público local e aos juízes estaduais officiar em ações que digam respeito à defesa dos interesses individuais.”

(Hugo Nigro Mazzilli)

O mesmo entendimento é também do Promotor de Justiça do Estado de Roraima. Diz ele:

“...a interpretação constitucionalmente adequada para ao disposto no inc. IV, art. 129 da CF/88 – que atribui a legitimidade para demandar em Juízo na defesa dos direitos e interesses das populações indígenas – poderia ser a seguinte: as ações que envolvessem disputa sobre direitos indígenas seriam propostas pelo Ministério Público Federal; aquelas que envolvessem indígenas, mas não necessariamente direitos indígenas, seriam propostas pelo Ministério Público Estadual. Em qualquer das situações perante o Juízo competente”

(Helder Girão Barreto)

⁴⁷ MAZZILLI, Hugo A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.p. 288

Considerando que os Promotores de Justiça Estaduais possam vir a atuar em ações relacionadas a direitos globais dos indígenas ou em ações de interesse individual dos mesmos, será necessária melhor especialização do Ministério Público dos Estados, tal qual ocorreu no Ministério Público Federal, tendo em vista a complexidade que pode alcançar causas envolvendo diversidade cultural, conflito entre direitos fundamentais dos índios e não-índios, ou a análise na esfera criminal, por exemplo, se um índio ao violar a lei não-índia era ao tempo da ação, capaz de compreender a norma e agir de acordo com ela. Por estes motivos, seria louvável se antropólogos e indigenistas figurassem ao lado de assistentes sociais, psicólogos e outros tantos profissionais que já fazem parte do quadro de funcionários de muitos Ministérios Públicos Estaduais.

3. JURISPRUDÊNCIA NÃO-INDÍGENA - JUSTIÇA INDÍGENA

Helder Girão Barreto traz um caso interessante em seu livro, que inspira possível harmonia entre o direito dos índios e dos não-índios, o qual vale transcrever na íntegra em que aparece na obra *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*, com a licença do autor:

“Trata-se de processo crime da competência do Tribunal do Júri Federal, através do qual o indígena Basílio Alves Salomão foi julgado pelo homicídio do também indígena Valdenísio da Silva. Na época do

fato o acusado era Taxaua⁴⁸ da Comunidade Indígena do Maturuca, Estado de Roraima. O crime ocorreu em 1986, e a sessão do Júri Federal ocorreu em 2000, quase catorze (14) anos depois. À primeira vista poderia parecer um caso estúpido de morosidade judiciária, mas a referência é necessária no contexto.

Pois bem: após cometer o crime, o acusado foi “preso” e “julgado” pela própria Comunidade Indígena à qual pertencia, recebendo as seguintes “penas”: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima; e, ficar em degredo” de sua comunidade e de sua família pelo tempo que ela (comunidade) achasse conveniente. No dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder voltar ao convívio da Comunidade indígena do Maturuca.

Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: “quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas”; e que isso “é um costume que vem antes do tempo de seus avós”. As testemunhas confirmaram estes fatos.

Em plenário foi ouvida a antropóloga Alesandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi “um índio que mata outro é submetido a um Conselho, formado por pessoas de expressão política”, escolhidos pela própria comunidade e reconhecido como detentor de “autoridade”; que “a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento”; que “tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça; e conclui: “para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes”.

Durante os debates o membro do Ministério Público Federal requereu a absolvição do acusado, por entender que ele já tinha recebido a punição devida, aquela que fora aplicada pela sua própria Comunidade.

Aos sete jurados, dentre os quais estava o índio Narciso Jerônimo Raposo, foi submetido o seguinte quesito: “3º Quesito: o fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua Comunidade é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento? Por sete votos, isto é, à unanimidade, os jurados responderam “sim”, reconheceram uma “causa supralegal de exclusão da culpabilidade” e o acusado foi absolvido. Não houve recurso de ambas as partes, e a sentença transitou em julgado.

A justiça em seu sentido mais amplo foi feita. A Justiça dos índios. Esperamos que se faça Justiça para os índios.”⁴⁹

⁴⁸ Taxaua desempenha uma função político representativa, é eleito por períodos certos ou “enquanto bem servir”, faz a ligação da comunidade com o “mundo exterior”, reivindicando direitos, etc., e representa sua comunidade nas reuniões de lideranças.

⁴⁹ BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais. p.119-120.

Diante do que foi trazido até o momento, é possível responder algumas das indagações formuladas no início do capítulo considerando a convicção própria, pois não foi possível, de acordo com o que exige a técnica monográfica, encontrar doutrina ou jurisprudência que tenham se aprofundado na reflexão sobre o assunto a ponto de concluir o que segue.

O limite da intervenção do direito do não-índio sobre o índio está na relação entre sujeitos índios e não-índios. Melhor dizendo, para que haja verdadeira justiça, as normas que podem reger a vida dos índios e de suas comunidades, dentro de suas aldeias, são aquelas culturalmente mantidas por eles, sob pena da não admissão da diversidade cultural que é garantida pela própria Constituição não-índia de 1988. Então, em conflitos entre índios de uma mesma aldeia e dentro dela, descabe a imposição da aplicação da lei não-índia.

Por outro lado, nas interações entre os povos onde sejam conflitantes direitos indígenas e não-indígenas, o juiz precisará servir-se da mesma estratégia utilizada para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, ou seja, deve pautar-se nos princípios da concordância prática, da razoabilidade e proporcionalidade de forma a harmonizar, coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, sem desconsiderar a disposição constitucional de reconhecimento aos índios, de sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Por fim, cabe mencionar que o juiz que representa o Estado Democrático de Direito deverá ser imparcial em suas decisões, o que significa dizer que para formar o seu convencimento deve evitar, o tanto quanto possível, resolver questão relacionada com direitos indígenas sob a sua ótica, ou seja, se for o caso,

sob a ótica de um não-índio. Se assim proceder, estará sendo sempre parcial. Para que isto seja possível, não há a necessidade de que todo julgador torne-se especialista em cultura indígena, basta que seja garantida a aplicação dos princípios do Estado Democrático de Direito, sendo reconhecida, protegida e aceita a manifestação da diversidade étnico-cultural.

CONCLUSÃO

O Brasil abriga mais de duzentas sociedades indígenas, cada uma com organizações, crenças e costumes diferentes. São mais de 180 idiomas falados. Algumas destas sociedades ainda se encontram totalmente isoladas, sem nunca ter mantido contato com o não-índio, mas a maioria delas possui grande parte dos seus membros se relacionando com a sociedade não-indígena, mantendo sua cultura e utilização da língua materna dentro das aldeias.

Neste contexto, de pluralismo cultural brasileiro, não raras vezes, surgem conflitos de interesses entre membros de sociedade não-indígena com membros da coletividade indígena ou com o sujeito índio. Chegando tais conflitos ao Judiciário, seja Estadual ou Federal, este deve estar preparado para recebê-los, interpretá-los e julgá-los, tendo como base os fundamentos da República Federativa do Brasil, e a convicção de que a proteção dos direitos

fundamentais dos índios, suas comunidades e organizações, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, deve ser efetivada sob a ótica de aceitação e respeito à diversidade étnica e cultural de forma a garantir a pacificação social na interação entre os povos.

O primeiro entrave a ser enfrentado pelo julgador é que a legislação específica sobre os direitos indígenas foi editada anteriormente à Constituição da República que modificou por completo a política brasileira para o trato das questões referentes aos indígenas. Desta forma, os dispositivos legais que a ela contrariem, devem ser considerados não recepcionados.

No Código Civil de 1916, os índios eram relativamente incapazes e submetidos ao regime tutelar até que se integrassem na sociedade nacional. A legislação especial de 1973, trilhava na mesma linha de entendimento do paradigma da integração. Contudo, com a promulgação da Magna Carta, o índio adquiriu legitimidade para defender os seus próprios interesses e os interesses de suas comunidades, do mesmo modo que a FUNAI. Além de receber legitimidade para defesa de seus direitos independentemente da participação do órgão indigenista, o índio recebeu legitimidade processual, por força do que dispôs o legislador constituinte no artigo 232. Deste modo, adquiriu de forma reflexa também a capacidade civil plena, pois todo aquele que é capaz para estar em juízo, independentemente de representação ou assistência, só pode ser considerado absolutamente capaz.

Concluir de outra forma, que a Constituição refere-se apenas à capacidade processual e não civil, é incompatível com o todo constitucional, pois deste modo a lesão ou ameaça a direito indígena estaria sendo excluída

da apreciação do Poder Judiciário, nos casos em que a FUNAI não tomasse a responsabilidade pela defesa dos direitos indígenas para si, ou nos casos em que os interesses dos indígenas fossem conflitantes com os interesses do referido órgão, o que feriria o direito fundamental de acesso ao judiciário e o princípio da instrumentalidade do processo.

Em resumo, no âmbito processual o juiz deve ser rigoroso ao observar normas que ampliam a possibilidade de proteção do direito indígena, tais como, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público como *custus legis* e a regular constituição de advogado, e não ao avaliar aspectos processuais que possam impedir a apreciação judicial de causas de índios ou de suas comunidades.

A seu turno, o âmbito da análise material dos direitos individuais indígenas, realizada pelo julgador, deve respeitar as peculiaridades culturais desta etnia, tal qual se extrai da interpretação da sistemática constitucional, ou seja, aos índios, coletiva ou individualmente considerados, são reconhecidos seus costumes, línguas, crenças e tradições. Referido reconhecimento é o que se espera não só da sociedade em geral, mas também do Estado legislador, administrador e juiz.

Este último será veículo da almejada pacificação social se conseguir tornar-se imparcial, ou melhor dizendo, se for capaz de despir-se dos valores inculcados pela sua própria cultura, e julgar apenas com base nas normas constitucionais e legislações afins e nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que abriga uma sociedade pluralista, livre, justa, fraterna e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2004

BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais. 1ª ed. (ano 2003), 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

BALDI, César Augusto Baldi. Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 de julho de 1934. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 18 de setembro de 1946. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2009

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 13 ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ministério Público: Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1997

FERNANDES, Florestan. A Organização Social dos Tupinambá. São Paulo: Editora Hucitec, 1989

FUNAI. Índios. Disponível em: <
www.funai.gov.br/índios/conteúdo.htm#sociedades>. Acesso em 12 de agosto de 2009.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GIACCARIA, Bartolomeu; HEIDE, Adalberto. **Xavante (Auw~e uptabi: povo autêntico)**. São Paulo:Editorial Dom Bosco, 1972.

HUME, David. **Investigação Acerca do Conhecimento Humano**.

LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Provença. Barcelona: Editorial Ariel, 2002

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. **21 ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.**

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista**. 5 ed. rev. ampl, e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O acesso à Justiça e o Ministério Público. **3 ed. rev., ampl, e atual. São Paulo: Saraiva 1998.**

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. **19 ed. São Paulo: Atlas, 2006**

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; DOUGLAS, Willian. Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões. **14 ed. rev., ampl. E atual. Até a Emenda nº42/2003. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.**

PORRO, O Povo das Águas: ensaios de etno-história amazônica. Rio de Janeiro: Vozes, 1995

RIBEIRO, Darcy. Diários Índios: os Urubus Kaapor. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTILLI, Juliana. Capacidade Civil e Processual dos Índios. Net, Rio de Janeiro, 1998. Disponível em <www.

Buscalegis.ufsc.br/revista/index.php/buscalegis/article/viewFile/6776/6343.>

Acesso em: 13 set. 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Apontamentos sobre o Direito Indigenista. 1 ed 2005, 2 tir. 2006. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26 ed. Ver. E atual. Malheiros Editores: 2005

SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada. Ática: São Paulo, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito. 1 ed. 1998. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2006.

VIEIRA, Judivan J. Ministério Público o 4º Poder. Porto Alegre: Síntese, 2003