

## O Ministério Público e a defesa dos direitos e interesses indígenas

EDUARDO ARAÚJO DA SILVA

Promotor de Justiça — SP

**SUMÁRIO:** I — O novo Ministério Público; II — Da defesa dos direitos e interesses indígenas; III — Ministério Público estadual ou federal; IV — Defesa Judicial; V — Dos direitos e interesses indígenas; VI — Populações indígenas; VII — Extensão da atuação ministerial e VIII — Conclusões.

### I — O NOVO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a promulgação da recém-inaugurada Carta Constitucional aos 05 de outubro de 1988, surgiu um novo Ministério Público no cenário jurídico brasileiro. Esta fortalecida instituição ganhou contornos constitucionais que inegavelmente a coloca numa posição de destaque, desde há muito merecida, no seio da sociedade brasileira.

Nesse sentido, o legislador constituinte lhe conferiu um perfil dinâmico, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Consagrou-lhe princípios institucionais: unidade, indivisibilidade e independência funcional. Deferiu-lhe garantias indispensáveis para bem desempenhar suas funções: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Proporcionou-lhe a formação de lista triplíce para a escolha de seu Procurador Geral. Assegurou-lhe autonomia orçamentária, funcional e administrativa, podendo inclusive propor criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares. Por derradeiro, arrolou suas funções institucionais.

Diante destes avanços significativos que certamente conduzirão o Ministério Público a uma nova fase institucional, não é demais lembrar as palavras de Alfredo Valadão: "O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro Poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o "Espírito das Leis", por certo não seria triplíce, mas quádrupla, a divisão dos poderes".

Trata-se, sem dúvida alguma, de uma instituição que cada vez mais conquista importantes espaços na vida jurídica deste país, pois como bem salientou Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, ao receber os novos Promotores de Justiça Substitutos

aprovados no X Concurso de Ingresso à Carreira, "o destino político da nação brasileira, decididamente, não quis que o seu Ministério Público integrasse o Poder Judiciário, ou Poder Legislativo ou Poder Executivo. Nem pretendeu que fosse um reflexo desforme, braço subalterno ou cópia malfeita, ou imagem invertida, ou apêndice, ou um irmão menor ou mais fraco do que outro Poder. Não! Definitivamente não! A Assembléia Nacional Constituinte traçou um perfil próprio, autônomo e independente de Ministério Público, em favor do cidadão".

### II — DA DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES INDÍGENAS

Em clima de inovações institucionais, os constituintes pátrios conferiram talvez, uma das mais nobres funções institucionais ao Ministério Público: defender judicialmente os direitos e interesses indígenas (art. 129, inciso V, da Constituição Federal).

Desde há muito, os poucos e sofridos índios brasileiros que ainda suportam as pressões e o "instinto" materialista dos ditos civilizados, necessitavam de um aliado constante à altura do que eles representam culturalmente para a humanidade, pois não raras vezes, acompanhamos pelos noticiários jornalísticos a cruel realidade destes habitantes "por excelência" do solo brasileiro: matanças e invasões de suas terras por aqueles que insistem em destruir um dos patrimônios mais puros e ricos da cultura tupi-guarani.

Percebendo esta situação de desamparo e a necessidade de uma proteção eficaz pelos órgãos públicos, ante as freqüentes agressões que vêm sofrendo em seu **habitat**, a Assembléia Nacional Constituinte cuidou de incorporar no Título VIII da Ordem Social, o Capítulo VIII destinado aos índios, no qual reconheceu constitucionalmente sua organização social, costumes, línguas, tradições e seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, atribuindo competência à União para demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Neste mesmo capítulo, garantiu-lhes certos direitos que, embora já consagrados na Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, instituidora do chamado Estatuto do Índio, optou por expressá-los na Lei Maior. Assim, os índios têm garantido a nível constitucional, o direito à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos neles existentes; a exploração em suas terras somente poderão ser efetivadas com a autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas e assegurando-lhes participação nos resultados da lavra; foi vedada sua remoção das terras que ocupam, salvo, **ad referendum** do Congresso Nacional, em casos especiais, sendo-lhes assegurado o retorno logo que cessem tais circunstâncias especiais; haverá nulidade dos atos que objetivem a ocupação; o domínio e a posse de suas terras, bem como a exploração das riquezas naturais do solo, ressalvado o relevante interesse da União; têm, por último, legitimidade para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A defesa destes direitos pelos representantes ministeriais, exigida pela Constituição Federal, foi uma feliz combinação dos responsáveis pela feitura da nova Carta, pois de um lado será tutelado um grupo étnico carente de efetiva proteção e atenção e, de outro lado, funcionará uma instituição composta por profissionais competentes, probos e decididamente interessados em minimizar os problemas sociais desta nação.

### III — MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL OU FEDERAL

Deferida pois, em âmbito constitucional, esta bela missão ao Ministério Público, surge a primeira dúvida da matéria ora em exame: qual Ministério Público deve pugnar pelos direitos e interesses indígenas? O federal ou o estadual?

Os deputados constituintes, prevendo este dilema, aparentemente deixaram a questão para ser regulamentada por lei complementar. Esta conclusão, deve-se ao fato do legislador constituinte, tanto no artigo 129, quando disciplinou as funções institucionais, como no artigo 232, quando dispôs a respeito da intervenção do Ministério Público nos processos ajuizados pelos índios, ter se referido somente ao Ministério Público, sem especificar se o mesmo seria federal ou estadual.

Todavia, ao disciplinar a competência dos juízes federais para processar e julgar, o texto constitucional arrolou, dentre várias matérias, a disputa sobre direitos indígenas (inciso XI do art. 109 da Constituição Federal).

Diante deste dispositivo, forçoso é convir que a Justiça Federal tem competência para apreciar e julgar direitos indígenas, devendo nestes casos officiar no Ministério Público federal.

Acresce-se também, que o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73) já previa, em alguns dispositivos, a intervenção do Ministério Público federal em prol dos índios. Desta forma, o art. 36 reza que "... compete à União adotar medidas administrativas ou propor, por intermédio do Ministério Público federal, as medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre terras que habitem". Também o art. 37 dispõe que "os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa de seus direitos em juízo, cabendo-lhe, no caso, assistência do Ministério Público federal ou do órgão de proteção do índio". Ainda o art. 63 prevê indiretamente a intervenção ao dispor que "nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em casos que envolvam interesses dos silvícolas ou do patrimônio indígena sem prévia audiência da União ou do órgão de proteção do índio; por isso concluir que nesses casos o Ministério Público federal representará a União.

Porém, este quadro na prática, certamente não beneficiará por completo os aborígenes brasileiros. Na verdade, a competência da Justiça Federal deveria ser fixada tendo-se em vista tão-somente o interesse direto da União nos litígios relativos a direitos ou interesses indígenas. Assim, exemplificativamente, qualquer lide que tivesse como objeto terras tradicionalmente ocupadas pelos índios deveria ser julgada pela Justiça Federal, uma vez que o inciso XI do art. 20 da Carta Constitucional, dispõe expressamente que tais terras constituem bem da União.

Por outro lado, as questões excluídas do interesse da União ficariam, em observância às regras de fixação da competência, a cargo da Justiça Estadual, quando então funcionaria o Ministério Público local.

Dá a crítica, sem qualquer pretensão de esvaziar a esfera de atuação do Ministério Público federal, mas sim colocando os interesses indígenas em primeiro plano, pois indubitavelmente seria o Ministério Público local o órgão que acompanharia de perto todos os conflitos de interesses envolvendo índios ou comunidades indígenas nas regiões mais afastadas deste "país continental". Seria ele o mais indicado para conhecer os problemas regionais e melhor se entrosar, no contato diário, com as populações indígenas e autoridades locais. Enfim, ele reuniria os atributos suficientes para uma visão apurada da realidade indígena brasileira, notadamente nas localidades mais distantes.

Contudo, assim não entendeu o legislador constituinte, restando aos representantes ministeriais locais atuarem em favor dos índios nos conflitos que versarem sobre causas da competência da Justiça Estadual, como por exemplo, nas lides que envolvam qualquer direito ou garantia fundamental prevista no art. 5.º da nova Carta Constitucional.

### IV — DEFESA JUDICIAL

Outra questão polêmica, é aquela referente à necessidade de ser estabelecido qual o alcance da atuação funcional do Ministério Público nas causas indígenas.

Primeiramente, cumpre salientar que o texto constitucional é claro ao estabelecer que a defesa se restringirá apenas à esfera judicial. Conclui-se pois, que caberá a Fundação Nacional do Índio — FUNAI exercer a defesa extrajudicial, conforme estabelece o art. 35 do Estatuto do Índio. Ocorre que este mesmo dispositivo também confere à FUNAI a defesa judicial das populações indígenas.

Assim, torna-se oportuno refletir se a redação do inciso V do art. 129 da Constituição Federal revogou parcialmente o art. 35 do Estatuto do Índio, já que foi deferido apenas ao Ministério Público a defesa judicial dos índios.

Em que pese o silêncio constitucional com relação à FUNAI defender judicialmente os índios, não se pode afirmar como certa a derrogação do art. 35 do Estatuto do Índio, visto que inexistente incompatibilidade, ainda que implícita, entre os textos retratados.

Neste sentido, cabe a orientação do jurista Carlos Maximiliano em sua obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito": "na dúvida se considerará uma norma conciliável com a outra".

Havendo pois, compatibilidade entre os textos ora questionados, devem ambos ter vigência mútua, em obediência à melhor doutrina.

### V — DOS DIREITOS E INTERESSES INDÍGENAS

Ismael Marinho Falcão, em seu pioneiro livro "O Estatuto do Índio Comentado", discorrendo a respeito da falta de trabalhos jurídicos relacionados à Lei n. 6.001/73, afirma com razão que "infelizmente, até hoje, decorridos mais de dez anos de sua edição, o Estatuto do Índio não mereceu, dos juristas pátrios, um estudo mais aprofundado, capaz de despertar nos estudiosos do direito um interesse maior pela pesquisa e, finalmente, ensejar a oportunidade para se fixar a definição jurídica de certos conceitos que permanecem obscuros e indefinidos, embora constantes da letra fria da lei".

Esta observação adquire importância no atual momento em que o Ministério Público abraça a defesa indígena como função institucional, já que é justamente no Estatuto do Índio que estão previstos os principais direitos dos índios e das comunidades indígenas e que, portanto, serão objetos da proteção ministerial.

Ao examinar a Lei n. 6.001/73, deve o Promotor de Justiça atentar principalmente para o direito ao respeito dos costumes indígenas (art. 6.º), à tutela aos índios não integrados (art. 7.º), à igualdade no trabalho (art. 14), às terras indígenas (art. 17), ao usufruto das riquezas do solo que ocupam (art. 22), à defesa judicial e extrajudicial (art. 35), à exclusiva exploração da riqueza do solo (art. 44), à alfabetização em língua própria (art. 49), à proteção à saúde (art. 54) aos benefícios para o cumprimento de penas (art. 56).

No que tange aos direitos constitucionais, além dos já citados anteriormente, ainda merece relevo o § 2.º do art. 210, que assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem do ensino fundamental regular, e a regra do § 1.º do art. 215, que dispõe sobre a proteção do Estado às manifestações das culturas populares indígenas.

Referentemente aos interesses indígenas, há de se frisar que a amplitude desta expressão, na prática, promoverá a presença do Promotor de Justiça em todas as demandas que envolvam direta ou indiretamente assuntos indígenas.

Seguindo este pensamento, deverá fiscalizar as obrigações legais das pessoas jurídicas de direito público interno, bem como os órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, de darem proteção às comunidades indígenas e à preservação de seus direitos, arrolados nos incisos do art. 12 do Estatuto do Índio, ou seja: I — estender aos índios os benefícios da legislação comum; II — prestar assistência aos índios e às comunidades ainda não integradas à comunhão social; III — respeitar, ao proporcionar aos índios e às comunidades indígenas meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades indígenas inerentes à sua condição; IV — assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha de seus meios de vida e subsistência; V — garantir aos índios a permanência voluntária em seu habitat; VI — respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os valores culturais, as tradições, usos e costumes; VII — executar, sempre que possível, mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar às comunidades indígenas; VIII — utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento; IX — garantir aos índios e as comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas utilidades naquelas terras existentes; X — garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face de sua legislação lhe couberem.

Também merecerá atenção as iniciativas da Fundação Nacional do Índio — FUNAI, órgão responsável pela tutela indígena no Brasil. Se tais iniciativas implicarem efetivo prejuízo aos índios, deverá o representante ministerial, na qualidade de defensor dos interesses indígenas, ajuizar a competente medida judicial.

Esta salutar iniciativa reverterá positivamente em benefício das populações indígenas, já que a Funai tem constantemente tomado decisões contrárias aos interesses indígenas, gerando revolta e manifestações de seus tutelados.

## VI — POPULAÇÕES INDÍGENAS

O art. 3.º do Estatuto do Índio, na tentativa de uniformizar as definições de índios e silvícolas e de comunidades indígenas e grupo tribal, tratou de expressar suas definições.

Assim, para efeito desta lei, índio ou silvícola “é todo o indivíduo de origem pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. 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 nele integrados”.

O texto constitucional, por sua vez, empregou a expressão “populações indígenas” (inciso V do artigo 129), divergindo dos termos utilizados na Lei n.º 6.001/73. Entretanto a expressão utilizada pelo legislador constituinte deve abranger tanto os índios individualmente considerados, como as comunidades indígenas propriamente ditas, pois seria incompreensível que a Lei Maior conferisse a defesa judicial por parte do Ministério Público apenas aos índios em grupo, deixando seus membros considerados em si mesmo sem esse amparo judicial.

## VII — EXTENSÃO DA ATUAÇÃO MINISTERIAL

Questão importante e que merece destaque especial é saber até que estágio de aculturação o índio brasileiro será protegido judicialmente pelo Ministério Público.

O Estatuto do Índio, em seu art. 4.º, define o que considera índio isolado, em vias de integração e integrados. Assim, para efeito desta lei, os índios são considerados isolados “quando vivem em grupos desconhecidos o de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional”. Estão 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”. Finalmente, estarão integrados “quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características de sua cultura”.

Por sua vez, o art. 7.º do mesmo Estatuto reza que “os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta lei”, ou seja, os índios já integrados à comunhão nacional não estão subordinados ao regime tutelar da Fundação Nacional do Índio — FUNAI.

Surge, pois, a dúvida: deve o Ministério Público, para efeito de extensão de sua atuação junto às comunidades indígenas, aproveitar o critério estabelecido no art. 7.º da Lei n.º 6.001/73?

Com relação aos índios considerados isolados e em vias de integração, não há dúvidas de que o Ministério Público deve defendê-los em juízo.

No tocante aos índios considerados integrados, cabe anotar a tendência da doutrina e jurisprudência pátria no sentido de proteger certas categorias de pessoas que, pelas suas condições próprias, despertam o interesse de toda a sociedade na preservação de seus interesses, como ocorre com os menores e incapazes. Aparece nesses casos o interesse público pela qualidade da parte e, conseqüentemente, a necessária intervenção ministerial por força do disposto no inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil.

Recentemente, com fundamento nesse interesse público, a Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, ao apreciar o Mandado de Segurança n.º 107.639-1, impetrado pelo 1.º Promotor de Justiça e Curador Judicial de Ausentes e Incapazes da Capital paulista, concedeu a segurança para que o representante do Ministério Público oficiasse nos autos de uma ação movida por deficientes físicos contra a Cia. Metropolitana de São Paulo — Metrô, onde aqueles visavam à viabilização do uso das diversas estações para terem acesso aos trens, dada a sua deficiência física.

Com certeza os índios, a exemplo dos deficientes físicos, também se enquadram nessas categorias de pessoas que necessitam de uma especial proteção, já que toda a sociedade brasileira tem interesse na preservação de seus direitos e na conservação de suas manifestações culturais.

Seguindo esta linha de raciocínio, nas questões jurídicas que envolvam interesses indígenas, desde que ajuizadas com a finalidade de discutir direitos ligados a sua própria condição, deverá intervir o Ministério Público, funcionando na defesa do interesse público, como exige o legislador processual-civil.

Portanto, concluímos no sentido de que o Ministério Público deve participar em todas as causas onde seja evidenciado o interesse público na discussão dos interesses indígenas em juízo, independente do grau de aculturação do índio ou comunidade indígena litigante, pois somente assim os representantes ministeriais poderão contribuir eficazmente para que a raça indígena seja integralmente preservada e definitivamente ocupe seu lugar na formação desta nação.

### VIII — CONCLUSÕES

1 — Ante o disposto no inciso XI do art. 109 da Constituição Federal, a legitimidade para defender judicialmente os direitos e interesses indígenas pertence ao Ministério Público federal, ressalvadas as questões que eventualmente sejam da esfera de competência da Justiça Estadual.

2 — O art. 35 do Estatuto do Índio não está derogado pelo novo texto constitucional, continuando a FUNAI com legitimidade para também atuar em juízo na defesa dos índios.

3 — A atuação ministerial abrangerá tanto as comunidades indígenas como os seus membros individualmente considerados.

4 — O Ministério Público defenderá judicialmente os índios considerados isolados e em vias de integração. No tocante aos índios integrados, deverá intervir em todas as lides onde seja evidenciado o interesse público.

5 — Cumprirá aos representantes ministeriais atentarem para as medidas de iniciativa da Fundação Nacional do Índio, ajuizando competente medida em casos de prejuízos aos índios.

### BIBLIOGRAFIA

- a) ISMAEL MARINHO FALCÃO, O Estatuto do Índio Comentado, 1985;
- b) ISRAEL DIAS NOVAIS, O Ministério Público e a Tutela do Índio, "in" *Justitia*, vol. 111, pág. 400;
- c) JORGE MEDEIROS DA SILVA, A Proteção Penal do Índio, "in" *Justitia*, vol. 111, pág. 388;
- d) CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*;
- e) Discurso do Dr. ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO — 14/nov./88.