

AS DISPUTAS SOBRE DIREITOS INDÍGENAS*

Helder Girão Barreto

RESUMO

Comenta alguns preceitos da Lei n. 6.001/73, Estatuto do Índio, bem como o das sociedades indígenas, previsto no Projeto de Lei n. 2.057 de 1991, os quais visam integrá-los à comunidade nacional, porém observa que cada um desses instrumentos possuem suas peculiaridades.

Afirma que, por serem considerados "inferiores", os índios receberam regime especial de proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, tutela que foi confundida com "incapacidade".

Examina o tratamento dado pelas constituições brasileiras e observa que atualmente o Código Civil, acertadamente, mudou este tema e não trata mais os índios como incapazes.

Cita entendimentos jurisprudenciais do STF, do STJ e dos TRFs a respeito do assunto.

PALAVRAS-CHAVE

Lei n. 6.001/73 – Estatuto dos Índios; direito indígena; Estatuto das Sociedades Indígenas; Projeto de Lei n. 2.057/1991; índio; novo Código Civil – Lei n. 10.406/2002; Constituição brasileira; Jurisprudência – STJ, STF, TRFs.

* Conferência proferida no "Seminário de Direito Ambiental – Ano V", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 27 e 28 de março de 2003, no Teatro Palácio de Castro, Rio Branco/AC.

Esta investigação partiu da necessidade de se buscar respostas às questões apresentadas diariamente na atividade na Justiça Federal de Roraima. Portanto, esta pesquisa tem caráter pragmático. Lembro-me de dois casos concretos a nosso ver emblemáticos: o primeiro, do casal de indígenas que, por ciúmes, chegou às vias de fato, causando lesões corporais recíprocas; o segundo, de freiras que, no percurso e com o intuito de prestar auxílio a uma reunião de lideranças indígenas, ocupando um veículo particular, foram interceptadas em uma estrada estadual e submetidas por fazendeiros a constrangimentos e maus-tratos.

2 DEFINIÇÕES LEGAIS

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) no *caput* do seu art 1º manifesta o propósito de *integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional*. Nessa perspectiva conceitua:

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.

3 PARADIGMA DA INTEGRAÇÃO

O art. 4º do Estatuto classifica os índios em *isolados, em vias de integração e integrados* — na razão de menor ou maior contato ou integração à comunidade envolvente —, numa perspectiva que designaremos por “paradigma da integração”. Em síntese, segundo este paradigma há estágios de evolução cultural pelos quais os índios (isolada ou coletivamente) passarão necessária e inexoravelmente, estágios a partir dos quais é possível diferenciá-los numa escala hierárquica de mais ou menos inferioridade.

O Estatuto do Índio não foi feliz ao limitar o regime tutelar aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados (art. 7º). (...)

Isso confirma o seguinte: o índio somente será considerado índio e protegido enquanto não for integrado; depois de integrado perderá a proteção da qual é merecedor e o que lhe é mais precioso: a própria identidade cultural.

Nessa perspectiva o índio é visto como um ser inferior que deve ser, que precisa ser integrado à comunhão nacional. Completada a integração, não será mais considerado inferior.

O Estatuto das Sociedades Indígenas, previsto no Projeto de Lei n. 2.057, de 1991¹, define:

Art. 2º Sociedades indígenas são grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantêm vínculos históricos com sociedades pré-colombianas.

Art. 3º As sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público.

Art. 92. Índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal.

4 INFERIORIDADE E DIFERENÇA

Torna-se visível que entre o atual Estatuto do Índio e o Estatuto das Sociedades indígenas – projeto – há uma mudança de foco: ali, o

índio, e, por conseqüência, suas comunidades e organizações, são tratados a partir de uma perspectiva de inferioridade; acolá, a partir de uma perspectiva de diferença.

Destarte, como “direito à diferença” e não mais como “escala hierárquico-evolutiva” devem ser encaradas as relações interétnicas da comunhão nacional com os índios e as comunidades indígenas.

5 CONTRAPONTO ANTROPOLÓGICO

Nesse contexto, prefere-se as definições formuladas pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha:

Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas²;

Índio é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro³.

Nessas definições o critério determinante é a consciência de pertença étnica, na medida em que é perceptível que é índio quem se identifica como pertencente a uma comunidade indígena (auto-identificação) e é identificado por sua comunidade como tal (hetero-identificação).

6 TRAÇOS CULTURAIS ADQUIRIDOS

As resistências a esses critérios são inúmeras, a partir de afirmações discriminatórias como “ele anda vestido, assiste a televisão, tem título eleitoral” etc., logo, não é mais índio.

Traços culturais poderão variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isso afete a identidade do grupo⁴; até porque *só culturas de sociedades mortas⁵* são imutáveis; sobretudo quando esses traços culturais foram adquiridos por força de uma política e de uma ação administrativa públicas.

7 “TUTELA-INCAPACIDADE” E “TUTELA-PROTEÇÃO”

Em razão de serem considerados “inferiores”, os índios, foram tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro como merecedores de um regime especial de proteção. Por um equívoco histórico essa tutela foi confundida com incapacidade.

Os trabalhadores, as mulheres, as crianças e os adolescentes, os idosos etc., também são mere-

cedores de regimes especiais de proteção, e por isso não podemos considerá-los incapazes e inferiores.

Com efeito, em relação aos índios, a legislação do início do século XIX⁶ atribuía ao juiz de órfãos duas competências: a) tutelar o índio que se encontrasse em escravidão ou em servidão em decorrência de guerra e que tenha sido posteriormente posto em liberdade; b) proteger os bens de todo e qualquer índio, inclusive daqueles que não tivessem sido sequer contactados (os tais “isolados”).

Havia, portanto, dois sistemas tutelares distintos: um, destinado aos índios aprisionados e que posteriormente foram (re)postos em liberdade; outro, dirigido à proteção dos bens de todos os índios, independente de serem livres, contactados, aprisionados etc. Ambos os sistemas eram justificáveis ante a histórica relação de conflito e dominação, na qual os índios foram as vítimas de um *processo quase sistemático de dizimação*⁷.

O mal-entendido ou a má-fé confundiu esses dois regimes jurídicos em um só: o da incapacidade, de tal sorte que todos os índios passaram a ser tratados como incapazes. Mas, convém recordar: a “tutela-incapacidade” seria aplicável enquanto os índios *não se incorporarem à sociedade civilizada*⁸.

8 CÓDIGO CIVIL

É este o suporte no qual se apoiou o Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071)⁹ para qualificar os índios (ainda chamados de “silvícolas”) como *incapazes relativamente a certos atos* (art. 6º, III). Apenas em 1962, com o advento da Lei n. 4.121 — precisamente o Estatuto da Mulher Casada —, foi acrescentado o parágrafo único ao art. 6º com a seguinte redação: *Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.*

O Estatuto do Índio não foi feliz ao limitar o regime tutelar aos índios e às comunidades indígenas *ainda não integrados* (art. 7º). *A contrario sensu* o Estatuto está dizendo que o regime tutelar cessará a partir do momento em que houver a integração.

Isso confirma o seguinte: o índio somente será considerado índio e protegido enquanto não for integrado; depois de integrado perderá

a proteção da qual é merecedor e o que lhe é mais precioso: a própria identidade cultural.

O Código Civil vigente (Lei n. 10.406/2002), em boa técnica, não trata mais os índios como incapazes. Remete à legislação especial *regular sua capacidade* (art. 4º), uma mudança que, pensamos, não é apenas de técnica legislativa, mas substantiva e que está de acordo com os novos parâmetros irradiados a partir da CF/1988. A nova concepção constitucional supera totalmente o entendimento de que os índios são relativamente incapazes para a realização de atos da vida civil. No entanto, *em face da reconhecida diversidade cultural*, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos¹⁰.

9 REGRAMENTO CONSTITUCIONAL

Num breve excursus histórico haveremos de notar duas constantes na disciplina constitucional referente aos indígenas: a incorporação como decisão política e ação administrativa e a limitação dos seus direitos à posse da terra.

A primeira Constituição brasileira a mencionar os indígenas foi a de 1934, que atribuiu à União competência para legislar sobre *incorporação dos silvícolas à comunhão nacional* (art. 5º, XIX, m) e reconhecendo-lhes a posse de terras nas quais se encontrem permanentemente localizados (art. 129).

A Constituição de 1937 restringiu-se a repetir disposição anterior quanto ao reconhecimento à posse da terra ocupada em caráter permanente (art. 154). A Constituição de 1946 retomou a política integracionista (art. 5º, XV, r), a ser levada a cabo pela União, repetindo a disposição quanto à posse da terra (art. 216). Todas essas constituições tiveram a preocupação de declarar que as terras possuídas pelos silvícolas eram inalienáveis.

Alteração significativa ocorreu com a Constituição Federal de 1967, que transferiu para o domínio da União as “terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, IV), muito embora condicionado àquelas por eles habitadas permanentemente (art. 186). Ainda no mesmo dispositivo é atribuído aos indígenas o *usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas (terras) existentes*. A Carta de 1967 repetiu a política integracionista, o que já era de nossa tradição (art. 8º, XVII, o).

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 — para alguns considerada uma nova Constituição — manteve o mesmo regime jurídico quanto à posse das terras indígenas (art. 198), mas inovou em dois pontos: declarou nulos e extintos os *efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas* (§ 1º); e negou direito a *qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio* (§ 2º).

De resto, manteve os mesmos regimes quanto ao domínio da União sobre as *terras indígenas* (art. 4º, IV) e a política integracionista (art. 8º, XVII, o), remetendo à legislação federal o regramento da inalienabilidade daquelas terras.

Como conseqüência da disciplina constitucional dispensada aos indígenas — repetimos, tradicionalmente limitada à integração e à posse da terra —, ainda hoje é comum, para não dizer dominante, a visão de que os direitos indígenas limitam-se a estes dois temas: tutela e disputa pela posse da terra.

A Constituição de 1988, de forma inovadora, tratou com profundidade e extensão os direitos indígenas. Nenhuma outra foi tão favorável a eles. São tantas e variadas disposições que pedimos licença para transcrevê-las:

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, garantindo, 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 à 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 4º¹¹.

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.

Art. 20. São bens da União:
(...)

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XIV – populações indígenas;

(...)

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

(...)

XI – a disputa sobre direitos indígenas¹².

ADCT

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

Da leitura dos dispositivos constitucionais transcritos é possível identificar dois momentos: antes da CF/1988 os direitos indígenas reconhecidos eram basicamente restritos

A Constituição de 1988, de forma inovadora, tratou com profundidade e extensão os direitos indígenas. Nenhuma outra foi tão favorável a eles.

(...)

Quando a Constituição reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e impôs à União a competência para os proteger e fazer respeitar, abandonou o paradigma da integração e adotou um novo: o paradigma da interação (...).

ao direito de posse sobre a terra, isto é, estritamente de natureza civil; a partir da CF/1988 houve uma significativa ampliação desses direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da atribuição de legitimação processual para sua defesa e efetivação.

10 PARADIGMA DA INTERAÇÃO

A CF/1988 sinalizou uma mudança de paradigma. Não há referência à incorporação do índio à comunhão nacional. Não cremos que seja acaso. Quando a Constituição reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e impôs à União a competência para os proteger e fazer respeitar, abandonou o paradigma da integração e adotou um novo: o paradigma da interação, no qual, as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a se dar no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade, isto é, a nova mentalidade assegura

espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença.

Percebe-se, assim, visivelmente a profundidade e extensão das mudanças, tudo pelo caminho democrático do processo constituinte. Permitimo-nos, assim, reiterar nosso ponto de vista no sentido de que a CF/1988, pelo menos quanto aos direitos indígenas, representou uma verdadeira mudança para o que denominamos “paradigma da interação”.

Conseqüentemente, a partir da Carta vigente deve ser abandonada a interpretação retrospectiva. *Interpretação retrospectiva* é, segundo Luiz Roberto Barroso, aquela segundo a qual o Judiciário procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo¹³.

11 CAUSAS, CRIMES E DISPUTA

Numa análise breve sobre as competências da Justiça Federal, conclui-se que os diversos legisladores constituintes não empregaram os termos “causas” e “crimes” de maneira uniforme. Ouçamos as palavras de Rui Barbosa:

Todas essas modalidades do direito adjetivo, dê-se-lhes, embora, ali, a denominação de litígios, pleitos, ações, questões (...) processos, controvérsias, demandas (...) poderiam tocar, uniformemente, essas designações de causas, que a todas elas em comum se ajunta com a exatidão mais rigorosa, com a mais estrita propriedade.

Não variou de termos o legislador constituinte, por que cada qual envolvesse uma idéia distinta, mas por evitar a monotonia de, numa longa enumeração, reiterar em cada item o mesmo vocábulo, quando, em tanto cópia de outros equivalentes, fácil lhe era variar de expressão, em variar e sentido¹⁴.

À primeira vista essa questão pareceria de pouca importância, não fosse corrente jurisprudencial sustentar as competências cíveis da Justiça Federal aquelas definidas a partir do termo “causas” e as competências criminais aquelas definidas a partir do termo “crimes”; sustentar, ainda, que esse uso seria tradicional. A partir dessas premissas conclui-se que a competência prevista no inc. XI do art. 109 é de natureza cível, não

englobando os crimes praticados "por" ou "contra" índios.

A discussão sobre a natureza da disputa está equivocada. Ela tem natureza constitucional: a *priori* nem é cível, nem criminal. Isso não é mero jogo de palavras, mas opção axiológica e evidente valorização do dispositivo constitucional em exame.

A CF/1934 (art. 81) acrescentou, pela primeira vez, os crimes praticados em prejuízo de *serviços ou interesses da União* (alínea i). Do mesmo modo previu serem da competência federal as causas em que a União fosse interessada como *autora ou ré, assistente ou oponente* (alínea a).

Essas duas disposições foram repetidas nas constituições seguintes — à exceção da CF de 1937 — e é com base nelas que as questões indígenas eram julgadas, mesmo antes da CF de 1988, pela Justiça Federal, isto é: ou porque se referiam a causas em que a União, entidade autárquica ou fundação fossem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes; ou porque se referiam a crimes contra bens, serviços ou interesses daquelas pessoas jurídicas de Direito público.

12 PROJETO DE ESTATUTO

Cumprido destacar que o Projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas ¹⁵(PL n. 2.057/91) dispõe:

Art. 9º Aos juizes federais compete processar e julgar:

I - a disputa sobre direitos indígenas;

II - os crimes praticados contra os índios, suas sociedades, suas terras e seus bens;

III - os crimes praticados por índios.

Parece-me que os incs. II e III, caso sejam aprovados, serão inconstitucionais, posto que a única hipótese de ampliação, por lei, da competência criminal da Justiça Federal é quanto aos *crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira* (art. 109, VI, CF/1988).

13 JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência anterior à CF/1988 sobre as questões indígenas foi construída sobre esses dois pilares: causas e crimes.

É espantoso serem ainda hoje esses os fundamentos mais frequentemente invocados. A CF/1988, no art. 109, dedica o inc. I para as causas nas quais a União figure na posição de *autora, ré, assistente ou oponente*¹⁶

e o inc. IV para os crimes praticados em detrimento de seus *bens, serviços ou interesses*¹⁷. A *disputa sobre direitos indígenas* está no inc. XI do mesmo artigo. A prevalecer o entendimento dominante, o inc. XI seria um dispositivo constitucional redundante — por estar contido no inc. I ou IV — ou seguramente desnecessário.

13.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal inicialmente prestigiou a competência da Justiça Federal quanto à *disputa sobre direitos indígenas* (inc. XI, art 109, CF/88).

Com efeito, identificamos no RE n. 179.485-2/AM¹⁸, relator Ministro Marco Aurélio, o *leading case* invocado pelos julgados posteriores, seja para acolher, seja para desacolher seus fundamentos jurídicos. Em síntese dos fatos, trata-se de processo por crime de genocídio praticado contra comunidade indígena em razão da disputa pela terra. O acórdão está assim ementado:

COMPETÊNCIA. GENOCÍDIO. INDÍGENAS. *A competência para julgar a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, é da Justiça Federal. Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, à própria vida.*

Do voto do Ministro Marco Aurélio merece destaque o reconhecimento de que o texto constitucional é de "abrangência alargada"; que o inc. XI do art. 109 não contém "qualquer restrição" e que "direitos indígenas" compreendem "o bem maior, que é a própria vida(...)". Conclui afirmando "a submissão de toda ação sobre direitos indígenas (gênero) ao crivo da Justiça Federal".

A tese da competência não mereceria reparos se, em parágrafo subsequente, o ministro não a tivesse condicionado à desavença sobre a utilização de terras. Uma de duas: ou a vida do índio, por si só, está compreendida na expressão "direitos indígenas"; ou somente estará compreendida se presente a disputa pela terra.

Do voto do Ministro Rezek merece destaque: *O constituinte quis confiar à judicatura federal (e sabemos porque a Constituição prefere a Justiça Federal à Justiça dos Estados) os assuntos relacionados com indígenas; e não é preciso nos*

entregarmos agora ao doloroso exercício de recapitular isso.

O Ministro Néri da Silveira acentuou que na *disputa sobre direitos indígenas* a Constituição *não segue nem a técnica da menção a causas, em se referindo à matéria cível, nem a crimes, em se referindo à matéria criminal (...)*, e conclui: *o sistema da Constituição quer exatamente manter, no âmbito da competência da Justiça da União, quaisquer assuntos relativos a direitos ou interesses dos indígenas.*

Seguiram na mesma trilha os seguintes julgados: HC n. 71.835-3/MS¹⁹ (*todos os direitos, a começar pelo direito à vida*) e RE n. 192.473-0/RR²⁰ (*sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida*), ainda hoje invocados como se representassem a corrente dominante na Excelsa Corte.

Após cotejar os julgados aos quais tivemos acesso, cheguei à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar, a partir de meados de 1997, a linha de entendimento que predomina no STJ.

Com efeito, no julgamento do HC n. 75.404-0/DF²¹, relator Ministro Maurício Corrêa — que ficou nacionalmente conhecido como caso do índio Galdino — vemos o símbolo dessa mudança. A ementa do acórdão está assim redigida:

HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LOCAL PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME DE HOMICÍDIO COMETIDO CONTRA INDÍGENA, DETERMINADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO JULGAR CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ALEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. *O inc. IV do art. 109 da Constituição, ao atribuir competência à Justiça Federal para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de interesses da União, não tem a extensão pretendida pelos impetrantes, até porque no cenário desta singular amplitude seria muito difícil excluir alguma infração penal que não fosse praticada em detrimento dos interesses diretos ou indiretos da União.*

2. *O inc. XI do mesmo artigo confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os quais são aqueles indicados no art. 231 da Constituição, abrangendo os elementos da cultura e os direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer*

envolvimento com a comunidade indígena.

3. Habeas corpus conhecido, mas indeferido. (grifo nosso)

Da mesma linha restritiva colhemos os seguintes julgados: *é de natureza civil, e não criminal, a tutela que o caput do art. 231 cometeu à União* (HC n. 79.530-7/PA, 1ª Turma, Ilmar Galvão, j. 16/12/99, unanimidade, DJ 25/02/00); *os crimes praticados por silvícolas ou contra silvícolas, desde que não configurem disputa sobre direitos indígenas nem contra bens e interesses da União, não se inserem na competência da Justiça Federal* (RE n. 263.010/MS, 1ª Turma, Ilmar Galvão, j. 15/06/00, unanimidade, DJ 10/11/00); *não configuram disputa sobre direitos indígenas os crimes praticados por ou contra índio* (HC n. 80.496-9/MA, 1ª Turma, Moreira Alves, j. 12/12/00, unanimidade, DJ 06/04/01); *competete a Justiça Estadual julgar o crime cometido contra índio fora da reserva* (RE n. 282.169/MA, 1ª Turma, Moreira Alves, j. 13/03/01, unanimidade, DJ 04/05/01); *é irrelevante o fato de o crime ter ocorrido no interior de reserva indígena, desde que motivado por desentendimento momentâneo ou aversão pessoal* (HC n. 81.827/MT, 2ª Turma, Maurício Corrêa, j. 28/05/02, unanimidade, DJ 23/08/02).

13.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É do conhecimento público que o STJ editou a Súmula n. 140, que atribuiu à Justiça Estadual o julgamento dos crimes praticados por índio ou contra índio. Pouca gente teve o trabalho de pesquisar os precedentes àquela Súmula.

No primeiro precedente (CC n. 575/MS)²² o relator, Ministro Costa Leite, esclareceu se tratar de lesões corporais causadas por um indígena em outro *em razão de a vítima haver dito que o seu agressor iria virar bicho*, motivo pelo qual ele não tinha dúvida em afirmar que o delito não tinha relação com direitos indígenas. Daí o acórdão estar assim ementado:

COMPETÊNCIA. CRIME. ÍNDIO.

Lesões corporais causadas por um silvícola em outro, sem conotação especial, em ordem a configurar ofensa a interesse da União. Competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do crime. (grifo nosso).

O Ministro Néri da Silveira acentuou que na disputa sobre direitos indígenas a Constituição não segue nem a técnica da menção a causas, em se referindo à matéria cível, nem a crimes, em se referindo à matéria criminal (...), e conclui: o sistema da Constituição quer exatamente manter, no âmbito da competência da Justiça da União, quaisquer assuntos relativos a direitos ou interesses dos indígenas.

Faz parte da cultura de algumas etnias indígenas a entidade mitológica do “homem que vira bicho”, denominado “Canaimé”²³. Abstraindo o possível desconhecimento da particularidade cultural, o acórdão parece estar equivocado desde a correta compreensão dos fatos.

Ademais, parece-me um equívoco confundir *direitos indígenas* (inc. XI) com *interesse da União* (incs. I e IV), posto que logicamente haverá — daí a razão de ser do art. 232 da CF/88 —, e frequentemente há situações em que os *interesses da União* entram em conflito com os *direitos indígenas*, e reciprocamente.

No RHC n. 706/RS²⁴, Ministro William Patterson, o fundamento invocado é o art. 125, I, da EC n. 1/69 — as “causas” de interesse como “autor” etc. —, daí a conclusão de que o inc. XI do art. 109 da CF/88 é de natureza cível.

Daí seguem-se os demais precedentes, no sentido de que: *a Constituição, preocupada com o permanente genocídio do índio, não atribuiu competência à Justiça Federal para julgar crime individual praticado por silvícola ou entre silvícolas* (CC n. 3.910/RO, 3ª Seção,

Adhemar Maciel, j. 17/12/92, unanimidade, DJ 01/03/93); *não obstante a tutela da União aos índios, compete à Justiça Estadual julgar homicídio e lesão corporal ocorridos dentro de reserva indígena, ainda que a vítima seja índio* (CC n. 4.469/PE, 3ª Seção, Vicente Cernicchiaro, j. 17/06/93, unanimidade, DJ 02/08/93); *o crime cometido “por causa de uma porca” e fora da reserva, ainda que praticado por índio, é “crime comum” que não se confunde com disputa sobre direitos indígenas* (CC n. 5.013/RR, 3ª Seção, Edson Vidigal, j. 16/12/93, unanimidade, DJ 20/06/94); *embora o crime tenha ocorrido dentro da reserva, a União não foi atingida em seus interesses* (CC n. 8.733/MA, 3ª Seção, Pedro Acioli, j. 16/06/94, unanimidade, DJ 22/08/94); *competete à Justiça Estadual julgar homicídio praticado contra índio por não índio fora da reserva, porque direitos indígenas são aqueles decorrentes de causas onde existe o interesse da União em proteger os silvícolas* (CC n. 7.624/AM, 3ª Seção, Anselmo Santiago, j. 16/06/94, unanimidade, DJ 05/12/94).

13.3 TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Sem receio de cometer injustiças graves, os Tribunais Regionais Federais têm seguido a jurisprudência do STF e do STJ, isto é, restringindo o alcance do inc. XI, art. 109, CF/88.

Ressalvam-se, por evidente, as opiniões isoladas de juizes como Tourinho Neto (TRF - 1ª Região) e Ellen Gracie (TRF - 4ª Região e hoje Ministra do STF). Desta última destacamos trecho de voto proferido no RSE n. 2000.04.01.046689-7/PR (TRF - 4ª Região):

(...) pelo que se depreende dos poucos dados que temos, a disputa se dava em torno de uma mulher. Isso, na sociedade Cain-gangue tem uma particular relevância, já que se trata não de um delito de costumes, mas de um delito político, uma vez que o cacique tem a atribuição de deferir as mulheres aos pretendentes, pois se trata de uma sociedade eminentemente exogâmica e matrilinear, com linhagens muito definidas e com regras a esse respeito bastante estabelecidas.

Portanto, aí está, sem dúvida alguma, uma peculiaridade que traz essa questão para o foro federal, onde, parece-me, cada vez mais, os

ossos juizes devem prestar atenção para esse tipo de competência e tratar de se especializar e buscar conhecimento para atender exatamente os interesses destas sociedades indígenas, em relação às quais parece que o mundo dos brancos tem uma pesada dívida.

14 CONCLUSÕES

Voltemos ao ponto de partida: os casos do casal indígena e das freiras. Retiremos a "causa" — não especificamente no sentido processual, mas no sentido lógico da relação necessária entre antecedente e conseqüente — e veremos se em ambos os casos existe disputa sobre "direitos indígenas": caso afirmativo, a competência é da Justiça Federal.

De qualquer modo, a expansão de conhecimentos mediante incursão solitária em outros domínios do conhecimento, tais como o da antropologia, mas, também, pelo recurso à prova pericial; e, principalmente, a sensibilidade do intérprete/aplicador são, a nosso ver, as "circunstâncias especiais" que faltam para uma compreensão constitucionalmente adequada do inc. XI, do art. 109, da Constituição Federal de 1988.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I), de 09/11/1991, p. 22522/22529.
- 2 CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de Índios e Comunidades Indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et al. (org). *Sociedades indígenas e o Direito: uma questão de direitos humanos (ensaios)*. Florianópolis: UFSC: CNPq, 1985. p. 36/37.
- 3 Idem.
- 4 Idem, p. 26. Aqueles com um pouco mais de idade viveram isso; os mais novos basta conversarem com os pais e avós para perceberem que as características culturais de cinquenta ou mais anos atrás não são as mesmas de hoje... nem por isso deixamos de ser o que somos.
- 5 CUNHA. *op.cit.*, p. 33.
- 6 Lei de 27/10/1831. Art. 1º. *Fica revogada a Carta Régia de 5 de novembro de 1808, na parte em que mandou declarar guerra aos índios bugres da Província de São Paulo, e determinou que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 anos aos milicianos ou moradores que os apreendessem.* Art. 2º. *Ficam também revogadas as Cartas Régias de 13 de maio e de 2 de dezembro de 1808, na parte em que autorizam na Província de Minas Gerais a mesma guerra e servidão dos índios prisioneiros.* Art. 3º. *Os índios todos até aqui em servidão serão dela exonerados.* Art. 4º. *Serão considerados como órfãos e entregues aos respectivos juizes para lhes aplicarem as providências da ordenação*

Liv. 1º, Tit. 88. Art. 5º. Serão socorridos pelo Tesouro do preciso, até que os juizes de órfãos os depositem onde tenham salários ou aprendam ofícios fabris. Decreto de 3/06/1833. A Regência, em nome do Imperador o senhor D. Pedro II, tomando em consideração que, com a extinção dos lugares dos Ouvidores das Comarcas pela Lei de 29 de novembro de 1832, nenhuma providência se deu acerca da administração dos bens pertencentes aos índios, de que eram juizes privativos e administradores os sobreditos ouvidores: Há por bem encarregar da administração deles aos juizes de órfãos dos Municípios respectivos, enquanto pela Assembléia não derem outras providências a tal respeito. (apud SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1999. Notas 126 e 126. p. 93/94)

- 7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 181.
- 8 SOBRINHO, Oliveira. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. In: SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá: NDI, 1991. p. 118.
- 9 (...) *teve efeitos nefastos na época da discussão do Código Civil, no início do século XX. Era essa época de um evolucionismo ingênuo e abrangente, que queria ver nas sociedades sem Estado o estado "infantil" das sociedades complexas. Essa visão, note-se, sucedia outra que prevaleceu no fim do século XVIII até meados do século XIX: era uma teoria (...) divulgada no Brasil por von Martius (...) "O Estado de Direito entre os Autóctones do Brasil" (...) que pensava (...) que as sociedades indígenas do Novo Mundo seriam formas prematuramente decrépitas da humanidade: seriam sua velhice, em vez de sua infância.* (FARAGE, Nádia; CUNHA, Manuela Carneiro da. *Caráter da Tutela dos Índios*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 113/114).
- 10 Exposição de Motivos, *cit.*, p. 22527.
- 11 Os §§ 3º e 4º do art. 174 tratam do incentivo estatal à atividade garimpeira mediante sistema cooperativo.
- 12 Esta é mais uma previsão ausente em todas as constituições anteriores.
- 13 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 229.
- 14 BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933. v. 4, p. 448.
- 15 BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.057/1991*. Brasília: Câmara dos Deputados/Diário do Congresso Nacional (Seção I), 09/nov./1991. p. 22522/22529.
- 16 Dispositivos semelhantes: CF/1969, art. 125, I; CF/1967, art. 119, I; CF/1946, art. 105, § 3º, a; CF/1934, art. 81, a.
- 17 Dispositivos semelhantes: CF/1969, art. 125, IV; CF/1967, art. 119, IV; CF/1946, art. 105, § 3º, e; CF/1934, art 81, i.
- 18 2ª Turma, j. 06/12/94, unanimidade, DJ 10/11/95.

- 19 2ª Turma, j. 04/04/95, maioria, DJ 22/11/96.
- 20 2ª Turma, j. 04/02/97, maioria, DJ 29/08/97.
- 21 2ª Turma, j. 27/06/97, unanimidade, DJ 27/04/01.
- 22 3ª Seção, j. 21/09/89, unanimidade, DJ 16/10/89.
- 23 CIRINO, Carlos Alberto Marinho. *A "Boa Nova" na Língua Indígena: contornos da evangelização dos Wapichana no século XX*. São Paulo: PUC, 2000. p. 102 e 190. (Tese, Doutorado)
- 24 6ª Turma, j. 16/10/90, unanimidade, DJ 29/10/90.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ABSTRACT

The author comments on some precepts of the Law n. 6,001/73, *Indians' Statute*, as well as the precept of the Indian groups set forth in the Bill n. 2,057 from 1991, which aim to integrate them into the national community. However, he observes that each of these instruments has its peculiarities.

He declares that, due to the fact that they are considered "inferior", Indians have received special protection system by the Brazilian legal system, a guardianship that was mixed up with "incapacity."

He examines the treatment which is given to Indians by the Brazilian Constitutions, when he notices that, nowadays, the Civil Code evolved in relation to the interpretation of the aforesaid subject because it no longer treats Indians as incapable people.

At last, in order to confirm his thesis, he cites jurisprudential understandings of the Brazilian Supreme Court – *STF*, of the High Court of Justice – *STJ* and of the Federal Courts of Appeals – *TRFs*.

KEYWORDS - Law n. 6,001/73 – *Indians' Statute*; *Indians' rights*; *Indians Groups Statute*; *Bill n. 2,057/1991*; *Indians: new Civil Code* – Law n. 10,406/2002; *Brazilian Constitution*.

Helder Girão Barreto é Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária de Roraima.