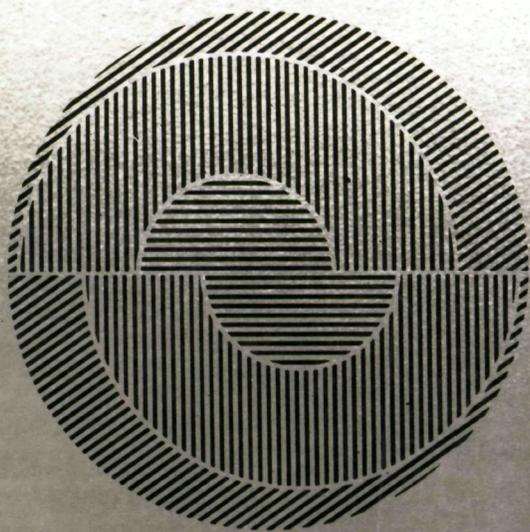


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO — 1991

ANO 28 • NÚMERO 111

Índios: Temas Polêmicos

SOLANGE RITA MARCZYNSKI

Advogada em Curitiba

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Conceito de índio.* 3. *Integração.* 4. *Terras.* 4.1. *Competência.* 5. *"Status" legal dos índios.* 6. *Direitos políticos e "legitimatío ad processum".* 7. *Responsabilidade penal.* 7.1. *Competência.* 7.2. *Os crimes especiais do Estatuto do Índio.* 7.3. *Crimes contra a fauna e a flora.* 7.4. *Dosagem de pena.* 8. *Conclusão.*

1. *Introdução*

A questão dos índios, tema bastante polêmico atualmente, apresenta uma série de problemas de ordem prática, na esfera jurídica, para os quais dificilmente encontramos soluções nos doutrinadores.

O presente trabalho se propõe, partindo do conceito de índio, segundo a legislação brasileira, a analisar alguns temas referentes aos silvícolas. Assim, subdividimos a matéria em tópicos, que nos pareceram relevantes, sobre os quais passaremos a tratar.

2. *Conceito de índio*

"Desde o século XVI, a legislação indigenista tem se caracterizado por sua hipocrisia, segundo MENDES JUNIOR⁽¹⁾. Nas Leis que declaravam a liberdade irrestrita dos índios, havia exceções que justificavam toda sorte de abusos."

A legislação brasileira relativa aos índios está hoje contida na Constituição Federal (arts. 20, XI, 129, V, 231/232), no Código Civil (art. 6.º), no Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73), em várias leis ordinárias, em decretos do Poder Executivo e nas diversas Convenções Internacionais: Convenção n.º 107, da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 58.824, de 14-7-1966, a Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Geno-

cídio e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Social, excetuando-se o artigo 14.

Para o Estatuto do Índio — Lei n.º 6.001/73 —, art. 3.º, 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. A mesma lei, em seu artigo 4.º, divide os índios em três categorias, a saber:

I) Isolados — quando vivem em grupos desconhecidos ou de que possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional.

II) Em vias de integração — quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento.

III) Integrados — quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

3. *Integração*

A legislação brasileira só dá tratamento diferente ao índio enquanto este não se acha integrado na sociedade.

Segundo entende PEDRO AGOSTINHO⁽²⁾ “integração é, para o Estatuto do Índio, o estado atingido pelo índio ou grupo indígena no interior do sistema interétnico, mediante ato jurídico decisório provocado por um deles e emanado da sociedade nacional, que o investe e reconhece na plenitude da capacidade civil e de seu exercício, depois de haver alcançado a etapa de integração, sem que esse estado deva conduzir à assimilação ou dela decorra”. Isso significa que o referido processo resulta não numa assimilação, mas em uma acomodação entre grupos articulados, como subsistemas, no interior de um sistema nacional mais amplo e caracterizado pela multiplicidade étnica, social e cultural.

A redução de cerca de 1.000.000 de índios encontrados pelos primeiros colonizadores para 200.000 prováveis hoje sobreviventes comprova a destruição biológica ou sócio-cultural de grupos tribais, devido aos projetos pecuários, de mineração, de construção de estradas, hidrelétricas e outros.

A integração do índio à sociedade ou comunhão nacional prevista no artigo 1.º da Lei n.º 6.001/73, entre outros dispositivos, constitui um objetivo da sociedade dominante, devendo as comunidades tribais abrir mão de suas características estruturais para adotar as civilizadas. Os índios integrados estão fora do regime tutelar.

Os direitos especiais constantes da legislação indigenista brasileira, particularmente o direito às terras que habitam (art. 231, § 1.º, CF) não beneficiam os índios integrados. Comunidades indígenas, uma vez declaradas emancipadas, e índios, da mesma forma liberados do regime tutelar, não mais desfrutam daqueles direitos.

O Estatuto do Índio deixou claro que silvícola e índio são sinônimos, mas já se quis tomar esse pretexto para reduzir apenas aos habitantes das selvas as garantias constitucionais.

Não deixam de ser comunidades indígenas por mudarem culturalmente. Só deixam de sê-lo quando perdem a consciência de seu vínculo histórico com sociedades pré-colombianas.

Hoje, no direito internacional não se pretende mais a assimilação dos índios e sim o respeito à diversidade cultural e ao direito à terra. As duas questões estão ligadas na medida em que a terra sustenta a identidade étnica do grupo.

A integração do silvícola gera mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais, com crescente subordinação e perda de autonomia em relação à sociedade nacional. Aos índios imersos nesse processo, a lei considera em vias de integração, apresentando-se esta como meta final da política indigenista. No entanto, a integração não implica a completa obliteração da cultura indígena, nem a perda da qualidade de índio.

De uma situação de isolamento em relação à sociedade nacional, progressivamente, esses povos nela se inserem num processo de integração, que culmina com o estado de integrado para o indivíduo ou grupo.

O Estatuto aplica ao índio as normas constitucionais relativas à nacionalidade e cidadania, ressaltando a situação especial em que se encontra, quanto ao exercício dos direitos civis e políticos. O índio tem, portanto, personalidade jurídica desde seu nascimento, e, como pessoa natural ou física, plena capacidade de tornar-se sujeito de direitos e obrigações pertinentes aos cidadãos do País.

Para o Estatuto, a pessoa do silvícola vê-se afetada pelo fato de estar isolado, em vias de integração ou integrado (art. 4.º), mas, quanto à capacidade civil e em termos de direito positivo, pouca diferença faz que esteja isolado ou em vias de integração. A essas duas categorias o Estatuto dispensa idêntico tratamento, opondo-o ao que reserva para os índios integrados, pois, enquanto os dois primeiros ficam sujeitos a regime tutelar, os terceiros são reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis.

O termo não integrado abrange e unifica as categorias "isolado" e "em vias de integração" do Estatuto do Índio (art. 4.º, I e II) referindo-se ao grupo indígena e qualquer de seus membros que, inseridos ou não em sistemas interétnicos e tendo ou não alcançado a etapa de integração, sem com isso se assimilarem à sociedade nacional, não foram por esta investidos e reconhecidos na plenitude da capacidade civil e de seu exercício.

Os estados de integrado e não-integrado têm o efeito de facultar ou deixar de facultar autonomia para a ação na ordem civil. O estado de integrado, compondo-se de atributos pessoais é irrenunciável, inalienável, imprescritível, insuscetível de transação e indivisível.

O julgamento decisivo quanto à conveniência de se liberar da tutela e passar ao estado de integrado só pode partir da pessoa do índio, enquanto sujeito de futuros direitos e deveres.

Sobre a emancipação, o ex-Senador Evandro Carreira concluiu que o índio merece "uma preocupação maior, não pelo que possamos lhe dar, mas pelo que ele nos possa oferecer. O índio merece ser preservado nas suas reservas, nos seus caldos de cultura, não pelo que possamos fazer por ele, porque não podemos fazer nada pelo índio; nós só podemos poluir e prostituir o índio. O índio, sim, pode fazer alguma coisa pelo homem pseudocivilizado: ele pode trazer uma contribuição cultural, para que o homem aprenda nas suas tradições, nas suas lendas, nos seus cânticos, nos seus costumes; da sua farmacopéia podemos tirar muito em benefício do próprio homem" (*Diário do Congresso Nacional* de 17-10-1978, Seção II, pp. 5.387/9).

Neste momento da história do País nenhum indígena se acha em condições de prescindir da tutela como instrumento de sua defesa individual e coletiva, biológica, social e cultural.

Sem resistência e sem remédio para os efeitos devastadores das técnicas e das doenças que a civilização introduz, faltam-lhe meios para se defender e às suas terras da invasão de novas populações. A economia de mercado lança a desordem nas economias tribais ocupando suas terras, explorando-lhes diretamente a força do trabalho.

Facultar tempo e meios para o reajustamento do índio às novas situações sociais e ecológicas é o objetivo da política indigenista e do instituto de sua tutela; esta não existe para limitadamente o assistir na prática de atos jurídicos. A responsabilidade da União vai além, e a palavra assistência tem que ser tomada em seu mais amplo sentido.

O Código Civil classifica o índio como relativamente incapaz. Toda incapacidade provém de situações ou condições de fato que acarretam para o agente uma diminuição no contexto social e jurídico no qual age, uma *capitis diminutio*.

A incapacidade do índio decorre de inadaptação à civilização do País e perdura enquanto perdurar tal inadaptação (art. 6.º, III e parágrafo único do Código Civil). O índio está culturalmente diminuído para entender, querer e manifestar o que quer conforme as normas sociais e os preceitos legais da sociedade nacional.

É também o silvícola membro de uma entidade etnicamente distinta e definida. Não é só distinta, é discriminada. A comunidade indígena apa-

rece como inferior pelo pequeno contingente demográfico, pela vulnerabilidade às doenças civilizadas e pelas características de uma cultura que se mostra incompreensível.

São tais as pressões da sociedade "civilizada" que a imagem preconceituosa e negativa construída pelos nacionais acaba inculcada no índio, que passa a ver-se a si mesmo pelos olhos do branco e fica por isso tolhido em seu entendimento, vontade e ação.

4. Terras

As terras pertencentes às comunidades indígenas não devem, de forma alguma, ser consideradas alienáveis para a contínua expansão da sociedade nacional, que já quase exterminou a vida e a cultura dos seus primeiros habitantes. Hoje, reduzidos a uma fração da sua área original, os grupos indígenas não devem ter que, mais uma vez, custear o desenvolvimento da sociedade que só viu neles algo para explorar gratuitamente.

Será necessário garantir aos silvícolas a posse da terra em áreas suficientemente extensas e contínuas, que lhes assegurem condições de sobrevivência, ou seja, garantir-lhes a possibilidade de exercer livremente atividades econômicas, sociais e culturais como a caça, a pesca, a perambulação e o deslocamento periódico necessário ao rejuvenescimento ecológico da região por eles ocupada.

Para resguardar os interesses das populações indígenas em relação aos interesses da sociedade nacional, é indispensável adotar uma política conjunta de preservação que compatibilize os direitos dos índios com a preservação do meio ambiente.

A Constituição não considera as terras ocupadas pelos índios como propriedade deles, mas como bens da União (art. 20, XI), intransferíveis, indisponíveis e insuscipíveis, enquanto os silvícolas detêm o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e subsolo, ou seja, detêm a posse direta.

PONTES DE MIRANDA⁽³⁾ afirma que "o usufruto é pleno, compreendendo o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais".

A posse indígena é qualificada pelo caráter de permanente, exclusivo e oponível a domínio de terceiros. Nem mesmo a proprietária das terras — a União — pode opor-se à posse dos silvícolas. Isto significa que os índios têm todos os poderes inerentes à propriedade, salvo o de alienação.

A posse dos índios, por si só, gera a característica de bem público ao imóvel. Para ser alterada essa definição, depende da vontade do Poder Legislativo.

Gozam, portanto, as terras dos silvícolas, de uma série de garantias legais: não são passíveis de desapropriação, usucapião, nem de penhora

(Estatuto, arts. 38 e 61). Também está proibido seu arrendamento (Estatuto, art. 18).

As terras dos índios, para VICTOR NUNES LEAL e THEMISTOCLES CAVALCANTI, têm de ser entendidas como o *habitat* dos grupos indígenas, ou seja, são aquelas necessárias à reprodução física e cultural do grupo segundo seus usos e costumes, o que envolve as áreas necessárias à preservação de seu meio ambiente e seu patrimônio histórico (art. 231, § 1.º, CF).

“Não está em jogo, propriamente, o conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos: trata-se do *habitat* de um povo” (Voto do min. VICTOR NUNES LEAL, R.E. n.º 44.585, Mato Grosso, STF, 1961).

Em outro voto sobre o assunto, diz VICTOR NUNES LEAL: “Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o *habitat* dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono que ficaram.”

THEMISTOCLES CAVALCANTI entende que a posse dos índios “estaria vinculada não à idéia de habitação como a entendemos, mas de acordo com os costumes indígenas e as necessidades de sua subsistência, levando em consideração a importância da caça e da pesca na vida do indígena”. Evitou, portanto, o conceito que considera a posse o exercício de algum dos direitos inerentes à propriedade, que levaria a um terreno polêmico, pois o domínio é da União, preferindo subordinar a posse aos costumes e hábitos dos próprios índios e à sua vinculação à terra.

Segundo ANTHONY SEEGER e EDUARDO VIVEIROS DE CASTRO (*) “a relação das comunidades indígenas com suas terras é complexa e íntima e inclui o uso de recursos econômicos e a prática de atos religiosos e de relações sociais. A terra dessas comunidades não pode ser entendida como mercadoria ou bem comerciável, mas é o território, a dimensão espacial de uma população humana socialmente organizada, sem a qual a própria viabilidade desta é impensável”.

A demarcação é mecanismo previsto como meio assecuratório dessa proteção. O direito preexiste à demarcação, cuja função é materializá-lo (Estatuto, art. 25).

A remoção das comunidades indígenas se tem realizado em desobediência ao texto legal (art. 20 do Estatuto c/c 231, § 5.º, CF), que só a admite em caráter excepcional, quando inexistente solução alternativa.

Na prática, o que tem ocorrido é que o Estado trata as áreas indígenas como terras de ninguém. Elas constituem a primeira, ao invés da última alternativa nos projetos governamentais.

Demarcadas ou não, boa parte das terras indígenas brasileiras encontram-se invadidas. Recentemente, os conflitos de índios com garimpeiros que invadem suas terras, a mando de poderosos locais, têm-se multiplicado: no Alto Rio Negro e em Roraima a situação está particularmente grave, conforme notícia a imprensa.

É em torno da terra indígena que se concentram os conflitos: solo e subsolo dessas terras são cobigados por latifundiários (agropecuáristas, caucicultores, fazendeiros em geral), garimpeiros e mineradores nacionais e transnacionais, por empresas madeireiras e por camponeses que empurram suas fazendas para dentro das terras dos índios.

A espoliação da terra dos povos indígenas e as políticas de assimilação forçada tiveram por conseqüência a perda da identidade, a urbanização e a miséria social.

Se se reconhecer aos silvícolas o exercício real de seus direitos à autodeterminação, eles serão capazes de viver em suas terras e alimentar os seus segundo suas próprias tradições, tecnologias e culturas, que estão, aliás, em harmonia com a natureza.

4.1. *Competência*

As questões judiciais relativas à propriedade de terras indígenas são da alçada da Justiça Federal, inclusive por disposição constitucional (artigo 109, XI). Isso é conseqüência do fato de essas terras serem de propriedade da União. A razão de ser da atribuição da propriedade à União, reservando a posse aos índios, é a proteção maior que o Estado pode garantir a essas terras. A jurisprudência confirma a competência da Justiça Federal (DJU 9-2-84 in Ementário da jurisprudência do TFR vol. 55/15; DJU 17-11-83 in Ementário da Jurisprudência do TFR vol. 50/25; DJU 11-2-81 in Ementário vol. 32/19).

Sempre que a Funai for parte em litígios, o foro competente para julgar tais ações será o da Justiça Federal. O STF decidiu, em caso da LBA (RTFR 152/47), que as fundações públicas são verdadeiras autarquias federais, sendo competente o foro da Justiça Federal (art. 109, I, CF).

De regra, as questões que envolvem os índios são de interesse da União, posto que esta delegou a função da tutela a órgão específico — a Funai. Havendo interesse da União Federal, são as ações de competência da Justiça Federal, conforme dispõe a Carta Magna (art. 109, I).

Ações de natureza civil versando sobre capacidade civil, estado de pessoa, tutela, casamento, disposições de última vontade e contratos envolvendo indígenas, em que não haja interesse da União, são da competência da Justiça Estadual.

5. *"Status" legal dos índios*

Pelo Código Civil (art. 6.º, III e parágrafo único) dos índios são considerados relativamente incapazes para exercer certos atos da vida civil.

Sendo relativamente incapazes, são tutelados. Sua tutora legal é a União e quem exerce a tutela é um órgão federal, a Funai, criada desde 1967 (Lei n.º 5.371 de 5-12-67) em substituição ao Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910 e dissolvido em 1967.

Está prevista no Estatuto do Índio (arts. 9.º e 11) a emancipação dessa tutela, por iniciativa dos interessados. Para tanto são necessários: conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional, razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

A tutela significa que atos da vida civil, tais como venda de produção agrícola, contratos de locação de mão-de-obra, venda de recursos madeireiros etc., são anuláveis no caso de serem lesivos aos índios (C. Civil, art. 146 c/c Estatuto do Índio, art. 8.º, parágrafo único). O tutor não pode substituir sua vontade à do tutelado, mas deve apenas assisti-lo para que exerça sua vontade própria.

A tutela não deve ser pensada nem como sanção, nem como discriminação, mas como uma proteção adicional aos indígenas que, por viverem segundo normas específicas, eventualmente diversas das normas do resto da população, e por terem conhecimento imperfeito da sociedade estão particularmente sujeitos a ser lesados.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (6) leciona que “o instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável”. E continua: “a lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao revés, com o intuito de lhes oferecer proteção”.

PEDRO AGOSTINHO (6) entende que “a incapacidade do índio é apenas relativa, e não absoluta, o que significa estar o tutor obrigado a assistir e proteger o pupilo, sem contudo lhe ignorar a vontade. O indígena tem direito a participar dos atos relacionados com sua pessoa, tendo a Funai o dever de lhe respeitar a vontade, assistindo-o em sua manifestação sempre que exigido, e intervindo quando aos interesses dele haja lesão ou ameaça. Não pode legitimamente a Funai calar-lhe a vontade ou sobrepor a sua à do pupilo, formulando-a e manifestando-a em seu lugar, porque a forma apropriada de proteção aos interesses se exerce aqui pela assistência, e não pela representação. Esta só caberia se o Código Civil declarasse o índio absolutamente incapaz”.

O objetivo legal da tutela é proteger os interesses do tutelado e não mediar entre eles e interesses mais poderosos em benefício desses últimos. A Funai, à qual o Estado nacional delegou o exercício de sua tutela, não pode, sem contradizer os princípios jurídicos e as disposições legais, exercê-la em detrimento de seus pupilos e a favor dos segmentos sociais dominantes do País.

SOUZA FILHO ⁽⁷⁾ relata que “na prática a tutela tem sido largamente usada como coação. Entre o interesse público geral, que é o interesse das classes dominantes e o direito dos índios, a União faz prevalecer o primeiro em detrimento de seu tutelado”.

Segundo **DALMO DE ABREU DALLARI** ⁽⁸⁾ “a inserção da Funai no Ministério do Interior torna ainda mais flagrante a impotência do tutor. Mesmo que tivesse vontade e competência administrativa, sem falar da probidade tantas vezes posta em dúvida, dificilmente teria a Funai força política para fazer prevalecer o direito dos índios. A Funai não é obrigada a prestar contas de seus atos”.

SILVIO COELHO DOS SANTOS ⁽⁹⁾ em sua obra, citando **DALMO DE ABREU DALLARI** e **PEDRO AGOSTINHO** declara que “a figura da tutela é imperfeita também na medida em que pode sugerir à opinião pública, como sugeriu até a especialistas em Direito Penal, uma suposta infantilidade dos índios ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Na realidade, porém, ela repousa no reconhecimento da diferença de padrões culturais que desarmam as populações indígenas diante de uma sociedade organizada em termos capitalistas”.

Na sociedade em que vivemos e no sistema jurídico presente, a existência da tutela dos silvícolas é indispensável até para sua manutenção enquanto povo. Se há algo de errado, não seria o instituto da tutela, mas a instituição de um tutor de Direito Público.

A União deveria defender o interesse público e deixar para os particulares a defesa dos interesses particulares. Assim, tutor dos interesses indígenas deveria ser pessoa jurídica de direito privado, que exercesse a tutela, não por delegação, mas por instituição direta e sobre a qual não pudesse haver nenhum tipo de interferência do Poder Público, senão na forma jurisdicional, através da Magistratura e do Ministério Público.

Na tutela comum está prevista a destituição do tutor infiel. No caso da tutela sobre as comunidades indígenas não existe tal destituição. A tutela tem sido transformada em empecilho à livre manifestação de vontade do tutelado, que deveria informar e dirigir a ação do tutor. A garantia de que ela seja observada reside na possibilidade de manifestação de setores da sociedade civil na denúncia de abusos de autoridade por parte do tutor e na possibilidade de atuação através de procedimentos jurídicos reconhecidos.

Segundo **SILVIO RODRIGUES** ⁽¹⁰⁾ a lei “condiciona a validade do ato jurídico praticado pelo relativamente incapaz, ao fato de ele se aconselhar com pessoa plenamente capaz — seu pai, tutor ou curador — que o deve assistir nos atos jurídicos”.

Entendo que o índio deve ser assistido nas audiências pela Funai, órgão responsável pelo exercício de sua tutela, para maior garantia de seus direitos.

6. Direitos políticos e "*Legitimatío ad processum*"

A tutela não impede o exercício de direitos de cidadãos. Os índios são brasileiros natos, têm direitos políticos, podendo votar e ser eleitos (Resolução n.º 7.019/66 do TSE); têm direito à propriedade (Estatuto do Índio, art. 32, e CF, art. 231), a administrar seus próprios negócios e a participar da administração do patrimônio indígena que é gerido pela Funai (Estatuto, art. 42), têm direito de se organizar em associações e de constituir diretamente advogados (Estatuto, art. 37, e CF, art. 232). E não será por se tornarem eleitores que o menor ou o índio deixam de ser relativamente incapazes na ordem política; para que tal aconteça tem o menor que atingir a maioridade ou ser emancipado, e o índio que requerer e ter deferido em juízo seu pedido de liberação da tutela.

A mobilização de índios e da sociedade, assim como alguma jurisprudência recente, tem sido importante no reconhecimento gradativo desses direitos que a prática autoritária da Funai colbia. A eleição pelo Rio de Janeiro do xavante MÁRIO JURUNA para o Congresso Nacional em 1982, a entrada de comunidades indígenas em Juízo, independentemente da FUNAI, são marcos dessa luta.

Não se tem aplicado aos indígenas as disposições do art. 12 do CPC, pois para postular em Juízo é necessário interesse e legitimidade, além da capacidade processual. Na dogmática brasileira legitimidade se confunde com titularidade do direito e, no caso das terras dos índios, a União é que é titular do direito de propriedade, o que não se confunde com a titularidade do direito de posse, este sim do silvícola.

HILDEBRANDO PONTES NETO⁽¹¹⁾ diz que "o art. 37 da Lei n.º 6.001/73 não deixa nenhuma margem de dúvida quanto ao exercício do direito através do processo pela comunidade indígena ou pelo próprio índio. Este dispositivo não só consagra a *legitimatío ad processum* em favor da comunidade tribal ou do índio, como determina sejam assistidos pelo Ministério Público ou pela FUNAI". E continua: "com efeito, é juridicamente válida a iniciativa do índio ou da comunidade indígena na obtenção de uma prestação jurisdicional, através de advogado, quer como manifestação meramente voluntária, quer por força da omissão do tutor. Surge daí uma outra questão: quem dará a procuração ao advogado em nome da comunidade? Desde que se considere que uma comunidade indígena tem a sua especificidade como forma de associação, a representação da comunidade é feita pelo índio ou grupo de índios, que de acordo com os seus costumes, fala em nome da comunidade".

Segundo DALMO DE ABREU DALLARI⁽¹²⁾ "basta que os representantes costumeiros de uma comunidade indígena compareçam a um Tabelião juntamente com duas ou mais pessoas que tenham documentos de identidade e que atestem que aqueles índios são realmente representantes de sua respectiva comunidade. Assim será dada uma procuração por instrumento público, não deixando margem a qualquer dúvida".

O índio tem, portanto, legitimidade para ingressar em Juízo e para que não reste dúvida à previsão expressa do atual texto constitucional em seu art. 232.

7. Responsabilidade penal

7.1 Competência

Os silvícolas têm responsabilidade penal como os civilizados. A eles tem inteira aplicação o Código Penal. Da mesma forma, os crimes praticados contra os índios são os mesmos descritos pelo Código Penal, acrescidos dos previstos no art. 58 da Lei n.º 6.001/73. Portanto, competente para julgar as ações criminais envolvendo índios será a Justiça Estadual. Neste sentido já decidiu o extinto Tribunal Federal de Recursos (LEX — Jurisprudência do TFR n.º 4/351, 56/341, 61/329, 62/350 e 82/371).

7.2 Os crimes especiais do Estatuto do Índio

O direito costumeiro na área penal é tolerado, com exceção da pena de morte (art. 57 do Estatuto). No artigo 58 do Estatuto do Índio estabelecem-se os crimes especiais contra os índios e sua cultura:

I — escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena — detenção de um a três meses;

II — utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena — detenção de dois a seis meses;

III — propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Graves violações dos direitos sobre a terra e de outros direitos dos povos indígenas como, por exemplo, a integração forçada, têm ocorrido de forma sistemática durante séculos. Foi reconhecido que quando esses direitos são conscientemente violados, sabendo-se que a existência dos povos indígenas estava ameaçada, essa atitude pode ser qualificada de genocídio, como está estabelecido na Convenção Internacional sobre a prevenção e o Castigo de Crimes de Genocídio de 1948. Nesta Convenção, em vigor no Brasil desde 1951, entende-se por genocídio qualquer um dos atos mencionados a seguir, perpetrados com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso enquanto tal:

- a) assassinato de membros do grupo;
- b) lesão grave à integridade física ou mental dos membros do grupo;
- c) sujeição intencional do grupo a condições de existência que acarretem sua destruição física total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo.

7.3 Crimes contra a fauna e a flora

O índio quando caça ou pesca o faz por uma questão de sobrevivência dentro da reserva indígena. Não está cometendo um crime previsto na Lei n.º 5.197/67 (Proteção à Fauna), com a nova redação dada pela Lei n.º 7.653, de 12-2-1988, pois sua ação se ampara na excludente do exercício regular de um direito (art. 23, III, C. Penal).

No que toca às florestas, o art. 46 do Estatuto do Índio se refere a terceiros, uma vez que os índios têm o poder de fruição das riquezas, inclusive da madeira, sem a condição de apresentarem projeto ou programa das atividades desenvolvidas. O Código Florestal para fixar o conceito de floresta permanente em relação ao índio, diz que ela é destinada a manter o ambiente necessário à vida das populações indígenas (art. 3.º, g).

O silvícola, em regra, não devasta floresta, somente retira a madeira necessária para sua subsistência. Porém, o que mais acontece e disto há divulgação pela imprensa é que madeiras invadem as reservas indígenas e retiram madeira, ilegalmente, de área de preservação permanente.

O índio não está incurso no art. 26 da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal), porque age no exercício regular de um direito. Evidentemente, em situações especiais poderá ser demonstrada sua responsabilidade, por exemplo, índio integrado à sociedade e que se vale de sua condição para intermediar venda de madeira, sem autorização da autoridade administrativa competente.

7.4 Dosagem de pena

É falso argumento dizer que a incapacidade civil relativa privilegia indevidamente o índio frente aos outros cidadãos, na esfera de Direito Penal. Porque o Código Penal não indaga se o silvícola é isolado, em vias de integração, integrado ou não integrado, civilmente capaz ou incapaz: ele indaga simplesmente se a pessoa é indígena e em caso positivo torna-se necessária perícia individualizada para avaliação da imputabilidade. Esta é sempre uma imputabilidade condicional, e sofre a influência dos fatores estruturais e culturais da minoria indígena.

Embora o Estatuto (art. 56) recomende que o juiz atente ao grau de integração do índio para aplicação da pena, o Código Penal não prevê essa circunstância como atenuante. Vários autores⁽¹³⁾ relatam que “frequentemente os juízes usam o critério inadequado de desenvolvimento mental incompleto ou doença mental para avaliar a responsabilidade penal de um acusado indígena”.

Recentemente, em debate promovido pela Comissão Pró-Índio de São Paulo, Faculdade de Direito da USP e Procuradoria da República em São Paulo, aos 16-4-1990, DALMO DE ABREU DALLARI assim se manifestou sobre a responsabilidade penal dos índios: “os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios com cursos universitários

e índios que sequer falam o português. Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente". E acrescentou: "o índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender". Concluiu que: "O juiz deverá levar em conta as características do índio e saber até que ponto ele compreendia o significado jurídico daquele ato. Nisto há uma diferença do índio em relação a outros brasileiros".

O juiz deve levar em consideração todos estes aspectos quando proceder à dosagem da pena do indígena.

Além disso, o Estatuto do Índio (arts. 56 e 57) prevê a atenuação da pena no caso de infração penal cometida por índio e recomenda que a de reclusão e de detenção sejam cumpridas em regime semi-aberto, em local próximo à habitação dos condenados, ou seja, na própria reserva indígena. Trata-se de atenuante especial e que poderá resultar na diminuição da pena. Porém, jamais abaixo do mínimo legal.

8. Conclusão

"Um chefe xavante de nome ANICETO declarou: "nós não queremos a emancipação porque não pretendemos ter uma vida igual à do branco. Os brancos só pensam em dinheiro e muitos índios ainda não sabem disso; por isso não estão preparados para se emanciparem. O índio é liberdade, é dono de sua terra, é o brasileiro de verdade. Se acabarem com a cultura do índio, ele morrerá, e o culpado será o Governo." (14)

Desde o descobrimento do Brasil os índios já habitavam nosso território. São por direito os verdadeiros proprietários dessas terras. Os portugueses e mais tarde outros imigrantes que para cá vieram foram esbulhando as terras indígenas, expulsando-os ou removendo-os das mesmas. Aproveitaram-se ainda da mão-de-obra indígena, sem dar-lhes qualquer pagamento, transformando-os em escravos. As catequeses se infiltraram nas tribos e começaram a incutir religião e cultura a um povo que possuía cultura própria e não tinha religião. Aí se encontram as raízes da aculturação forçada, verdadeiro desrespeito às tradições indígenas.

Posteriormente foram criados o Serviço de Proteção ao Índio e a Funai, órgãos federais tutores dos silvícolas.

O ideal para a proteção do índio estaria em se nomear tutora uma pessoa jurídica de Direito Privado, que não sofresse qualquer influência do poder público. Só assim se poderia atender verdadeiramente aos interesses dos índios, reparando-se um pouco, as muitas ações danosas que lhes causamos ao longo dos séculos.

Benéfica a inclusão pela Carta Magna (art. 232) do Ministério Público como fiscal nos processos relativos aos indígenas, o que com certeza trará maior proteção por parte das autoridades aos grupos tribais, tão discriminados por nós civilizados.

BIBLIOGRAFIA

- (1) MENDES JUNIOR, João Mendes de Almeida
1912. Os índios, seus direitos políticos e individuais. São Paulo, p. 88.
- (2) AGOSTINHO, Pedro
1978. Imputabilidade do índio nos casos de violência em situações interétnicas, artigo publicado na Revista de Antropologia. São Paulo.
- (3) MIRANDA, Pontes de
1972. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Tomo VI, p. 457.
- (4) SEEGER, Anthony e CASTRO, Eduardo Viveiros de
1979. Terras e territórios indígenas do Brasil. RJ.
5. PEREIRA, Calo Mario da Silva
1961. Instituições de Direito Civil. Ed. Forense. RJ. Vol. I.
- (6) AGOSTINHO, Pedro
O índio e o Direito, p. 59. OAB/RJ, 1981, RJ.
- (7) SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de
1982. "Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito" em S. C. dos Santos. O Índio Perante o Direito; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis, pp. 89/97.
- (8) DALLARI, Dalmo de Abreu
1984. "A tutela indígena", artigo publicado em Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, ano 2, n.º 4, SP.
- (9) SNTOS, Sílvio Coelho dos
1982. O índio perante o direito; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis.
1985. Sociedades indígenas e o direito: uma questão de Direitos Humanos; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis.
- (10) RODRIGUES, Sílvio
1978. Direito Civil, Parte Geral. Ed. Saraiva. São Paulo. Vol. I, p. 44.
- (11) PONTES NETO, Hildebrando
1985. Sociedades Indígenas e o Direito; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis.
- (12) DALLARI, Dalmo de Abreu
1983. "Justiça para o índio", artigo publicado na Folha de S. Paulo de 23-4-1983, p. 3.
- (13) AGOSTINHO, Pedro
1978. "Imputabilidade do índio nos casos de violência em situação interétnica", artigo publicado na Revista de Antropologia. São Paulo, vol. 21, pp. 27/32. (2)
HALFPAP, Luiz Carlos e FONTANA, Remy
1979. "Direito, ideologia e comunidades indígenas", artigo publicado em Encontros com a Civilização Brasileira. RJ. nº 12, pp. 115/128.
PAIVA, Eunice e JUNQUEIRA, Carmen
1985. O Estado contra o índio. Texto 1. Ed. da PUC, SP, p. 42.
- (14) ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. Coord. Prof. R. Limongi França. 1977. Ed. Saraiva. São Paulo, vol. 43.
CUNHA, Manuela Carneiro da
1987. Os Direitos do índio; Ensaos e documentos. Ed. Brasiliense S/A. São Paulo.