

Ciências Humanas

Os direitos do índio

Dalmo de Abreu Dallari

Como todos os indivíduos nascidos em território brasileiro, o índio que nasce no Brasil tem a condição jurídica de brasileiro nato sendo, portanto, desde o seu nascimento, cidadão brasileiro.

Entretanto, seguindo uma orientação que é praticamente universal, a lei brasileira estabelece diferentes graus de capacidade para o exercício de direitos, com base no pressuposto de que alguns indivíduos não têm pleno entendimento de seus atos, não têm plena consciência de seus próprios direitos e não podem avaliar os efeitos jurídicos dos atos que praticam. Na legislação brasileira a capacidade jurídica dos indivíduos é estabelecida pelo Código Civil, que prevê três hipóteses:

a. a dos incapazes, que, embora tendo direitos, não podem externar sua própria vontade para a prática de atos jurídicos e devem ser representados por um responsável. Nesse caso, a decisão quanto aos atos a serem praticados em nome do incapaz é exclusiva do representante.

b. a dos relativamente capazes, que, embora tendo direitos, não podem externar sua própria vontade para a prática de atos jurídicos sem estarem assistidos por um responsável. Eles participam das decisões, mas recebendo a assistência necessária de um orientador.

c. a dos plenamente capazes, que podem decidir sozinhos.

Os indígenas, que a lei também denomina *silvícolas*, foram incluídos entre os relativamente capazes, conforme consta do artigo 6º, inciso III, do Código Civil. E no mesmo artigo, em parágrafo único, dispõe a lei civil que "os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país".

Desse modo, o silvícola, assim como ocorre com todos os brasileiros entre 16 e 21 anos de idade, não tem plena capacidade para exercer seus direitos. Mas a lei estabeleceu uma situação especial para a proteção dos direitos e interesses dos silvícolas, dispondo que eles ficarão sujeitos a um regime especial de tutela, ou seja, eles deverão ter um tutor, que a lei nomeará e cujas atribuições e responsabilidades deverão ser igualmente fixadas em lei especial. As características do tutor e a forma de sua escolha ficarão por conta da legislação especial.

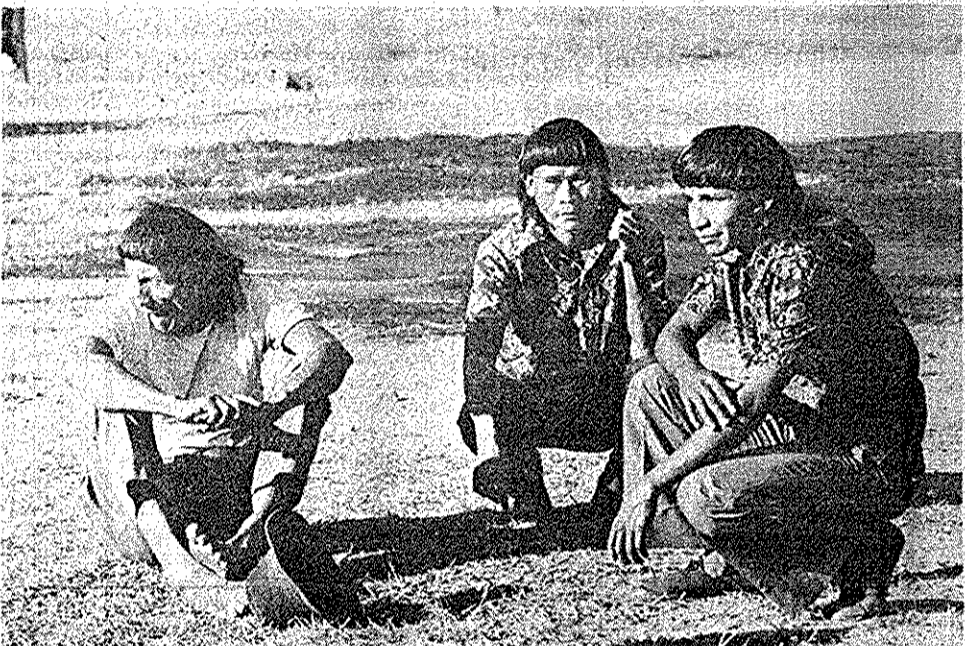
A tutela especial

A lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, dispondo sobre o Estatuto do Índio, estabeleceu o regime especial de tutela a que fica sujeito o índio ou silvícola.

Nos termos do artigo 7º dessa lei, a tutela será exercida pela própria União, através do órgão federal de assistência aos silvícolas. Esse órgão, atualmente, é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), vinculada ao Ministério do Interior, estando expresso na lei que ficarão sujeitos ao regime tutelar especial "os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional". Quanto à extensão da tutela, ficou estabelecido que são nulos os atos praticados entre o índio não integrado à comunhão nacional e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, quando tais atos tiverem sido praticados sem a assistência do órgão tutelar.

Um ponto importante que deve ser ressaltado é o que se refere à responsabilidade do tutor. No regime de tutela comum a nomeação do tutor se faz com intervenção judicial e o Ministério Público fiscaliza o exercício da tutela, podendo, inclusive, pedir a destituição do tutor. No regime de tutela especial estabelecido para os índios não há intervenção judicial, pois a própria lei já indicou o tutor, que é um órgão vinculado ao Poder Executivo federal e cuja responsabilidade também esca-

Uma análise dos direitos do indígena assume, neste momento em que tanto se fala na emancipação do índio, importância capital, já que, como salienta o autor do presente ensaio, há numerosos riscos na medida proposta, pois a idéia, conquanto generosa, não visa aos que já estão efetivamente integrados à comunhão nacional, mas procura, ao que parece, forçar a integração.



O exercício dos direitos e os diferentes graus de capacidade.

pa ao controle judicial. Segundo os estatutos da FUNAI, esta funciona em estreito e constante relacionamento com o Ministério do Interior e todos os integrantes de seus órgãos de direção e fiscalização são nomeados pelo presidente da República.

Desse modo, o exercício da tutela fica, inevitavelmente, condicionado à política indigenista do Poder Executivo federal. Se este adotar alguma providência contrária aos interesses dos índios, estes ficam, praticamente, sem defesa, pois o tutor, a quem caberia defendê-los, é órgão do governo federal.

A cessação da tutela

O Estatuto do Índio prevê as hipóteses em que se dará a emancipação do índio, isto é, em que ele ficará livre da tutela, adquirindo capacidade plena para exercer sozinho seus direitos e para assumir obrigações sem a assistência de um órgão tutelar.

De modo geral, pode-se dizer que cessa a tutela quando o índio estiver integrado à comunhão nacional. A lei permite que o próprio índio requeira ao Poder Judiciário sua liberação do regime tutelar especial, desde que tenha a idade mínima de 21 anos, conheça a língua portuguesa, esteja habilitado para o exercício de atividade útil na comunhão nacional e, além disso tudo, demonstre razoável compreensão dos usos e costumes dos demais brasileiros.

Outra hipótese prevista no Estatuto do Índio é a emancipação de comunidade indígena por decreto do presidente da República. Para tanto é preciso que a emancipação seja requerida pela maioria dos membros da comunidade e sua integração à comunhão nacional seja comprovada pela FUNAI.

Na prática, nunca houve um processo formal de emancipação. Os índios que se aproximam das comunidades de não-índios freqüentemente se integram nesta e começam a praticar atos jurídicos como qualquer outro cidadão brasileiro.

Um dado de extrema importância, que explica, inclusive, como é possível a integração sem o processo formal de emancipação, é que a legislação brasileira só dá tratamento

diferente ao índio enquanto este não se acha integrado na comunhão nacional. Uma vez ocorrida a integração ele é um brasileiro como todos os demais, não tendo qualquer influência sua origem numa comunidade indígena. Embora quanto à etnia não se possam alterar as características da origem, é rigorosamente certo que, do ponto de vista jurídico, o índio deixa de ser índio quando se integra na comunidade brasileira. A partir desse momento ele é um cidadão brasileiro comum, sem nenhum privilégio e sem qualquer proteção ou restrição especial.

É interessante assinalar que em outras legislações, como, por exemplo, a norte-americana, o índio continua gozando de uma situação especial, ou seja, continua sendo tratado juridicamente como índio, mesmo depois de integrado na comunhão nacional. Existe mesmo a previsão da preservação da condição de índio, para efeitos legais, depois de casamentos mistos, para os descendentes de índio, chegando-se a manter privilégios para quem tiver 1/64 de sangue índio.

Na legislação brasileira a antiga condição de índio não exerce qualquer influência. Desde que integrado à comunhão nacional o índio passa a ser um cidadão comum, como os mesmos direitos e obrigações que cabem a todos os brasileiros.

As terras dos índios

A Constituição brasileira inclui entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas, vale dizer, as terras ocupadas pelos índios são de propriedade da União, conforme consta do artigo 4º, inciso IV, da Constituição.

Entretanto, no artigo 198 diz a Constituição que os índios têm direito à posse permanente das terras que habitam, tendo direito também ao usufruto dessas terras e ao uso exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas mesmas terras.

É muito importante notar que esse direito à posse e ao usufruto das terras é assegurado aos índios e só enquanto habitarem as terras. Esse é, portanto, um privilégio jurídico, que a Constituição confere aos que, do ponto de

vista legal, forem qualificados como índios. Ora, como já foi visto, o índio perde essa condição jurídica no momento em que se integra na comunhão nacional. A partir desse evento ele tem os mesmos direitos e as mesmas obrigações que a lei confere a todos os brasileiros, não preservando qualquer vantagem ou restrição em decorrência de sua etnia.

A emancipação é o processo formal de reconhecimento de que um índio, ou uma comunidade indígena, já se integrou à comunhão nacional. Por outras palavras, pela emancipação o índio deixa de ser juridicamente índio e, em consequência, livra-se da tutela especial e perde também o direito aos privilégios que a lei confere aos índios, entre eles o direito à posse da terra. O antigo índio quando integrado à comunhão nacional, continua etnicamente índio mas juridicamente é um brasileiro igual a todos os demais.

A liberação das terras

Como foi anteriormente esclarecido, as terras habitadas pelos índios são de propriedade da União. E a Constituição estabelece que a União não pode alienar essas terras, à não ser em condições especiais estabelecidas por lei.

O Estatuto do Índio dispõe que as áreas ocupadas por comunidades indígenas deverão ser demarcadas, para que a posse possa ser protegida, mas prevê também a possibilidade de remoção de comunidades indígenas para outros locais, mediante a instituição de áreas reservadas para ocupação pelos índios. Nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Estatuto, as áreas reservadas "não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas", isto é, a área reservada não será aquela habitada pela comunidade indígena por sua própria decisão, mas será outra escolhida pela União. O Estatuto prevê inúmeras hipóteses em que uma comunidade indígena pode ser removida das terras que ocupa, por decisão exclusiva da União, transplantando-se a comunidade para uma reserva, um parque indígena, uma colônia agrícola indígena ou um território federal indígena.

Como todas as terras habitadas por índios são de propriedade da União e como são, em princípio, inalienáveis enquanto estiverem na posse dos indígenas, verifica-se que tanto na hipótese de emancipação de uma comunidade (quando os índios deixam de ser juridicamente índios), como na hipótese de remoção da comunidade indígena para outro local, essas terras passam à posse e ao domínio pleno da União. Poderá, então, a União usar as terras para o fim que desejar, usufruir de todos os benefícios que elas proporcionarem (incluindo-se o solo e o subsolo, isto é, incluindo-se também as reservas minerais eventualmente existentes nessas terras), podendo ainda alienar as terras, que deixam de ser inalienáveis quando não mais habitadas por índios.

Um perigoso benefício

Tem-se falado muito, ultimamente, em acelerar a emancipação dos índios, notando-se, claramente, uma inversão nos dados do problema, pois em lugar de emancipar os efetivamente integrados à comunhão nacional o que se tem como resultado das propostas até aqui anunciadas é que se pretende emancipar para facilitar ou forçar a integração. A idéia de emancipar é, aparentemente, generosa, pois significa dar capacidade plena aos que agora são apenas relativamente capazes, mas é preciso considerar se os resultados da emancipação não poderão ser uma negação da generosidade.

Pelo que já se conhece quanto aos riscos e efeitos que a emancipação acarreta ou pode acarretar (avaliados pela convivência de ín-

dios com não-índios sem cautelas adequadas) e quanto à possibilidade de dizimação das culturas indígenas e da própria pessoa do índio, reduzido a "bóia-fria" ou a mendigo quando forçado a conviver com não-índios sem estar efetivamente integrado, pode-se concluir que a emancipação apressada é, no mínimo, uma imprudência, se for lembrada a necessidade de preservar a dignidade do índio como ser humano.

Levando em conta os interesses nacionais, mas sem perder de vista os interesses das comunidades indígenas e os aspectos humanitários e culturais que estão envolvidos no problema de sua integração à comunhão na-

cional, várias medidas preliminares devem ser consideradas. Em primeiro lugar, é indispensável rever as condições da tutela especial, sobretudo para que o órgão tutelar tenha mais autonomia, inclua elementos desvinculados da administração federal, dê voz mais ativa aos próprios índios na solução dos assuntos que para eles são fundamentais e possa, afinal, fixar uma política indigenista que propicie a gradativa integração dos índios à comunhão nacional, sem a destruição de seus valores culturais e sem o risco de sua degradação como seres humanos.

A par disso, é necessário o exame cuidadoso do problema das terras habitadas por

índios, pois, a rigor, a Constituição lhes assegura a posse e o usufruto das terras que eles escolheram para habitar, não havendo autorização constitucional para que algum órgão da administração pública escolha para eles outro local e os obrigue a mudança. Com a participação do índio, tutelado de modo a não ficar inteiramente subordinado à política de desenvolvimento estabelecida pelo governo da União, é bem provável que se encontrem soluções conciliatórias, que preservem a dignidade do índio, respeitem seus valores culturais e lhes permitam integrar-se na comunidade brasileira, como beneficiário e não como vítima da integração.