

DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS OU DIREITO PARA OS POVOS INDÍGENAS?

*Roberta Cristina de Moraes Siqueira**

*Vilma de Fátima Machado***

RESUMO

O artigo pretende fazer um estudo sobre o direito dos povos indígenas. Será que existem mesmo direitos humanos coletivos dos povos indígenas ou seria apenas um conjunto de leis que não representam os seus direitos, ou melhor, seus anseios? A intenção deste ensaio é demonstrar que existe um direito diferenciado entre povos indígenas e que o direito proposto e trazido por nossa legislação não é o mesmo que é aplicado pela Justiça Indigenista.

Palavras-chave: Povos indígenas. Direito. Direitos humanos.

ABSTRACT

The article aims to do a study about the right of indian people. Are there even collective human rights of indian people or would just be a set of laws that do not represent their rights, or rather, their wishes? Our intention is to demonstrate that there is a differential right between indian people and that the right proposed and brought by our law is not the same as that applied by the Indigenous Justice.

Key-words: Indian People. Law. Human Rights.

* Mestranda em Direito Agrário pela UFG Goiás.

** Doutora em História pela UNB ; Professora da UFG-Goiás

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A discussão que se propõe neste ensaio é sobre o direito dos povos indígenas. Seriam as normas previstas em nossa legislação direitos dos povos indígenas, ou seja, normas nascidas do desejo do povo e que representam sua cultura e costumes ou seria um direito para os povos indígenas, normas que não correspondem aos seus anseios, nem à diversidade cultural das suas comunidades?

Antes de tentarmos responder estas questões, deve ser esclarecido que não nos ateremos aos conceitos de norma e direito, bem como à sua diferenciação, apesar de sua importância, focando nossa atenção no direito estabelecido, nesta dogmática monista do direito único que é aplicado em nossa sociedade.

Ponto de primordial importância para esta discussão é que nossa estrutura jurídica não reconhece os indígenas como povos. Eles não são assim reconhecidos, pois uma vez declarados como tal, seriam vistos como todo o restante dos nacionais. Eles são vistos como comunidades indígenas, o que lhes garante uma situação de diferença e exclusão do restante dos nacionais.

DEFINIÇÕES IMPORTANTES

Não há como falarmos sobre os direitos dos povos indígenas sem tecermos algumas considerações introdutórias sobre os mesmos, e isto nos leva à definição e delimitação de algumas expressões utilizadas pela lei, tais como índio e comunidade indígena, integração, capacidade e imputabilidade penal.

Primeiramente, conforme o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), o índio e as comunidades indígenas são definidos como:

Art.3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Conforme se pode perceber, o índio foi definido como um indivíduo que pertence a um grupo étnico cultural diferente do da sociedade nacional, enquanto que a comunidade indígena ou grupo tribal, como aquelas famílias (diferentes) que não são integradas aos nacionais. E aqui surge nossa primeira observação. O Estatuto do Índio foi claro ao dizer que os povos indígenas são diferentes dos nacionais e que devem viver segregados para continuar a ser índios.

No art. 4º da Lei 6.001/ 1973, verificamos que os silvícolas podem ser classificados como povos isolados, em vias de integração e integrados. Serão considerados isolados quando viverem em grupos isolados ou desconhecidos com poucos conhecimentos a seu respeito; os índios, em vias de integração, são os que mantêm contato intermitente com grupos estranhos, porém conservam sua cultura, aceitando algumas práticas dos civilizados; o terceiro e último grupo, dos integrados, são dos índios que são incorporados à comunhão nacional e tem pleno exercício dos direitos civis, mesmo que mantenham usos, costumes e tradições da sua cultura.

No que se refere à capacidade civil, devemos, em um primeiro momento, analisar o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), tendo em vista ser lei posterior ao Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973). O Código Civil estabelece, em seu artigo 4º, parágrafo único, quando trata das normas atinentes à incapacidade relativa das pessoas naturais, que a capacidade dos índios será tratada em lei especial, nos remetendo, novamente, ao Estatuto do Índio, pois é a única lei, até o momento, a evocar o assunto.

O Estatuto do Índio (artigos 7º a 11) dispõe sobre a tutela e emancipação dos índios. Depreendemos da análise legal destes dispositivos que os índios e as comunidades ainda não integrados à comunidade nacional estão sujeitos ao regime tutelar da União, por meio do órgão federal tutelar competente, que é a FUNAI (Fundação Nacional do Índio). A

FUNAI foi criada pela Lei 5.371, de 05 de janeiro de 1967 e é vinculada ao Ministério da Justiça; é uma entidade com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, e é o órgão federal responsável pelo estabelecimento e execução da política indigenista brasileira. É através da Procuradoria Federal Especializada (PFE-FUNAI), órgão integrante da Procuradoria Geral da União, que a FUNAI promove a defesa judicial dos direitos indígenas, individuais e coletivos.

Assim, o índio (ou comunidade) ainda não integrado à comunidade nacional é considerado relativamente incapaz e os atos praticados sem assistência serão considerados nulos, a não ser que eles revelem consciência e conhecimento da prática do ato. Nesse sentido, o artigo 9º, expressamente, declarou as condições de emancipação do regime tutelar, que devem ser requeridos ao Juiz em um procedimento de instrução sumária, ouvidos a Procuradoria Federal Especializada e o Ministério Público, que são: 1. Idade mínima de 21 anos – após a promulgação do Código Civil de 2002, a maioria civil foi reduzida para 18 anos; em virtude de ser o Estatuto do Índio uma lei especial, tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.611/ 2009, de autoria do deputado Waldir Neves, para reduzir a idade do regime tutelar de 21 para 18 anos, porém, tal projeto foi arquivado em 31/ 01/ 2011 nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pelo final da legislatura parlamentar; 2. Conhecimento da língua portuguesa; 3. Habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional – deve desenvolver alguma atividade que seja útil para a nação não indígena; 4. Razoável compreensão dos usos e costumes – não se exige que o índio conheça a fundo os usos, costumes e tradições da cultura nacional, mas apresente uma compreensão razoável.

A emancipação pode ser individual ou coletiva, desde que requerida pela maioria dos membros da comunidade e obedeça aos requisitos elencados. Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a intenção da lei era de uma total integração das comunidades indígenas à população nacional e algumas tentativas neste sentido foram idealizadas. Sobre isto, se posiciona Melatti:

Em 1977 o governo desencadeou uma campanha para promover a emancipação dos índios, que foi vivamente repudiada pela sociedade

civil e pelos próprios indígenas, uma vez que não pairava dúvidas que o principal alvo era a liberação das terras das comunidades emancipadas, de modo a facilitar sua compra pelos não-índios, além de afastar do órgão governamental indigenista aqueles líderes indígenas mais reivindicativos.¹

Assim, resta-nos claro que a emancipação não exclui o direito sobre a posse da terra nem a identidade étnica dos índios, pois a integração dos índios à comunidade nacional e, conseqüente, emancipação não é excludente dos usos, costumes e tradições, como queria a política indigenista brasileira. Hoje, tem-se dado uma “interpretação positiva à tutela”², permitindo aos índios realizar todas as atividades que não lhes sejam prejudiciais, ou seja, eles podem praticar os atos comuns dos considerados nacionais, tais como o exercício do serviço militar, votar, candidatar-se a cargos políticos, etc.

No que se refere à imputabilidade penal, dispõe o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 1940), nos artigos 26 e 27 que se o agente era, ao tempo da ação ou omissão ilícita, inteiramente incapaz, será isento de pena, assim como os menores de 18 anos, ainda que tenham desenvolvimento mental completo. Perceba-se que toda a discussão se volta para a delimitação da capacidade.

Destas disposições poderia se chegar à prematura conclusão de que os índios são inimputáveis (não são apenados pelos crimes cometidos), pois conforme visto, são considerados relativamente incapazes pela lei civil e, aqui, se faz relevante a discussão outrora levantada sobre o grau de integração ou não do índio com a comunidade nacional. Capacidade é o termo da lei civil e integração é o termo da lei especial. Será que o índio totalmente integrado é considerado capaz pela lei civil? Acreditamos que sim, pois o Estatuto diz que apenas os índios ainda não integrados à comunhão nacional estão sujeitos ao regime tutelar da União, ou seja, se ele for integrado, não é sujeito à tutela, e, deste modo, capaz. Capistrano, manifestando-se a respeito, diz “essa integração do silvícola com a comunhão nacional, que lhe confere a oportunidade de gozar direitos civis, também lhe traz a possibilidade de poder ser apenado, pois passa a ser visto, pelo ordenamento jurídico, como se capaz fosse, situação que, de fato, ostenta”³. É importante que fique claro nesta discussão que a integração perdeu um pouco de

sua instrumentalidade a partir da Constituição Federal de 1988, pois, a partir daí, a integração deixou de figurar entre os princípios constitucionais da política indigenista.

O artigo 56 da Lei 6.001/73 também deve ser trazido a lume na discussão, pois diz que em caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação, o juiz deverá atender ao grau de integração. Resta-nos claro que os índios podem sim ser submetidos às penas previstas em nossa legislação penal, porém, estas deverão ser necessariamente atenuadas, conforme o índio seja mais ou menos integrado à comunhão nacional. É uma imposição legal.

NOTÍCIAS HISTÓRICAS

Já nos primeiros relatos dos Portugueses sobre o Brasil, os povos indígenas aparecem sem um Direito interno que os regule. Conforme Marés, “os relatos fazem crer, que eram povos sem Deus e sem Lei, apesar de alguma organização social”⁴. Desde então, o direito da Corte foi imposto, sem nenhum respeito e reconhecimento ao direito existente entre os povos.

Deve ficar claro que, com a chegada dos colonizadores na América, houve uma transformação maciça da natureza com conseqüente desnaturaçã dos costumes dos povos que aqui habitavam. Os colonizadores aportaram e com eles trouxeram novas comidas, animais e plantas e, assim, corromperam os hábitos alimentares e culturais dos indígenas. Tudo que era nosso, nativo, foi modificado e uma nova cultura foi imposta. Nas palavras de Carlos Frederico Marés:

Aos poucos foi se cobrindo as ‘vergonhas’ dos índios, retirando suas armas, branqueando a cor da sua pele e o sentimento de sua religiosidade. A natural nudez virou vergonha, a religião crença, a língua dialeto, o direito costume.⁵

A construção e solidificação dos impérios espanhol e português se deram, dessa forma, pelo saqueamento das riquezas da América, bem como pela substituição das comunidades existentes através do aniquilamento de povos inteiros, que, quando sobreviveram, continuaram

humilhados, numa situação de clandestinidade cultural, de diferença, pois a cultura dominante passou a ser a europeia em contraposição à cultura e costumes locais.

Não é possível afirmar com certeza a população nem os limites territoriais da ocupação dos indígenas quando da conquista, pois este povo era, e ainda é, apesar da grande dizimação, formado por uma imensa diversidade cultural. O que é possível afirmar é que essa gente tinha, e ainda tem, uma ideia própria de território e esta ideia é formada através de suas relações entre si, com a sociedade e com a natureza. Esta concepção de limite territorial nasceu apenas com as lutas pela independência e constituição dos Estados nacionais, ocasião que nasceu também a imposição de um direito novo, chamado latino-americano, apesar de ser um direito que em nada representava o povo que habitava o território das Américas.

Quando da colonização da América por Portugal e Espanha, que dividiram o mundo através do Tratado de Tordesilhas, já se estabeleceu uma diferença entre os contatos dos portugueses e dos espanhóis com os povos indígenas. Os primeiros usavam o termo descobrimento e, desde já, optaram por não levar índios escravizados para a Europa, pois a conduta seria desumana. Ao contrário, os segundos, levaram índios para a Espanha, para servir como escravos, além de usarem a expressão “conquista” para a colonização.

A Espanha produziu para suas colônias um sistema jurídico conhecido como “derecho indiano”, que era um direito criado e adaptado para a vida na América, que continha instituições próprias, mas também trazia muitas das normas vigentes na Europa. Este direito foi influenciado por Las Casas (frei espanhol que se solidarizou com as injustiças contra os povos indígenas), que se contrapunha ao direito espanhol de estabelecer regras aos nativos das regiões colonizadas, pois acreditava-se em um direito natural a que teriam direito esses infelizes. Um dos institutos aplicados nas colônias eram os “repartimientos” (dividia-se o território e seus povos seguindo sua pacificação), que eram conjugados com as “encomiendas” (entrega de terra e seus índios a um espanhol que podia explorá-la). Também foi criação do direito indiano os “resguardos” que eram quando se entregavam terras a uma comunidade, através de seu chefe, porém com o domínio ainda da Coroa,

através do “corregidor de índios” (padre, cacique e corregidor disputavam o controle dos bens indígenas).

Enquanto isto, Portugal estabeleceu um direito totalmente diferente do Espanhol. Em 02 de junho de 1375 foi criada por D. Fernando em Portugal, o Instituto das Sesmarias, na tentativa de evitar a fome no país. O instituto obrigava a todos que tivessem terras ociosas a transformarem-nas em terras para lavradio, sob pena de perda da propriedade. Com a descoberta do Brasil, o mesmo instituto utilizado em Portugal, foi também utilizado aqui, sem alterações legais, durante todo o período colonial. Assim, tivemos, em 1514, a reestruturação das sesmarias pelas Ordenações Manuelinas e, em 1789, pelas Filipinas. Ocorre que, no Brasil, a situação era totalmente diferente. Não havia terras abandonadas. As terras eram ocupadas por povos indígenas que tinham uma forma de ocupação diferente: mantinham roças em sistema rotativo, de maneira que o solo estava em constante regeneração, não havendo assim seu esgotamento. Como muito bem nos elucida Souza Filho, “na verdade a ocupação tinha o sentido de tomar posse das terras em nome do rei e da coroa portuguesa, em sua disputa com a espanhola e outras nações europeias. Quer dizer que enquanto em Portugal as sesmarias tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos para a população, no Brasil foram instrumentos de conquista”⁶. E acrescenta ainda que “eram concedidas terras para quem quisesse vir ao Brasil, em nome da coroa, ocupá-las, mesmo que para isso fosse necessário escravizar, prear ou matar populações indígenas”.

Depreende-se então que Portugal não estabeleceu um direito próprio para a colônia, mas um direito copiado. Pode-se dizer que as leis portuguesas determinavam bom tratamento aos indígenas, desde que se submetessem à catequese; por outro lado, determinavam guerra “justa” aos que se mostrassem inimigos. Também é de se notar a dificuldade de se impor às populações indígenas algum regime de trabalho, pois os mesmos tinham várias razões para não se submeter ao trabalho forçado (vivendo em liberdade conseguiam muito mais dos recursos naturais do que trabalhando; além disso, conheciam a mata e o território e sabiam sobreviver de seus recursos naturais). Destarte, em vários escritos da época, observa-se a proibição da escravidão indígena, mas, ao mesmo tempo, uma nítida preocupação em encontrar soluções para o problema do trabalho da terra.

Ainda no que se refere à disciplina legal, fica transparente que muitos dispositivos tratavam de limitações e garantias de direitos alheios relacionados aos indígenas, mas não especificamente dos direitos indígenas. A única preocupação era a integração deste povo à sociedade, ou seja, que eles deixassem de ser indígenas. O que restou do direito colonial foi um silêncio gritante sobre estes povos, além de muitos escravos e latifúndios, que hoje são as causas de grande parte de nossos problemas sociais.

Poderia se anotar, como marco inicial dos direitos indígenas no país o Alvará Régio de 1º de abril de 1680. Este mandou “respeitar as terras indígenas reconhecendo, expressamente, serem os indígenas senhores de suas fazendas, como o são no sertão, pois foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras; posteriormente, foi ratificado pela lei de 06 de julho de 1755, que confirmou ao índio a condição de homem livre, no uso e gozo de seus bens”⁷. Este alvará era específico aos índios do Maranhão e Grão-Pará, somente ampliado a todos os índios do Brasil por meio do Alvará de 08 de maio de 1758.

O Alvará de nada serviu, pois as terras indígenas continuaram a ser esbulhadas com o apoio das autoridades locais e a Carta Régia de 02/12/1808 veio a confirmar o fato, pois declarava como devolutas as terras que fossem conquistadas dos índios nas “guerras justas”. A condição de devolutas fazia com que a coroa Portuguesa pudesse destinar as terras a quem quisesse e daí a origem de muitos conflitos que vem se perdurando no tempo.

Nas esclarecedoras palavras de Araújo, “todas as demais tentativas da Coroa de ordenar a ocupação territorial indígena serviram muito mais como uma forma de segregar os índios em espaços territoriais ínfimos, liberando grandes extensões de suas terras de ocupação tradicional para o processo de colonização. Foi o caso do que se chamou ‘aldeamento’: destinação de áreas onde eram reunidas comunidades indígenas sob a administração de ordens religiosas e que seguiam o chamado Regimento das Missões, de 1686, visando em especial facilitar o trabalho de assistência religiosa ou catequeses”⁸. Depois, tivemos o “Diretório dos Índios” (1757-1798), onde teve início a administração por laicos.

Ressalte-se, também, no período do Império, a Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850), que foi a primeira lei regulamentando a propriedade privada em nosso direito. Esta assegurou direito territorial aos índios, e no artigo 12 dispunha que seriam reservadas as terras devolutas para a colonização indígena. Logo após, foram expedidas instruções que consideravam como devolutas as terras das aldeias que tivessem sido abandonadas pelos índios. Daí surgirem os atestados de abandono de terras e as certidões negativas expedidas pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e depois de sua extinção, pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Com a primeira Constituição Republicana (art. 64 da constituição de 1891), as terras devolutas foram transferidas aos Estados. Deste modo, muitas das terras indígenas foram assenhoreadas pelos Estados, agravando a situação destes povos. Em 1910 foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e com o Decreto nº 736, de 06 de 1936 fica autorizado “a impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem”.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL DE HOJE

Não há uma estimativa precisa sobre a população indígena atual. Considerando os dados da FUNAI⁹, sabe-se que existem aproximadamente 215 povos indígenas, com uma população de aproximadamente 345 mil índios, ou seja, cerca de 0,25% da população nacional, lembrando que estes números são apenas de índios que vivem em aldeias (excluindo-se os que vivem fora das terras indígenas e os que não tiveram contato com a sociedade).

Reportando-se ao número de terras indígenas reconhecidas, somam-se 582. A extensão total dessas terras alcança 108.429.222 hectares, o que equivale a 12,54% de todo o território brasileiro, sendo que a maioria está na Amazônia (cerca de 99% do total).

Relatando os dados culturais, falam cerca de 180 línguas distintas do idioma oficial, às quais pertencem a mais de trinta famílias linguísticas diferentes, com usos, costumes e tradições diferenciadas, demonstrando a imensa diversidade cultural deste povo.

DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

Os direitos dos povos indígenas estão, atualmente, fundamentados em três pilares básicos: na Fundação Nacional do Índio, no Estatuto do Índio e na Constituição Federal de 1988.

A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) é o órgão executor da política indigenista brasileira. Este órgão foi criado em 1967, depois da extinção do SPI (Serviço de Proteção ao Índio), devido a inúmeras denúncias de irregularidades administrativas, corrupção, além de gestão fraudulenta.

A Lei nº 5.371, que autorizou a criação da FUNAI, fixou princípios e diretrizes da política indigenista, fundamentados no respeito à pessoa do índio e na garantia à posse permanente das terras que habitavam. É missão do órgão “Coordenar o processo de formulação e implementação da política indigenista do Estado brasileiro, instituindo mecanismos efetivos de controle social e de gestão participativa, visando à proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas”. Como dito alhures, é o órgão responsável pelo estabelecimento e execução da política indigenista brasileira em cumprimento ao que determina a Constituição Federal Brasileira de 1988. O órgão nasceu da tentativa de conter a onda de críticas que recaíam sobre a política indigenista em função do desempenho do SPI e com a promessa de elaboração de uma nova legislação para os índios.

Assim, tivemos em 19 de dezembro de 1973, a promulgação do Estatuto do Índio (Lei 6.001) que, conforme determinação de seu artigo 1º, trouxe o propósito de regular a situação jurídica dos índios para preservar a sua cultura e integrá-los à comunhão nacional. Em outras palavras, o Estatuto declara, já de início, que o seu propósito é fazer com que os índios deixem de ser índios, uma vez que quer integrá-los à comunhão nacional.

O Estatuto estabelece princípios, dispõe sobre a capacidade dos povos indígenas, condições de registro civil, de trabalho e dedica uma boa parte ao tema das terras indígenas, às quais são subdivididas em terras ocupadas tradicionalmente, terras reservadas e terras de domínio dos índios. Dispõe ainda sobre a defesa das terras, dos bens e renda

do patrimônio, da educação, cultura e saúde e das normas penais, ou seja, regula todos os aspectos da vida dos povos indígenas, o que nos indica a ideia de separação, segregação, de um povo diferente, com direitos distintos do resto dos nacionais. Os dispositivos atuais da Lei Especial permanecem vigentes naquilo que não contrarie a Carta Constitucional de 1988 e é por esta razão que seu estudo deve ser feito com cautela.

A Constituição de 1988 trouxe uma série de inovações no tratamento da questão indígena. Foi a primeira a trazer um capítulo específico à proteção dos direitos indígenas, além de reconhecer a diferença deste povo, consoante discurso trazido por Araújo:

A Constituição reconheceu aos povos indígenas direitos permanentes e coletivos e inovou também ao reconhecer a capacidade processual dos índios, de suas comunidades e organizações para a defesa dos seus próprios direitos e interesses. Além disso, atribuiu ao Ministério Público o dever de garantir os direitos indígenas e de intervir em todos os processos judiciais que digam respeito a tais direitos e interesses, fixando, por fim, a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas.¹⁰

Apesar da inovação Constitucional, de um capítulo reservado aos índios, reconhecendo seus direitos, a execução desses direitos não é tão simples como se parece ao visualizar a letra da lei, e aí, surge a expressão utilizada por Souza Filho de que estas normas são “direitos invisíveis”. Estes direitos estão lá, mas não são executados porque invisíveis, conforme bem ilustrado por Manuel Scorza, *apud* Souza Filho. Ele narra que um dos líderes dos índios do altiplano peruano, Garabombo, foi acometido por uma estranha doença. A comunidade havia recebido um título de propriedade diretamente do rei de Espanha, no século XVIII, e o conservara escondido. Era um documento com selos, assinaturas, lacres, fitas e de excepcional beleza. O Estado peruano não o queria reconhecer. Garabombo foi levar o documento às autoridades para reivindicar a terra, quando foi acometido de estranha doença, ficou invisível e por mais que entrasse nas repartições públicas e tentasse falar com as autoridades, não era jamais visto ou ouvido. Até que sua comunidade, desesperada com a situação, organizou uma rebelião.

Foi o remédio para a estranha doença, bastou reivindicar com dureza e praticar atos concretos de rebeldia, e imediatamente ficou curado, passou a ser visível, e então foi perseguido como agitador e violador das leis, acabando preso e morto.¹¹

É nítido na lenda do índio Garabombo que a questão indígena tem sido omitida, mascarada, como uma clara opção do Estado, e vem se repetindo desde a época da colonização. E o Poder Judiciário, que seria o responsável pela aplicação e fiscalização desses direitos tem grande parcela de culpa na situação, seja pela dificuldade de se chegar até ele, seja pelas deficiências do próprio corpo que se encontra despreparado e desconhecedor das questões indígenas, seja pela falta de vias processuais adequadas.

Os povos indígenas não podiam ser vistos, antes da Constituição, como titulares de direitos, como indivíduos, mas como povos que só teriam direitos individuais uma vez integrados ao sistema jurídico, ou seja, para que pudessem reivindicar seus direitos individuais, teriam que deixar de ser índios. Só agora, após a Constituição de 1988, os direitos indígenas saíram da grande lacuna e vazio jurídico para se tornarem direitos visíveis, coletivos. Conforme Carlos Frederico Marés:

Não é que os indígenas não pudessem ser titulares de direitos, pessoalmente, apesar de toda a dificuldade imposta, como a qualquer trabalhador, eles poderiam adquirir direitos. O que está omitida na lei, com claro e peremptório silêncio, é a possibilidade da aquisição coletiva do direito, aliás de qualquer direito. Os direitos coletivos dos povos indígenas não se traduzem em direitos individuais, porque sua existência depende da coletividade como a cultura, o idioma, a religião e o território.¹²

O artigo 231 da Carta Magna nos diz que são reconhecidos aos índios os seus direitos, protegidos e respeitados os seus bens. E que direitos são esses? A Constituição deixa claro um direito coletivo dos povos indígenas sobre as terras que, tradicionalmente, ocupam uma garantia à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Esses novos direitos não têm uma titularidade individualizada. Todos são titulares de direito sobre o bem ou a coisa, mas essa titularidade não faz parte do patrimônio individual de cada um, o que conhecemos como titularidade difusa.

Os direitos coletivos dos indígenas podem ser subdivididos em duas grandes categorias: direitos territoriais e direitos culturais. Na primeira estariam inclusos os direitos territoriais, que são direitos estabelecidos em razão das suas relações internas e externas e também de suas relações com a natureza, no sentido de buscarem-se recursos para sobrevivência. Já no segundo grupo, estariam o direito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Não se pode deixar de falar sobre outro avanço trazido pela Carta atual, que consiste no abandono dos ideais de integração ou aculturação compulsória dos índios, que marca fortemente o Estatuto dos Índios, conforme observa Santilli:

A mudança profunda que a Constituição de 1988 introduziu foi o reconhecimento de direitos permanentes aos índios. Ela abandona a tradição assimilacionista e encampa a ideia – a realidade dos fatos – de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro.¹³

Destarte, após anos e anos de dormência e tentativa de integração dos povos indígenas à civilização, compreende-se que os índios não são sujeitos transitórios, mas parte da população nacional, distinto do que se pensava. E foi neste sentido que foi garantido a eles viver como pessoas diferenciadas em relação ao restante da população nacional. Também deve ser pontuado que este abandono da perspectiva integracionista do Estatuto e das Constituições anteriores abriu espaço para outras questões, tais como a valorização dos bens indígenas, entre eles, seu patrimônio cultural.

O DIREITO DIFERENTE

Por tudo que percorremos até o momento, não é arriscado depreender que o Estado brasileiro se pautou muito mais pela negação do que pelo reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Até a promulgação da Constituição de 1988, os povos indígenas não eram reconhecidos como iguais, nem mesmo como diferentes, numa tentativa de assimilação de suas crenças, costumes e cultura à comunhão nacional. Só após a Carta Magna é que estes povos foram

efetivamente aceitos como o são: nas suas diferenças. Entretanto, assumir a desigualdade e diversidade cultural não é tarefa tão fácil, pois implica em várias consequências na seara jurídica.

Uma vez admitida a diversidade dos povos indígenas, presume-se pela existência de um direito próprio, o que de fato é notado pelos estudiosos do assunto. Não há dúvidas sobre a existência de uma Justiça Indigenista e de um direito próprio estabelecido conforme cada costume e tradição das comunidades indígenas. A dificuldade aqui seria a conjugação desta justiça indigenista com o sistema jurídico vigente, que é único. Informa-nos Souza:

O Estado brasileiro permanece como um sistema único, impondo as normas jurídicas da sociedade hegemônica aos povos indígenas, ignorando (ou pouco considerando) as normas diferenciadas que regulam a organização social e o funcionamento das sociedades indígenas.¹⁴

Deste modo, se faz necessário o relato de alguns casos notórios sobre a aplicação do direito aos povos indígenas, para que, com base nisto, possamos exarar nosso entendimento.

CASO PAULINHO PAIAKAN

Às vésperas da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Eco-92, a imagem de Paulinho Paiakan, um dos líderes mais importantes dos índios Kaiapó e figura fundamental na defesa de direitos indígenas e do meio ambiente, foi completamente abalada pela acusação do cometimento de crime de estupro.

Paulinho Paiakan e sua esposa Irekran Kaiapó foram acusados de ter violentado e estuprado a jovem Sílvia Letícia da Luz Ferreira. Segue o relato da denúncia: “No dia 31 de maio de 1992, na cidade de Redenção/PA, entre 18h30min e 19h30min, Paulinho Paiakan e sua esposa Irekran teriam violentado e estuprado a estudante Silvia Letícia. Na manhã do referido dia, Paulinho Paiakan e Irekran convidaram Silvia Letícia para acompanhá-los até a chácara de ambos e passar o dia no local, juntamente com sua irmã mais nova e uma amiga, além de outras pessoas que já se encontravam na chácara. Paulinho Paiakan

teria oferecido um churrasco aos seus convidados e o dia se desenrolou de forma normal. No fim da tarde, quando todos iriam retornar à cidade, Paulinho afirmou que iria levar Sílvia Letícia para casa, enquanto seu motorista levaria os outros convidados, alegando que ele mesmo deveria entregá-la ao pai. Ao retornar para a cidade, estavam no carro com Paulinho a vítima, Sílvia Letícia, sua esposa Irekran e sua filha, à época com cinco anos de idade, o que, conforme explícito na denúncia, 'leva-se a crer que Paulinho Paiakan e Irekran já haviam premeditado o que se segue'. Ainda nos limites de sua propriedade, em certo momento, Paulinho parou o carro, trancou as portas e, com a ajuda de Irekran, teria estuprado a jovem; Irekran imobilizou Sílvia Letícia, segurando-a pelas costas e abrindo suas pernas, de forma a facilitar a relação sexual forçosamente realizada por Paulinho Paiakan, tendo ainda mordido a jovem várias vezes e praticado atos violentos, enfiando suas mãos na vagina dela, como se com o intuito de rasgá-la. O ato violento supostamente durou quase 1 (uma) hora, até que o caseiro da chácara percebeu a movimentação e veio em socorro de Sílvia Letícia, a qual gritava muito. Ao verificar a aproximação do caseiro, Paiakan teria aberto a porta do veículo e saído de seu interior despido, arrastando e agredindo a jovem, a qual vestia somente blusa e sangrava bastante. Ela conseguiu se desvencilhar de Paulinho e fugiu em direção ao caseiro, que a socorreu e levou para sua casa. No dia posterior, em companhia de seu pai, Sílvia Letícia se dirigiu à delegacia para prestar queixa em desfavor de Paulinho e sua esposa Irekran." O relato de Paiakan e Irekran a respeito dos fatos é diferente do exposto na denúncia, conforme se pode verificar nos autos. A versão em sua defesa leva a uma perseguição de políticos locais e pessoas contrariadas com a defesa que Paiakan havia realizado dos índios e do meio ambiente.

Diversas foram as controvérsias ocorridas durante a instrução do processo criminal, principalmente em relação à aceitação pelo juízo da participação da Procuradoria da FUNAI como defensor dos réus, o que prejudicou substancialmente a qualidade da defesa técnica, e o conteúdo e confiabilidade do laudo médico-legal.

Na instrução processual foi decretada a prisão preventiva de Paulinho Paiakan em regime domiciliar, que a cumpriu por 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 19 (dezenove) dias. Por fim, em 1994 o juiz Elder Lisboa Ferreira da Costa julgou improcedente a denúncia, absolvendo

Paiakan pela falta de prova em relação à autoria do crime, vez que todas as lesões descritas nos laudos remetem única e exclusivamente a ações realizadas por Irekran. Também Irekran foi absolvida, em virtude da aplicação do art. 26 do Código Penal Brasileiro, pois, mesmo tendo praticado todos os atos descritos e tipificados, considerou-a, indubitavelmente, não emancipada, “não inteiramente integrada à civilização branca”, sendo incapaz de compreender o caráter ilícito do fato.

Entretanto, o Ministério Público recorreu da decisão ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que reformou a sentença em 1998. O recurso de apelação criminal foi julgado pela 2ª Câmara Criminal que, por unanimidade, o conheceu e deu provimento, condenando Paulinho Paiakan a 6 (seis) anos de reclusão em regime fechado e Irekran a 4 (quatro) anos em regime de semi-liberdade por ter infringido o do art. 213 do Código Penal. Após a decisão, foi decretada a prisão de Paulinho Paiakan que seria cumprida em regime fechado, pelo fato do crime em que foi incurso constituir crime hediondo.

CASO BASÍLIO

Basílio Alves Salmão, indígena do povo Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima em março de 1986 por homicídio contra Valdenísio da Silva, também Macuxi, na aldeia em que ambos viviam. O processo passou para competência da Justiça Federal em fevereiro de 1992 e em outubro de 1994, depois de ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, tendo em vista a necessidade de avaliar como o fato repercutiu perante a comunidade indígena, considerando seus usos e costumes e o grau de imputabilidade do índio e se houve alguma punição adotada pela comunidade, considerando ser ele um Tuxaua¹⁵.

O laudo foi realizado por um antropólogo da FUNAI, relatando a importância do sistema de liderança além das consequências do crime em questão para a comunidade Macuxi. Os Tuxauas reuniram-se e decidiram que o destino de Basílio seria o desterro (sem companhia dos familiares e sem iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo).

O representante do Ministério Público Federal manifestou-se pela pronúncia do acusado. A FUNAI, por outro lado (defesa de Basílio), por meio de seus advogados, pediu a absolvição do réu, com fundamento no estado de embriaguez em que este se encontraria no momento do crime, alegando ainda a relevância de se avaliar o grau de aculturação do indígena.

O juiz federal pronunciou o réu e aceitou a tese do Ministério Público de que o laudo antropológico não cumprira a finalidade a que se destinava. Levado a júri popular em maio de 2000, Basílio foi absolvido. Sua absolvição foi porque já havia sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena, o que era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça Federal.

DIREITO PARA OS POVOS INDÍGENAS

Nos dois casos relatados, percebe a nítida diferença com que nosso direito, tratou os povos indígenas. No primeiro caso, de Paulinho Paiakan, tivemos uma decisão em que foi aplicado o direito “dos brancos”, sem nenhum respeito à cultura e tradições indígenas, seguida do apoio da imprensa que transformou um índio que era tido como herói em um selvagem criminoso, e assim, contrariando vários aspectos legais, não considerou como os direitos indígenas ou da comunidade a que pertencia Paiakan, tratavam o assunto. Percebe-se que as normas vigentes em nossa legislação foram utilizadas de forma conveniente pelo Poder Judiciário, pois havia uma cobrança da imprensa que se mobilizou a condenar o índio, mesmo sem a certeza de provas concretas sobre sua autoria no crime. Entenda que nossa posição aqui não é de julgamento da conduta ilícita do crime, mas sim, de como o assunto foi tratado pela Justiça, no que se refere à aplicação ou não das normas indigenistas.

Já no Caso Basílio, tivemos uma decisão inédita por parte do Judiciário, pois houve a aplicação de normas que não estavam previstas no Código Penal Brasileiro, o que tornou o caso diferenciado e abriu a possibilidade de reconhecimento do Direito Indígena e construção de um Estado plural. Nas esclarecedoras palavras de Estella Libardi de Souza:

A construção de um Estado, verdadeiramente, plural implica em considerar a diversidade étnica existente, as diferenças culturais que, não obstante as tentativas de eliminá-las, permanecem entre os diversos povos que convivem no território brasileiro. Implica também em superar os velhos preconceitos a respeito dos povos nativos, que embaçam a percepção da complexidade de suas organizações sociais e contribuem para a manutenção de relações assimétricas e práticas tutelares, em prejuízo dos povos indígenas.¹⁶

Dos esclarecimentos expostos até então, poderíamos nos questionar sobre a justiça das decisões. O que é justo, aplicar o direito monista, estabelecido para todos, conforme a percepção de que todos são iguais e por isto a lei, também atinge a todos da mesma maneira, ou deveríamos aplicar aquele direito próprio, criado pelas comunidades indígenas e aplicado entre eles, independentemente das regras sociais alheias a seus grupos?

E aqui surge nossa ideia de direitos dos povos indígenas e direito para os povos indígenas, proposta inicialmente. Cremos que após a Constituição Federal de 1988, houve um enorme progresso no que se refere ao reconhecimento e aplicação dos direitos dos povos indígenas, e é com base nestes novos princípios constitucionais que o Judiciário deverá se pautar ao decidir conflitos indígenas, assim como o fez no caso Basílio.

Apesar de nossas normas não serem completas e não estabelecerem um direito para os povos indígenas, focado em seus costumes e cultura (mesmo porque isto seria impossível, tendo em vista o multiculturalismo desse povo), é possível aplicar, a partir das normas vigentes, um direito que reflita os anseios desse povo. Para isto, o Poder Judiciário deve ficar atento às normas de interpretação constitucional e utilizar de todos os recursos possíveis para aplicação de um direito apontado a este multiculturalismo. Corroborando com esta concepção, é certo que o corpo da Justiça (magistrados, ministério público, advogados e todos os demais membros) esteja preparado para esta realidade e, para isto, se faz necessário maior conhecimento a respeito dos povos indígenas. O foco do problema não está no direito dos povos ou para os povos indígenas, mas na aplicação das normas pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, procuramos demonstrar o que entendemos por direito dos povos indígenas, percorrendo, para isto, algumas definições imprescindíveis para o estudo destes povos, bem como examinando os pilares básicos da legislação estabelecida a respeito do assunto.

Nosso intuito, ao fazer este exame simplista das normas legais, era demonstrar que o direito dos povos indígenas evoluiu e tem evoluído bastante a partir da Constituição Federal de 1988, mas também, não menos importante, era demonstrar que existe um direito próprio entre os povos indígenas, ou melhor, uma Justiça Indigenista e que essas normas, muitas vezes, estão em dissonância com o direito Estatal. Também quisemos deixar evidente que os preconceitos ainda se fazem presentes na prática jurídica brasileira, pois as práticas autoritárias e tutelares ainda predominam em nossa política indigenista, tornando, muitas vezes, o direito diferenciado dos povos indígenas irreconhecíveis, ou simplesmente invisíveis.

Apesar dos avanços da legislação e do reconhecimento à autodeterminação dos povos indígenas, os vícios trazidos do período colonial ainda se fazem presentes e isto se demonstra através da coexistência de um texto constitucional moderno, ao lado do arcaico Estatuto do Índio, que se encontra totalmente superado, porém ainda ditando as regras diárias da vida desse povo.

Destarte, através do exame dos casos específicos, intentamos demonstrar a posição de nosso Judiciário quanto às questões indígenas. Um grande avanço foi notado pela decisão do Caso Basílio e esperamos que, a partir daí, nossos aplicadores do direito se voltem mais para a questão indígena, com os olhos que os problemas merecem. É preciso que várias questões, além do multiculturalismo, sejam trazidas a tona e entre elas está a da sobrevivência de nosso planeta. A relação desses povos com a natureza e entre si tem muito a nos ensinar. Não é uma questão de sobreposição de um direito sobre outro, ou de valoração de normas jurídicas, mas uma questão de melhor interpretação e aplicação das normas existentes para um povo que faz parte dos nacionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença. Brasília, MEC/SECAD – LACED/ Museu Nacional, 2006.

ARAÚJO, Ana Valéria de. **A defesa dos direitos indígenas no Judiciário**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.

BARBOSA, Marco Antônio. **Autodeterminação: direito a diferença**. São Paulo: Plêiade, 2001

CAPISTRANO, Rubens. **Da Capacidade Indígena no Brasil**. Disponível em < <http://www.webartigos.com/articles/1380/1/Da-Capacidade-Indigena-no-Brasil/pagina1.html>>, Acesso em 10 abr. 2011.

CASAS, Frei Bartolomé de Las. **Obra Indigenista**. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo, Editora Brasiliense, 1987

LARAIA, Roque de Barros. As religiões indígenas: o caso tupi-guarani. **Revista USP**, São Paulo, n.67, p. 6-13, setembro/novembro, 2005.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 6. ed. Goiânia: AB, 2005.

MELATTI, Júlio César. **Índios do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

MIRANDA, Alcir Gursen De. Áreas indígenas. In: BARROS, Lucas de Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen De; SOARES, Mário Lúcio Quintão (orgs.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.325-379.

SANTILLI, Márcio. **Os brasileiros e os Índios**. São Paulo: Senac, 2000, p. 29.

SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: SAF/ NDI, 1993.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Lásaro Moreira da. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, MS, v.6, n.11, Jan./Jul. 2004.

SOUZA, Estella Libardi de. **Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos**. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 - Diversidade, Identidade e Culturas Latino-Americanas no Congresso Internacional d Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: < <http://www.nepe.ufsc.br/controlado/artigos/artigo74.pdf>>, Acesso em 13 abr. 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **Os Direitos Humanos e os Povos Indígenas**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/indios/mares.html>>, Acesso em 09 abr. 2011.

NOTAS

- 1 MELATTI, Júlio César. *Índios do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 272
- 2 MELATTI, 2007, Op. Cit., p. 273.
- 3 CAPISTRANO, Rubens. *Da Capacidade Indígena no Brasil*. Disponível em < <http://www.webartigos.com/articles/1380/1/Da-Capacidade-Indigena-no-Brasil/pagina1.html>>, Acesso em 10 abr. 2011. p. 3.
- 4 SOUZA FILHO, 1998, p. 29.
- 5 SOUZA FILHO, 1998, p. 33.
- 6 SOUZA FILHO, 1998, p. 57 e 58
- 7 MIRANDA, Alcir Gursen De. *Áreas indígenas*. In: BARROS, Lucas de Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen De; SOARES, Mário Lúcio Quintão (orgs.). *O direito agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.325-379, p. 330.
- 8 ARAÚJO, Ana Valéria et al. *Povos Indígenas e a Lei dos "Branços": o direito à diferença*. Brasília, MEC/SECAD - LACED/ Museu Nacional, 2006, p. 25.

- 9 Disponível em < <http://www.funai.gov.br>>, Acesso em 17 abr. 2011.
- 10 ARAÚJO *et al.*, 2006, Op. Cit., p. 38.
- 11 SOUZA FILHO, 1998, p. 84-85.
- 12 SOUZA FILHO, 1998, p.172-173.
- 13 SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os Índios*. São Paulo: Senac, 2000, p. 29, p.29.
- 14 SOUZA, Estella Libardi de. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos*. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 - Diversidade, Identidade e Culturas Latino-Americanas no Congresso Internacional d Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008. Disponível em : < <http://www.nepe.ufsc.br/controle/artigos/artigo74.pdf>>, Acesso em 13 abr. 2011, p. 04.
- 15 No sistema de lideranças Macuxi, o Tuxaua é eleito pela assembleia comunitária, havendo um para cada maloca, e sem prazo para duração do mandato. Na hierarquia, há o segundo Tuxaua, a quem compete substituir o primeiro em suas ausências, além de cumprir missões por ele designadas, devendo ajustar contas dos atos praticados.
- 16 SOUZA, Op. Cit., p. 7.

Artigo recebido em: 10/02/2010

Aprovado para publicação em: 17/02/2010