

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
NATÁLIA SILVA MOURA

AO ÍNDIO DEVEM SER APLICADAS AS LEIS NACIONAIS?

FORMIGA – MG

2012

NATÁLIA SILVA MOURA

AO ÍNDIO DEVEM SER APLICADAS AS LEIS NACIONAIS?

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Nélida Reis Caseca Machado

FORMIGA – MG

2012

Natália Silva Moura

AO ÍNDIO DEVEM SER APLICADAS AS LEIS NACIONAIS?

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Nélida Reis Caseca Machado

Orientadora

Prof.

UNIFOR-MG

Prof.

UNIFOR-MG

Formiga, 19 de novembro de 2012

Dedico este trabalho a minha mãe Rosimeire, ao
meu pai José da Luz, a minha avó Rosária,
ao meu avô João, às minhas madrinhas
Roseli e Ronilda, e ao meu
namorado Esdras.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a materialização deste trabalho, em especial, minha orientadora Nélida Reis Caseca Machado, minha amiga Juliana Mendonça, meu namorado Esdras Maciel, minha mãe Rosimeire, meu pai José da Luz, minha avó Rosária, meu avô João, minhas madrinhas Roseli e Ronilda, e a Deus, por estar sempre presente em minha vida.

RESUMO

Ao índio devem ser aplicadas as leis nacionais? Esta pergunta surge tendo em vista que os índios possuem usos, costumes, tradições, crenças, organização e cultura própria diferentes da maioria da população brasileira, chegando, de certo modo, a formar uma nação dentro do Estado Brasileiro, que, no entanto, por conviverem dentro de um Estado Nacional, são submetidos às mesmas normas que toda a população. Por serem submetidos às normas nacionais, pautadas em valores que diferem dos seus, os índios são classificados conforme o Código Civil e apenados conforme o Código Penal e o Estatuto do Índio. Desse modo, foi feita uma abordagem histórica dos índios no Brasil, buscando responder quem são e de onde vieram, além de demonstrar de forma sucinta que vivem de forma diferente, conforme seus costumes; a tutela do índio no Brasil através da Constituição, das legislações infraconstitucionais, dos documentos internacionais e o paradigma da integração e interação do índio; o índio no Código Civil, questionando-se a capacidade civil e a tutela do índio; o índio no Código Penal, ocasião em que trata sobre a teoria do crime, especialmente no que tange a culpabilidade; o Estatuto do Índio, no caso de cometimento de infração penal abordando a forma como ele será julgado e, se condenado, deverá ter sua pena atenuada conforme seu grau de integração (isolados, em vias de integração, integrado), conforme art. 56, e que será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte, conforme art. 57; as possíveis alterações via poder legislativo que surgiram para resolver o problema de práticas indígenas violadores de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Índio. Constituição. Código Civil. Art. 56 e 57 do Estatuto do Índio. Estado Nacional.

ABSTRACT

Should be applied to the Indian national laws? This question arises in view that Indians have customs, traditions, beliefs, and culture very different organization of the majority of the Brazilian population, reaching, in a way, to form a nation within the Brazilian state, which, however, by coexist within a nation state, are subjected to the same rules that the entire population. Because they are submitted to national standards, based on the values that differ from their own, the Indians are classified according to the Civil Code and the Penal Code as convicts and the Indian Statute. Thus, there was a historical approach of the Indians in Brazil, trying to answer who they are and where they came from, and briefly demonstrate that live differently, according to their customs; guardianship of the Indian in Brazil through the Constitution, the laws infra, the international documents and the paradigm of integration and interaction of the Indian, the Indian Civil Code, questioning the legal capacity and guardianship of the Indian, the Indian Penal Code, when it comes on the theory of crime, especially in Regarding culpability, the Indian Statute, in the case of commission of criminal offense addressing how he will be tried and, if convicted, his sentence should be mitigated as their degree of integration (isolated, in the process of integration, integrated), as art. 56, and that the application be tolerated by tribal groups, according to their own institutions, criminal sanctions or disciplinary actions against its members, which are not in character from cruel or degrading, in any case prohibited the death penalty, as art . 57; possible changes via legislative power that has emerged to address the problem of indigenous practices in violation of fundamental rights.

Keywords: Indian. Constitution. Civil Code. Article 56 and 57 of the Indian Statute. National State.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 ÍNDIOS NO BRASIL.....	11
2.1 Normas Indígenas.....	13
3 A TUTELA DO ÍNDIO NO BRASIL.....	18
3.1 O Índio no Código Civil.....	25
3.2 O Índio no Código Penal.....	28
3.3 Estatuto do Índio.....	29
4 LIMITES PARA A APLICAÇÃO DAS NORMAS DA TRIBO.....	35
5 CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	40
ANEXO A – Convenção 169 da OIT.....	45

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a aplicabilidade das leis nacionais aos povos indígenas, haja vista que possuem usos, costumes, tradições, crenças, organização e cultura própria diferentes da maioria da população brasileira. Chegam, de certo modo, a formar uma outra nação dentro do Estado Brasileiro.

Entretanto, o Estado Brasileiro tem a forma de um Estado Nacional, ou seja, como o próprio nome diz, de um Estado formado por uma única nação, tendo como o projeto os valores homogêneos. No entanto, os índios, conforme se verá, possuem um aporte histórico cultural diferente da maioria das pessoas dentro da sociedade brasileira, inclusive, existem povos indígenas diferentes entre si.

Desse modo, há uma coexistência de nações dentro do Estado, que deveria ser, nos moldes do Estado Nacional, formado para uma só nação. Por conviverem, contudo, dentro do Estado Nacional Brasileiro, são submetidos às mesmas normas que toda a população. Assim, submetidos às normas nacionais, pautadas em valores que diferem dos seus, os índios são classificados conforme o Código Civil e apenados conforme o Código Penal e o Estatuto do Índio, situação que constitui o foco deste trabalho, que será dividido em quatro capítulos.

O segundo capítulo fará uma abordagem histórica dos índios no Brasil, buscando responder quem são e de onde vieram, além de demonstrar de forma sucinta que vivem de maneira diferente, conforme seus costumes. Salienta-se que quando os portugueses, chegaram no Brasil, os índios já viviam aqui, com seus costumes, usos, tradições, crenças, organização e cultura própria, ou seja, não viviam de forma igual aos portugueses. Os portugueses passaram a habitar as terras brasileiras, implantando seus costumes, desenvolvendo e formando a sociedade atual.

Assim sendo, parte dos índios perderam sua identidade cultural aderindo aos costumes portugueses e parte dos índios, permaneceram conservando seus costumes. Esses habitantes primeiros da “*terrae brasilis*”, desde a época dos colonizadores, têm sido vítimas do descaso e da ignorância estatal.

Atualmente, segundo os dados do Censo Demográfico 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 80,5% dos municípios brasileiros reside pelo menos um indígena autodeclarado, havendo um total de 817.963 mil indígenas no Brasil, o que representa 0,4% da população do país, pertencente a um grupo étnico diferenciado e com comportamentos específicos e que não se enquadram nas expectativas de comportamentos do Estado Nacional.

O terceiro capítulo abordará a tutela dispensada do índio no Brasil, incluindo as previsões, desde 1934 até a atual, bem como as legislações infraconstitucionais, os documentos internacionais e o paradigma da integração, que consistia em um movimento estatal em fazer com que os índios abandonassem seus costumes e aderissem aos costumes majoritários, e o paradigma da interação, que consiste em respeitar o não aculturamento e a não integração do índio aos costumes da população majoritária. Há uma preocupação do Estado em tutelar os índios, o que se vê na Constituição Brasileira, na legislação infraconstitucional e também nos documentos internacionais.

Houve o reconhecimento pelo, Estado Brasileiro e através desses dispositivos legais acima mencionados, do descuido com esse grupo. A extensão da proteção revela que o constituinte e o legislador infraconstitucional resolveram em nome da igualdade, protegê-los de forma ampla.

Contudo, o grande marco institucional, mudando a forma como eram protegidos, foi a Constituição da República de 1988, que reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, elencando vários artigos em proteção aos índios. Panou-se a reconhecer outra forma de cultura dentro do Estado Nacional. 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 que havia na Constituição de 1934, 1937, 1946, 1967, EC de 1969 e adotou um novo: o paradigma da interação.

Apesar de toda a posição normativa em proteção ao índio, ainda existem dúvidas de como o Estado deve agir com o índio, considerando-se o ordenamento jurídico no que tange aos direitos e obrigações. As questões principais referem-se à capacidade civil e a culpabilidade penal.

Este assunto será abordado no terceiro capítulo, que será subdividido, para melhor compreensão, em três partes. A primeira refere-se ao índio no Código Civil, questionando-se a capacidade civil e tutela do índio. O código determina aqueles que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que possuem capacidade relativa para a certos atos ou a maneira de seu exercício, sendo que aqueles que não se enquadrarem nos absolutamente e relativamente incapazes serão considerados, por exclusão, plenamente capazes, salvo se for índio.

É que o Código Civil de 2002 deixou a capacidade dos índios para ser definida por legislação especial. Como não houve legislação especial posterior ao Código Civil aplica-se o Estatuto do Índio.

A segunda subdivisão aborda o índio no Código Penal, ocasião em que se tratará sobre a teoria do crime, especialmente no que tange a culpabilidade, porque importante conceber a forma de aplicação da pena e se ela é cabível ao índio.

Na última, será debatido o Estatuto do Índio no âmbito da problematização da aplicação das leis penais brasileiras aos índios e das normas da tribo advindas de seus costumes. Será analisado o seu art. 56, que prevê, em caso de condenação do índio, a atenuação da aplicação da pena conforme os graus de integração dispostos no art. 4º, bem como o art. 57, que permite a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, excetuando-se a pena de morte, as sanções de caráter cruel ou infamante.

O quarto capítulo traz as propostas legislativas que surgiram para alterar as previsões normativas, bem como propõem um limite para a aplicação das normas da tribo.

Por fim, conclui, considerando a diversidade de nações dentro do mesmo Estado, não há lógica no sistema e as normas penais, ainda que regradas pelo Estatuto do Índio, não podem ser aplicadas.

2 ÍNDIOS NO BRASIL

Quando os portugueses, em 1500, chegaram no Brasil, os índios já viviam aqui. Tinham seus costumes, usos, tradições, crenças, organização e cultura própria, ou seja, não viviam de forma igual aos portugueses.

Os portugueses passaram a habitar as terras brasileiras, implantando seus costumes, desenvolvendo e formando a sociedade atual. Assim sendo, parte dos índios, em virtude da política de integração, foram compelidos a aderir aos costumes portugueses, perdendo sua identidade cultural. Parte dos índios, entretanto, por terem pouco contado com os portugueses, permaneceram conservando seus costumes.

Esses habitantes primeiros da “*terrae brasilis*”, desde a época dos colonizadores, têm sido vítimas do descaso e da ignorância estatal. A se considerarem os séculos de negligência, o fato de não estarem completamente extintos é surpreendente (MOURA, 2009). Em razão disso, parece inegável que o Brasil tem uma dívida histórica para com os seus índios (MOURA, 2009).

Atualmente, segundo os dados do Censo Demográfico 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 80,5% dos municípios brasileiros reside pelo menos um indígena autodeclarado, havendo um total de 817.963 mil indígenas no Brasil, o que representa 0,4% da população do país.

As regiões com maior concentração de indígenas são Norte (305.873 mil) e Nordeste (208.691 mil), seguidas por Centro-Oeste (130.494 mil), Sudeste (97.960 mil) e Sul (74.945 mil). O número de indígenas em áreas urbanas é de 315.180 mil e, na área rural, de 502.783 mil, os municípios brasileiros com as maiores proporção da população indígena, por situação do domicílio são: Uiramutã/Roraima (88,1), Marcação/Paraíba (77,5), São Gabriel da Cachoeira/Amazonas (76,6), Baía da Traição/Paraíba (71,0), São João das Missões/Minas Gerais (67,7), Santa Isabel do Rio Negro/ Amazonas (59,2), Normandia/Roraima (56,9), Pacaraima/Roraima (55,4), Santa Rosa do Purus/Acre (53,8), Amajari/Roraima (53,8).

Diferentes entre si e também do restante da população brasileira, os grupos indígenas caracterizam-se por usos, costumes, tradições, crenças, organização e cultura própria (BERTOLAZZI, 2008), o que denota uma diferenciação grande a ponto de se identificarem como índios. De acordo com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)¹, nas últimas décadas, o

¹ <http://www.funai.gov.br/>. Acessado em 09 de junho de 2012.

critério da auto-identificação étnica vem sendo o mais amplamente aceito pelos estudiosos da temática indígena.

Segundo o antropólogo Darcy Ribeiro apud Fundação Nacional do Índio (FUNAI), indígena é uma parcela da população que apresenta problemas de adaptação à sociedade, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana, reconhecido, pela sociedade majoritária, como indivíduo pertencente a uma comunidade indígena:

"(...) aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato". (RIBEIRO, década de 50, apud site FUNAI, 2011).²

Uma definição muito semelhante foi adotada pela Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), art. 3º:

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.

E o artigo 4º, detalha a definição do índio, permitindo classificações intensivas para mais ou para menos, partindo-se do pressuposto da integração à comunidade majoritária:

Art. 4º - Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se 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.

²RIBEIRO, Darcy. "Culturas e línguas indígenas do Brasil", década de 50.

Para José Afonso da Silva (2008), “o sentimento de pertinência³ a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio aquele que se sente índio”. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. (SILVA, 2008, p. 867). Observe:

Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. Essa permanência, em si mesma, embora interagindo um grupo com outros, é que lhe dá a continuidade étnica identificadora. (SILVA, 2008, p. 867).

Na mesma linha André Antunes (2011) diz que “o Brasil considera índio quem assim se autodeclara, por manter vínculos históricos, genealógicos ou simbólicos com povos que já habitavam a região desde muito antes da chegada dos portugueses”. (ANTUNES, 2011, p. 3).

Há que se observar que, as mudanças ocorridas em várias sociedades indígenas, como o fato de falarem português, vestirem roupas iguais às dos outros membros da sociedade nacional com que estão em contato, utilizarem modernas tecnologias (como câmeras de vídeo, máquinas fotográficas e aparelhos de fax), não fazem com que percam sua identidade étnica e deixem de ser indígenas (Fundação Nacional do Índio - FUNAI). Inclusive porque as variadas culturas das sociedades indígenas modificam-se constantemente e reelaboram-se com o passar do tempo, como a cultura de qualquer outra sociedade humana (Fundação Nacional do Índio - FUNAI).

Para a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional dos Procuradores da República, nos temas relativos aos povos indígenas e outras minorias étnicas, há em comum o modo de vida tradicional distinto da sociedade nacional majoritária⁴.

2.1 Normas Indígenas

É tão diferente o comportamento dos índios da sociedade majoritária, que eles possuem normas internas na tribo.

³ Para José Afonso da Silva (2008) pertinência é o mesmo que pertencimento.

⁴ Site da PGR: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/apresentacao/apresentacao_txt>. Acessado em: 16.01.2012.

René Ariel Dotti (2011), ao fazer referência ao comportamento cultural indígena, conforme resultado uniforme de todas as pesquisas a respeito dessas comunidades no Brasil e no exterior, trás alguns dados que devem ser observados, dentre eles, que os índios possuem seus códigos punitivos.

Menciona que “como é natural a todos os grupos humanos reunidos sob o comando de determinadas normas escritas ou consuetudinárias, também os índios têm os seus códigos punitivos” (DOTTI, 2011, p. 12).

Possuem normas pré-estabelecidas que definem os atos delituosos, normas inibidoras e punitivas, sanções para os casos menos graves e os casos mais sérios, tanto que o índio pode ser condenado ao ostracismo, à expulsão, a castigos corporais, à privação da liberdade ou à morte, conforme o tipo de infração cometida.

Cita Thaís Luzia Colaço ao dizer: “Nas sociedades indígenas existem normas pré-estabelecidas que definem os atos delituosos” (COLAÇO, 1999, apud DOTTI, 2011, p. 12)⁵ e Alcida Rita Ramos ao dizer que a definição de infração social tem suas variantes podendo ser consideradas transgressões mais ou menos graves dependendo do grupo e que as sociedade indígenas possuem dois tipos de coação que auxiliam no controle social, as medidas inibidoras e as medidas punitivas:

A definição de infração social tem suas variantes, pois o homicídio, o adultério, o incesto, a prática da feitiçaria, podem ser consideradas transgressões mais ou menos graves dependendo do grupo. As sociedades indígenas possuem dois tipos de coação que auxiliam no controle social: “as medidas inibidoras e as medidas punitivas”. As medidas inibidoras, que eram muito eficazes, consistiam em procedimentos informais caracterizados por situações que expunham ao ridículo, acusações de bruxaria e pelo fuxico. Quando o ato criminoso se consumava, tomavam-se medidas punitivas, que variavam de intensidade conforme a gravidade do crime cometido. (RAMOS, 1988, apud DOTTI, 2011, p. 12).⁶

A este respeito, menciona também a lição de João Bernardino Gonzaga sobre as sanções nos casos menos graves e nos mais sérios:

Nos casos menos graves, a reação consistirá em mera sanção moral, gerando difusa reprovação da coletividade. Nos mais sérios, poderá haver uma sanção ritual, que torne o indivíduo impuro, com perigo para si próprio e para os que com ele mantenham contato, o que gera às vezes o seu apartamento da comunhão social; ou se chegará a verdadeiros castigos, de variada qualidade, como sanção retaliatória. Em se tratando de delitos privados, os povos mais atrasados deixavam à discricão da

⁵ COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena – tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuítas. Curitiba: Juruá, 1999, p. 40.

⁶ RAMOS, Alcida Rita. Sociedades indígenas. 2. ed. São Paulo: Ática, 1988, p.61.

vítima responder à ofensa, e até mesmo a compelem a assim proceder, sob pena de desonra. (GONZAGA, sem data, apud DOTTI, 2011, p. 12).⁷

Conforme o tipo de infração cometida, o índio poderia ser condenado ao ostracismo, à expulsão, a castigos corporais ou à morte (DOTTI, 2011). A condenação ao ostracismo retira o direito de reciprocidade e corresponde mais ou menos à perda de direitos civis pelas restrições dos direitos à vida familiar, às relações de trabalho e à propriedade coletiva. O isolamento em ostracismo coletivo levava o índio a uma vida de humilhações, restrições e permanente censura, onde “todos se recusavam a falar, olhar ou ter algo com os infratores, como se eles não existissem” (DOTTI, 2011).

A expulsão da comunidade corresponde a uma pena de morte, pois é quase impossível a sobrevivência isolada na selva. Em hipótese de covardia, o homem pode ser repudiado pela mulher, que adquire o direito de retornar à família de origem. Os castigos corporais predominam para presos de guerra, que são esbofeteados pelas mulheres e crianças da tribo (DOTTI, 2011).

De acordo com João Bernardino Gonzaga citado por Renê Ariel Dotti, as formas de execução dos condenados a morte podem variar:

Não há informes relativos à existência de tortura nas sociedades indígenas, para obter confissão. Mas as formas de execução dos condenados à morte poderiam variar: desde emprego do tacape nos rituais de sacrifício dos inimigos, à aplicação de venenos, enterro da pessoa viva, afogamento e enforcamento, este já sob a influência dos costumes europeus. (GONZAGA, sem data, apud DOTTI, 2011, p. 12).⁸

A privação da liberdade só era empregada em determinadas ocasiões, para deter os inimigos seguida à captura ou nas horas que precediam de imediato o seu sacrifício. Tratava-se, enfim, de medida semelhante à prisão processual da atualidade (DOTTI, 2011).

Susnik citada por Renê Ariel Dotti elenca algumas transgressões e delitos que consideram mais frequentes nas sociedades indígenas e merecedoras de penas, são elas:

O homicídio, o incesto, a prática da magia negra, o rapto de esposa alheia, a revelação de segredos dos ritos de iniciação, o adultério, os danos à propriedade privada ou comunal, as injúrias aos líderes, o não cumprimento das obrigações sociais e a desobediência política. (SUSNIK, sem data, apud DOTTI, 2011, p. 13).⁹

⁷ GONZAGA, João Bernardino. O direito penal indígena - à época do descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, sem data, p.57-58.

⁸ Idem, p. 127-128.

⁹ SUSNIK. Introducción a la antropología social. (Ambito americano), p. 125.

Sob o aspecto da causalidade, as pesquisas demonstram que o indígena não procura entender as causas imediatas dos eventos, mas as suas origens remotas. Assim, a imputação objetiva pode recair em alguém por todos os males que acontecem no grupo ou a um de seus membros ainda que o evento tenha sido produzido por um fenômeno da natureza. O responsável pode ser um homem do grupo, um homem de outra tribo, um espírito, uma divindade, um animal, uma planta ou um objeto inanimado. Até mesmo os pajés, quando não obtinham êxito no tratamento de algum doente, atribuíam a culpa ao feitiço de algum inimigo do enfermo, que, às vezes, chegava a ser morto pelos seus parentes (DOTTI, 2001).

Regra geral, não há distinção entre dolo e culpa. Na infração levam-se em consideração as conseqüências e não a vontade do infrator. A ausência de intenção pode ser fator agravante e não atenuante, pois se compreende que o indivíduo foi motivado por forças ocultas maléficas, que devem ser reprimidas o mais rápido possível (DOTTI, 2011).

Também não existem causas de extinção da punibilidade. Normalmente, a embriaguez, as alterações emocionais e a coação não excluem a responsabilidade. Nem as anomalias mentais e nem o sono podem ser consideradas excludentes pois, para o índio, as anomalias são misteriosas e plenas em significação e o sono é uma forma de contato com o mundo espiritual (DOTTI, 2011).

Há relatos de que os índios brasileiros usavam a desculpa da embriaguez para justificar os maus tratos dispensados às mulheres, mas tal atitude, de acordo com a tradição silvícola, não era considerada delito, permanecendo na esfera privada do âmbito familiar. As mulheres e as crianças eram as mais apenadas. Aquelas por serem consideradas perigosas em face da aura mística da maternidade que paira sobre elas. As crianças pela crença de que nelas podia estar encarnado algum adulto já falecido (DOTTI, 2011).

A vingança poderia ser exercida a qualquer momento, pois a punibilidade nunca se extinguiu. Nem pelo decurso de tempo, nem pela morte do condenado. Apenava a família, a tribo (DOTTI, 2011).

São diferentes os comportamentos que há a previsão de morte em relação às crianças, os adolescentes, as mulheres e as famílias indígenas. E tais comportamentos, que são pela sociedade considerados infanticídios e homicídios, não seriam considerados crimes, nem apenados pela tribo.

Acreditam na natureza amaldiçoada do nascimento de gêmeos (RODRIGUES, 2011).

É com uma forma de timbó que eles matam e enterram quando consideram que a criança ainda não é gente (RODRIGUES, 2011).

São politeístas, pois acreditam em vários deuses (RODRIGUES, 2011).

Uma criança viva deficiente resulta na morte de 2, 3, 4 pessoas, ou seja, se uma criança deficiente for salva, falecem os pais, o avô, pois eles se matam porque não querem que a criança deficiente sobreviva (RODRIGUES, 2011).

Pelo demonstrado, e sendo os indígenas, uma organização pautada numa cultura própria, partindo-se de pressupostos diferenciados aos dos emanados pelo Estado Nacional, há evidente diferença entre as normas do sistema penal brasileiro e as normas vigentes nas comunidades indígenas, e que coexistem, pois os índios não abandonam suas crenças em prol do ordenamento jurídico nacional.

3 A TUTELA DO ÍNDIO NO BRASIL

Preocupa-se, a Constituição Brasileira, a legislação infraconstitucional (art. 1º da Lei 10.558/2002¹⁰; arts. 19-F e 19-H, da Lei 8.080/90¹¹ – Lei 9.836/99¹²; arts. 8º e 9º da Medida Provisória 2.186-16/2001¹³; a Resolução 9/2003¹⁴ do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético; a Lei 4.412/2002¹⁵; a Lei 7.716/1989¹⁶; a Lei 6.001/73¹⁷) e também os documentos internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção n 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais) em proteger os indígenas. Essa legislação advém do movimento indigenista mundial, que fez surgir um arcabouço jurídico de proteção ao índio, que tinha como fundamento o reconhecimento das terras, tradições, educação de regaste, saúde sem discriminação, que segundo Williane dos Santos Teixeira apud Nélida Reis Caseca Machado:

“(...) na segunda metade do século XX, foi nascendo um movimento indigenista, resposta à revolta indígena contra toda sorte de invasões, abertura de estradas, hidroelétricas, linhas de transmissão, hidrovias, gasodutos, além da extração de madeiras nas terras indígenas, da caça e pesca por intrusos, os abusos de poder por parte de representantes dos Estados, verdadeiras chacinas, genocídios, tal movimento prega o reconhecimento das terras, tradições, educação de regaste, saúde sem discriminação. (...)” (TEIXEIRA, 2006, apud MACHADO, 2011, artigo não publicado).¹⁸

¹⁰ Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências.

¹¹ Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

¹² Acrescenta dispositivos à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

¹³ Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

¹⁴ Estabelece diretrizes para a obtenção de Anuência Prévia para o acesso a componente do patrimônio genético situado em terras indígenas, em áreas privadas, de posse ou propriedade de comunidades locais e em Unidades de Conservação de Uso Sustentável para fins de pesquisa científica sem potencial ou perspectiva de uso comercial.

¹⁵ Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas e dá outras providências.

¹⁶ Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

¹⁷ Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

¹⁸ MACHADO, Nélida Reis Caseca. O artigo 57 do Estatuto do Índio sob a perspectiva da plurinacionalidade. Artigo não publicado.

Houve um reconhecimento pelo Estado Brasileiro, através desses dispositivos legais acima mencionados, do descuido com esse grupo. A extensão da proteção na Constituição de 1988 revela, portanto, que o constituinte e o legislador infraconstitucional resolveram em nome da igualdade, protegê-los de forma ampla (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008).

Apesar de toda a posição normativa em proteção ao índio, ainda existem dúvidas de como ele deve ser tratado na sociedade, considerando-se o ordenamento jurídico no que tange aos direitos e obrigações. As questões principais referem-se à capacidade civil e a culpabilidade penal.

Primeiramente, para dar um contorno no trabalho, será apresentada a tutela constitucional e depois se abordará os questionamentos com esboço no Código Civil e Código Penal.

A preocupação com os índios faz-se presente ao nível constitucional¹⁹, desde 1934, pois a Constituição atribui à União competência para legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, XIX, m), reconhecendo-lhes a posse de terras nas quais se encontrem permanentemente localizados (art. 129) (BARRETO, 2003). Na íntegra o dispositivo:

Art 5º - Compete privativamente à União:
XIX - legislar sobre:
m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Na Constituição de 1937 restringiu-se a repetir disposição da Constituição de 1934 quanto ao reconhecimento à posse da terra ocupada em caráter permanente (art. 154) (BARRETO, 2003).

Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

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) (BARRETO, 2003).

Art 5º - Compete à União:

¹⁹ Todas as Constituições de nossa era republicana, ressalvada a omissão da Constituição de 1891, reconheceram aos índios direitos sobre os territórios por eles habitados.

XV - legislar sobre:

r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Portanto, todas essas constituições (1934, 1937 e 1946) declararam que as terras possuídas pelos silvícolas seria respeitada e seriam inalienáveis (BARRETO, 2003).

A Constituição de 1967 transferiu para o domínio da União as “terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, IV), condicionado àquelas por eles habitadas permanente (art. 186). Ainda no mesmo dispositivo é atribuído aos indígenas o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas (terras) existentes, repetindo a política integracionista (art. 8º, XVII, o) (BARRETO, 2003):

Art 4º - Incluem-se entre os bens da União:

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Art 8º - Compete à União:

XVII - legislar sobre:

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

A Emenda Constitucional número 1/ 1969 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 (§ 1) e negou direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (§ 2º). 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 (BARRETO, 2003). Observe:

Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Art. 8º Compete à União:

XVII - legislar sobre:

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido

o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Contudo, o grande marco institucional, mudando a forma como eram protegidos, foi à promulgação da Constituição da República de 1988, pois reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, elencando vários artigos em proteção aos índios, abandonando a política de integração.

Antes da CR/88 os direitos indígenas reconhecidos restringia ao direito de posse sobre a terra, a partir de 1988 houve uma significativa ampliação desses direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento aos índios da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da atribuição de legitimação processual para sua defesa e efetivação (BARRETO, 2003). Panou-se a reconhecer outra forma de cultura dentro do Estado Nacional.

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 que havia na Constituição de 1934, 1937, 1946, 1967, EC de 1969 e adotou um novo: o paradigma da interação, no qual, as relação 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 (BARRETO, 2003).

Na mesma linha, relata Walter Claudisus Rothenburg (2011):

Quanto aos índios, prevaleceu até aqui, na história, a perspectiva de integração à sociedade envolvente. O índio, visto a partir dessa “sociedade envolvente” (em que o adjetivo “envolvente” passa uma idéia “tentacular”, daquilo que envolve, sufoca, absorve) e segundo uma concepção evolucionista da humanidade calcada em padrões ocidentais capitalistas (burgueses), é considerado residente em estágios primitivos de desenvolvimento. A sociedade envolvente, por outro lado, representaria o mais elevado patamar de civilização e o único caminho de emancipação definitiva dos primitivos. Uma integração em tais moldes tenderia a provocar o desaparecimento cultural dos povos considerados mais atrasados.

Anota também Walter Claudisus Rothenburg (2011) ao citar Helder Girão Barreto (2004) que na perspectiva da integração, o índio é visto como “ser inferior” e deve e precisa

ser “integrado à comunhão nacional”. Completada a integração, não será mais considerado “inferior”, mas também não será mais considerado índio e, portanto, não merecerá mais qualquer forma de tutela especial.

Assim, a perspectiva da integração, que pode ter sido bem intencionada, apresenta uma visão autocentrada e totalitária e deve ser superada pelo direito ao reconhecimento dos índios tais como são, em suas peculiaridades, e é neste sentido que os inovadores artigos 231 e 232 da CR/88 foram criados e devem ser entendidos:

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, garantido, 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 a 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 § 4º.

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.

Somando-se aos artigos 231 e 232 há outros artigos constitucionais para efetivar o paradigma da interação. Sendo bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, XI da CR/88).

Compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV da CR/88) e aos juízes federais compete processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI da CR/88).

É função institucional do Ministério Público, defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V da CR/88).

As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176 da CR/88). A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas (art. 176, § 1º da CR/88).

Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais (art. 210 da CR/88). O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, § 2º da CR/88).

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215 da CR/88). O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (§ 1º do art. 215 da CR/88).

A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição (art.67 do ADCT).

Importante destacar, que por força do art. 5º, § 2º da CR/88, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, os direitos e garantias expressos na CR/88 não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que houve adesão da República Federativa do Brasil. Logo, a Convenção 169 da OIT é vigente em nosso ordenamento jurídico, pois em, 19 de abril de

2004, o governo brasileiro editou o Decreto n. 5.051, que promulgou a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

Para Márzio Ricardo Gonçalves de Moura (2009) a Convenção 169 da OIT procura basicamente ser um instrumento de afirmação da identidade indígena. Todo o ordenamento jurídico nacional acerca do tema deverá considerar em sua formação e aplicação que devem ser respeitadas as aspirações desses povos quanto a assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida, desenvolvimento econômico e manutenção e fortalecimento de suas identidades, línguas e religiões. Na Convenção 169 da OIT o índio deve poder ser aceito como cidadão sem precisar fazer concessões quanto à sua identidade cultural.

A Convenção 169 da OIT, que encontra-se em anexo, prevê que a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. Dentre esses grupos estão, os povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

Prevê, ainda, que os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade, pois os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação.

Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente, bem como deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos e adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

As sanções penais impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

3.1 O Índio no Código Civil

A personalidade civil, no Direito brasileiro, é adquirida com o nascimento com vida. A partir do nascimento com vida, toda e qualquer pessoa passa a ser automaticamente capaz de direitos e deveres na vida civil. O Código não faz nenhuma distinção entre o “homem branco” e o índio, ambos, desde que nascidos com vida, são dotados de personalidade e de capacidade jurídicas (MOURA, 2009).

A capacidade que se adquire com o nascimento é, no entanto, uma capacidade de direito e não de fato, pois, o que a pessoa nascida viva possui é uma expectativa genérica de capacidade para os atos da vida. Assim, as pessoas são genericamente capazes para a realização de atos e negócios jurídicos na seara do mundo civil (MOURA, 2009).

No entanto, o exercício dessa capacidade dependerá da forma e da extensão desta, conferida a cada um pelo Código Civil. Há aqueles que o código considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil e aqueles com capacidade relativa de algumas categorias de pessoas quanto a certos atos ou a maneira de seu exercício (MOURA, 2009). Observe:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Aqueles que não se enquadrarem na enumeração taxativa do art. 3º e 4º do Código Civil de 2002 serão considerados, por exclusão, plenamente capazes, salvo se for índio (MOURA, 2009). O Código Civil de 1916, previa que os silvícolas, eram incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer (art. 6º, III, CC/1916), ficando sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessaria à medida que se forem adaptando à civilização do País (art. 6º, parágrafo único do CC/1916), observe:

Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Helder Girão Barreto (2004) citado por Walter Claudius Rothenburg (2011) diz, que o Código Civil de 1916, adotou a indevida confusão entre tutela, no sentido de um regime especial de proteção, e incapacidade: os índios ou “silvícolas” eram considerados “incapazes relativamente a certos atos” (art. 6º, III, CC/1916). O Código Civil de 2002 não tratou da capacidade dos índios e relegou à legislação especial o assunto ao prever “será regulada por legislação especial” (art. 4º, parágrafo único, do CC/2002).

Porém, a questão não trata de incapacidade, apenas de diversidade cultural, a exigir que, “seja dada proteção especial” aos direitos dos índios. (BARRETO, 2004, apud ROTHENBURG, 2011, p. 8).²⁰ Helder Girão Barreto (2003) sustenta que o mal-entendido ou a má-fé confundiu esses dois regimes jurídicos em um só (tutela-incapacidade e tutela-proteção): 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 integrassem a sociedade civilizada (BARRETO, 2003, p. 65).

Portanto, o Código Civil vigente remete à legislação especial regular a capacidade dos índios (art. 4º, parágrafo único do CC/2002), uma mudança que, não é apenas de técnica legislativa, mas substantiva com parâmetros irradiados a partir da Constituição da República de 1988. A Constituição superou o entendimento de que os índios são relativamente incapazes para a realização de atos da vida civil e, em face da diversidade cultural, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos (BARRETO, 2003).

Assim, o “Estatuto do Índio”, ainda que anterior ao Código, disciplina o tema, pois é lei especial em vigor. Nele, em virtude da recepção, será válido tudo aquilo que não conflite com a Constituição de 1988 (MOURA, 2009).

Portanto, a determinação da capacidade civil do índio depende do que estabelece o Estatuto do Índio, que para compreender a extensão da capacidade civil considera a diferenciação que o Estatuto do Índio faz, no art. 4º, entre isolados, semi-integrados e integrados.

No caso de haver índios e comunidades indígenas ainda não integrados ou em integração à comunhão nacional, a lei requer que estes fiquem sujeitos a regime tutelar da Funai. A titularidade da tutela é da União, que a exercerá por intermédio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Esta lei define como competência da FUNAI exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais (MOURA, 2009).

O Capítulo II do Estatuto do Índio traz em seu título “Da Assistência ou Tutela” pela FUNAI. No Código Civil, compete ao tutor representar o menor, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte (art. 1.741, I do CC/2002), até que complete 18 anos (MOURA, 2009). E o índio? Ele será representado ou assistido pelo seu tutor? O estatuto não faz nenhuma diferenciação de idades para o índio, para efeitos de

²⁰ BARRETO, Helder Girão. Direitos indígenas. Vetores constitucionais. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

aquilatação de sua capacidade civil. Ela é feita considerando-se apenas o nível de integração do indígena à comunhão nacional (MOURA, 2009).

Esse regime tutelar estabelecido pela lei não pode ser confundido com o instituto da “tutela” constante no Código Civil, uma vez que nele não há previsão para o caso indígena. A “tutela do índio” significa a proteção genérica daquele que a lei considera mais fraco. Não obstante, o Estatuto do Índio, art.7º, estabeleceu que devem-se aplicar, no que couberem, os princípios e normas da tutela de direito comum.

A impressão que se tem, à primeira vista, é a de que, para a lei, o índio ou é absolutamente incapaz ou totalmente capaz. No entanto, tal impressão se desfaz ao analisar o *caput* do art. 8º, *verbis*: “São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente”. A assistência mencionada aqui é aquela do Código Civil exercida pelo tutor nos termos do art. 1747, I (MOURA, 2009).

Parece claro que a lei, ao exigir a assistência e não a representação, posiciona o indígena não integrado ao patamar de relativamente incapaz. Em rigor, todos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, quando não tenha havido assistência, seja em juízo ou fora dele, do órgão tutelar competente, são nulos. A lei, no entanto, mitiga essa exigência ao estabelecer que o ato será válido se o índio demonstrar consciência e conhecimento do ato praticado, e da extensão dos seus efeitos. Essa validade, no entanto, está condicionada também a que o ato não seja prejudicial ao indígena (MOURA, 2009).

Os atos de tutela exercidos pela Funai, sejam no *munus* de representante ou de assistente, podem ser alvo de controle do Judiciário e do Ministério Público. Entendemos que a interveniência da Funai não se restringe ao contato do índio com o não índio. Haverá situações em que um índio poderá procurar a assistência da entidade tutelar para a solução de conflito com outro índio, seja do mesmo grupo ou de grupo diferente (MOURA, 2009).

Portanto, o instituto tutela da Funai é diferente do instituto tutela no Código Civil, pois, na tutela da Funai não há que falar em incapacidade e sim em proteção.

3.2 O Índio no Código Penal

O Código Penal Brasileiro, nada dispõe com relação aos índios, ou seja, não traz tratamento diferenciado, mas é um diploma legal, criado para a sociedade nacional.

Na moderna teoria do crime, há os que defendem uma concepção tripartida e outros de uma bipartida. Para os adeptos da concepção tripartida, será crime todo aquele fato que for, ao mesmo tempo, típico (previsto em lei), antijurídico (ilícito) e culpável (passível de aplicação de pena). Para os partidários da bipartição, para ser crime basta que o fato seja típico e antijurídico. A culpabilidade seria mero juízo de reprovação a ser aplicado à certeza de ter ocorrido o crime. (CAPEZ, 2006).

Independente de qual teoria adotada, é a análise da culpabilidade, que indicará se haverá punição efetiva mediante aplicação da pena (MOURA, 2009). Portanto, segundo Fernando Capez (2006), para que um crime possa ser considerado culpável e seu agente punido, depende-se do Código Penal que esse agente, ao tempo do fato, deverá ser imputável, ter tido potencial consciência da ilicitude que cometeu e ter podido agir de forma diversa da que efetivamente agiu (exigibilidade de conduta diversa) (CAPEZ, 2006). Este regramento é importante de ser trazido tendo em vista que o índio poderá praticar crime, conforme as leis nacionais e ser apenado, também conforme as leis nacionais, como se verá.

3.3 Estatuto do Índio

Segundo o art. 56 do Estatuto do Índio, em caso de cometimento de infração penal, o índio será julgado e, se condenado, deverá ter sua pena atenuada conforme seu grau de integração, devendo, contudo, as penas serem cumpridas em regime especial de semiliberdade ou no órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do índio:

Art. 56 - No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Utilizando como fundamento o artigo supracitado, René Ariel Dotti (2011) conclui que o Estatuto do Índio reconhece a imputabilidade dos índios, afirmando, inclusive, haver inúmeros precedentes nesse raciocínio. Sobre a imputabilidade jurídica penal do indígena, isto é, a sua capacidade ou incapacidade de culpa, o autor informa que há entendimentos diversos na jurisprudência: a) quanto ao inadaptado, pode ser reconhecida a isenção de pena “pela possível existência de incapacidade psíquica na compreensão do que seja ou não ato ilícito”;

b) quanto ao aculturado, não se admite a isenção de pena quando se tratar de “índio integrado e adaptado ao meio civilizado”.

O art. 4º do Estatuto do Índio, por sua vez, descreve três graus de integração do índio:

Art. 4º - Os índios são considerados:

I - Isolados - quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se 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.

Nesse sentido, o que se extrai é que a intenção do Estatuto do Índio é que o julgador aplique a pena ao indígena, graduando-a conforme o seu grau de integração a sociedade. Porém, o mesmo estatuto, nos dizeres de Walter Claudius Rothenburg (2011), reconhece a capacidade de auto-regulação dos índios, o que representa um momento raro de abertura do Direito “Oficial” do Estado para outros ordenamentos jurídicos “Parciais”, no art. 57:

Art. 57 - Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Sobre isso, Walter Claudius Rothenburg (2011) relata uma interessante aplicação do art. 57 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), em que foi entendida que a pena aplicada ao indígena pela tribo era suficiente para isentá-lo da pena nacional: trata-se do caso do índio Basílio, que após haver assassinado outro índio, fora “preso” e “julgado” pela própria comunidade indígena à qual pertencia, recebendo as seguintes penas: 1) cavar a cova e enterrar o corpo da vítima; 2) ficar em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a comunidade achasse conveniente.

Na data do julgamento oficial pelo tribunal do júri, o índio Basílio estava há quase quatorze anos sem poder retornar ao convívio da comunidade indígena do Maturuca. Tendo sido formulado o seguinte quesito: o fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento? Todos os sete jurados responderam que sim, com o que reconheceram uma causa suprallegal de exclusão da culpabilidade.

O que se observa no art. 57 do Estatuto do Índio, entretanto, não parece ser um reconhecimento de auto-regulação, mas apenas a mera tolerância de aplicação das instituições próprias das tribos. Em momento algum o Estatuto do Índio deixa claro se a aplicação do art. 57 substituiria a aplicação do art. 56, ou seja, não está explícito no estatuto se as aplicações das penas das tribos têm o poder de substituir as penas das Leis Penais Nacionais.

O exemplo apontado, entretanto, apesar de ser apenas uma exceção, dá ensejo ao questionamento objeto deste estudo, qual seja: ao índio se aplica as leis nacionais penais ou, conforme apontado por Walter Claudius Rothenburg (2011), deve-se reconhecer a capacidade de auto-regulação dos índios?

Para Márcio Ricardo Gonçalves de Moura (2009), não resta dúvida de que o índio possa ser punido, devendo, entretanto, antes da punição, ser analisada a imputabilidade do mesmo:

Se ao tempo do fato o desenvolvimento do índio não lhe permitia compreender a natureza ilícita do fato, entendemos que, para efeitos penais, ele deverá ser considerado inimputável. Cabe ao julgador, com auxílio de perícias ou outros meios idôneos, aferir a imputabilidade do indígena levando em conta a natureza de suas diferenças.

Assim, para o citado autor, a questão resume-se em averiguar a imputabilidade do índio, ou seja, em analisar o índio conforme o art. 26 do Código Penal, não aplicando pena em caso de inimputabilidade:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

René Ariel Dotti (2011) concorda com Márcio Ricardo Gonçalves de Moura (2009), afirmando que o índio integrado à sociedade, inclusive alfabetizado, não pode ser considerado inimputável, de molde a excluir sua responsabilidade penal pela prática de ato delituoso. Cita, inclusive, um julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão que, rechaçando a tese do Procurador da FUNAI de que os réus eram inimputáveis, decidiu que a imputabilidade era “desprovida de fundamentos fáticos e jurídicos que a possam sustentá-la”. E enfatizou que é do conhecimento de todos que os índios, em sua grande maioria, encontram-se em vias de integração à sociedade e que fato de serem índios não exclui de maneira alguma suas responsabilidades criminais, principalmente se já estão aculturados.

Dotti (2011) concorda, ainda, quanto a inaplicabilidade da lei penal ao índio que não está integrado a sociedade, discordando, porém, de suas razões. Para Dotti (2011), na hipótese do silvícola ser mentalmente hígido não há que se falar em inimputabilidade. Esse entendimento implicaria submetê-lo ao regime de uma medida de segurança, conforme art. 97 do CP:

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Também seria errôneo, segundo Dotti (2011) considerar o indígena semi-imputável, conforme parágrafo único do art. 26 do Código Penal:

Art. 26- Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para ele, esse entendimento, rejeita certa orientação antiga da doutrina e da jurisprudência no sentido de atribuir ao indígena uma capacidade parcial quanto à compreensão do fato para sujeitá-lo ao tratamento do parágrafo único do art. 26 do CP. A semi-imputabilidade em tal hipótese não resulta de um processo cultural na formação do caráter e da personalidade mas, sim de um processo patológico: perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (DOTTI, 2011). Isso sujeitaria o índio também a medida de segurança, conforme art. 98 do Código Penal:

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Conclui, portanto, Dotti (2011) que a orientação cientificamente adequada é reconhecer a falta de consciência da ilicitude do fato e aplicar o art. 21 do Código Penal que prevê o erro inevitável sobre a ilicitude do fato:

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Ou, então, finaliza o autor, a solução seria a admissão de uma causa supra-legal de isenção de pena: a exclusão da culpabilidade do índio pela inexigibilidade de conduta diversa, vez que, o universo de características peculiares que envolvem a formação cultural e o cenário de usos e costumes da vida indígena, não permite a exigência de comportamento do índio segundo os princípios e as regras do tipo de civilização e de cultura para as quais é editada a Lei Penal. A propósito, o seguinte acórdão, julgando crime de dano qualificado na ação de um numeroso grupo de manifestantes indígenas, absolveu-os por considerar inexigível conduta diversa:

“Apesar de comprovada a configuração de fatos que implicaram a concretização do crime de dano qualificado, na medida em que houvera a ação de um numeroso grupo de manifestantes indígenas, alguns dos quais munidos com armas de fogo, com vistas a obstar a implementação de projeto aprovado e custeado com recursos da FUNAI, tendo havido a subtração e destruição de materiais que seriam empregados na obra, a intenção dos agentes envolvidos no delito não autoriza a aplicação da pena. As razões motivadoras de agir dos índios, que se apresentam coerentes com o seu instinto de preservação, externado em defesa dos seus interesses e das prioridades traçadas pela sua comunidade, os quais, ao seu ver, teriam sido mitigados, e atestada pericialmente a sua inimputabilidade, não há como a presente persecução penal redundar em resultado outro que não o absolutório”.

No mesmo sentido que Dotti (2011), Walter Claudius Rothenburg (2011) afirma que apesar de, no âmbito criminal, a incompreensão do índio em relação a sociedade permitir o enquadramento do mesmo em causa de exclusão de culpabilidade e o Estatuto do Índio determinar a atenuação da pena no art. 56, é descabido tal situação, pois se o índio é completamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o juiz não poderá aplicar pena alguma, aduzindo: “A ignorância do índio em relação à norma incriminadora e/ou ao “injusto” pode, em caso extremo, assumir contornos de erro de proibição inevitável [...]”

No entanto, a Constituição consagra a existência de áreas de reserva da cultura indígena ao declarar que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários das terras que tradicionalmente ocupam (art. 231 da CF), e o Estatuto do Índio, por sua vez, em seu art. 6º manda respeitar “os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos”. Um corolário lógico deste raciocínio se contém no art. 57 do Estatuto do Índio, que sustenta a possibilidade de se aplicar as práticas da justiça indianista aos membros de sua comunidade que ofenderem

os seus interesses e bens, mesmo que as punições não estejam previstas nos catálogos legais das populações civilizadas. Assim, para Dotti (2011) em face do reconhecimento de uma cultura própria dos índios, pode-se afirmar que o art. 57 do Estatuto do Índio foi recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Por fim, Walter Claudius Rothenburg (2011), conclui que contra uma perspectiva de integração à sociedade envolvente, prega-se o direito do índio e de sua comunidade à diferença. Juridicamente, não se sustenta a atribuição de uma capacidade relativa e condicionada nem no âmbito civil, nem no criminal. Devem ser reconhecidas disposições normativas peculiares, nos moldes do disposto no art. 57 do Estatuto.

4 LIMITES PARA A APLICAÇÃO DAS NORMAS DA TRIBO

Conforme demonstrado, o art. 231 da CR/88 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Entretanto alguns desses costumes violam direitos fundamentais e direitos humanos. Como exemplo tem-se o infanticídio indígena²¹ no Brasil, que passou a ter maior destaque na esfera pública brasileira a partir de 2005, com a exibição de matérias jornalísticas em diversos veículos da imprensa²². O termo infanticídio para os indígenas consiste em matar crianças e adolescentes, por isso não é utilizado em seu sentido técnico-jurídico (RODRIGUES, 2011), pois, nos termos do art. 123 do Código Penal, infanticídio é:

Infanticídio

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Assim, ante a preocupação de compatibilidade entre práticas e costumes tradicionais indígenas, especialmente com relação ao infanticídio indígena, e os direitos fundamentais e direitos humanos, surgiram várias propostas legislativas, dentre elas, a alteração do art. 231 da CR/88 (PEC 303/08), o Projeto de Lei nº 1057/2007, dois substitutivos para o art. 54 do Estatuto do Índio.

Com a proposta de alteração do art. 231 da CR/88 (PEC 303/08) o *caput* do art. 231 da CR/88 passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 231. São reconhecidos aos índios, **respeitada a inviolabilidade do direito a vida, nos termos do art. 5º desta Constituição**, 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.

O enunciado, então, visa estabelecer uma relação de hierarquia direta entre o direito à vida, estabelecido no *caput* do art. 5º da CR/88, e do direito a proteção dos costumes indígenas, estabelecido no art. 231 da CR/88.

O Deputado Pompeu de Matos, autor da PEC 303/08, justifica dizendo que:

²¹ O termo não é utilizado em seu sentido técnico-jurídico pois, nos termos do art. 123 do Código Penal, o tipo infanticídio consiste exclusivamente em “matar, sob a influencia do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”.

²² Como o programa “Fantástico”, da Rede Globo, além de reportagens no jornal Folha de São Paulo, na revista Istoé e em diversos outros veículos.

(...) a atual redação do caput do art. 231 da Constituição Federal, por não reforçar a aplicabilidade do disposto no art. 5º relativamente à inviolabilidade do direito à vida, dá margem ao entendimento de que práticas de homicídio em contexto étnico-cultural específico, tais como infanticídio, são aceitas por nosso ordenamento constitucional (...)

Contrapondo o entendimento do Deputado Pompeu de Matos, o Deputado Regis de Oliveira, apresentou parecer pela inadmissibilidade da proposta, entendendo que a proposta é inconstitucional, por violar cláusula pétrea da Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, IV, restringiria os direitos e garantias essenciais assegurados aos índios, no art. 231 da CR.

Concluindo que “a prática do infanticídio faz parte da cultura dos silvícolas brasileiros, por se tratar de uma norma de comportamento, relacionada à sobrevivência do grupo, fundada nas suas crenças e tradições”. Diz também sobre a total autonomia dos índios para estabelecer seu próprio sistema de punições aos membros da tribo que transgridam as normas comunitárias, entendendo que tais sanções poderiam envolver punições de caráter cruel, infamante ou mesmo a morte, e considerando inconstitucional a vedação dessas modalidades punitivas do já mencionado art. 57 do Estatuto do Índio.

O Projeto de Lei nº 1057/2007, que constituiria legislação autônoma, foi apresentado, objetivando coibir práticas violadoras de direitos fundamentais, tendo como foco principal o infanticídio praticado por alguns povos indígenas, como os Suruwahá, os Yanomami e os Tapirapés. Dentre as suas mediadas trazia a responsabilização penal de todo aquele que tenha conhecimento de situações de risco, nos seguintes termos:

Art. 4º. É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em caso de descumprimento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Art. 5º. As autoridades descritas no art. 3º respondem, igualmente, por crime de omissão de socorro, quando não adotem, de maneira imediata, as medidas cabíveis.

Logo após, foram apresentados substitutivos para o Projeto de Lei, nos quais as alterações se inseririam no próprio Estatuto do Índio, ao invés de constituírem legislação autônoma como originalmente apresentado.

Um dos substitutivos foi apresentado, com teor significativamente diverso:

Art. 1º Acrescente-se o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973:

Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais

estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos competentes a realização de campanhas pedagógicas permanentes nas tribos que, dentro de seus conhecimentos tradicionais, se utilizem das seguintes práticas:

I – homicídios de recém-nascidos, independentes da motivação;

II – homicídio de crianças;

III – atentado violento ao pudor ou estupro;

IV – maus tratos;

V – agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores, por meio de manifestações culturais e tradicionais que, culposa ou dolosamente configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

Em 01/06/2011, novo substitutivo foi apresentado:

Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas:

I – infanticídio;

II - atentado violento ao pudor ou estupro;

III - maus tratos;

IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores.

Importante salientar, que as audiências públicas acerca do tema, contaram com a presença da bancada evangélica, representantes da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), FUNASA (Fundação Nacional de Saúde), lideranças indígenas, missionários da JOCUM (Jovens Com Uma Missão), da ONG ATINI, de antropólogos e de pesquisadores de outras áreas.

5 CONCLUSÃO

O assunto pesquisado foi a problematização quanto à aplicação das leis nacionais aos povos indígenas, tendo em vista que representam uma nação diferente dentro do Estado Brasileiro, ainda que tenha ele a forma de um Estado Nacional. O tema se mostra relevante não só para o Direito, mas para todos nós, haja vista que o índio é um dos elementos básicos na formação multicultural do povo brasileiro.

No segundo capítulo, ficou demonstrado que os índios são uma organização pautada numa cultura própria, partindo-se de pressupostos diferenciados aos dos emanados pelo Estado Nacional.

O terceiro capítulo demonstrou a tutela do índio no Brasil, reconhecendo a Constituição Brasileira, a legislação infraconstitucional e também os documentos internacionais a necessidade de proteger os indígenas. Assim, o Estado Brasileiro saiu do paradigma da integração, que objetivava integrar e aculturar o índio conforme a sociedade majoritária, adotando o paradigma da interação, no qual, assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, que se funda na garantia do direito à diferença.

O terceiro capítulo foi subdividido em três partes e demonstrou que o Código Civil de 1916 adotou indevidamente a confusão entre tutela, no sentido de um regime especial de proteção, e de incapacidade, e o Código Civil de 2002 continua reticente com relação à capacidade dos índios, que não é reconhecida incondicionalmente, mas que “será regulada por legislação especial”. Assim, o Estatuto do Índio, ainda que anterior ao Código, disciplina o tema, pois é lei especial em vigor.

Nele, em virtude da recepção, será válido tudo aquilo que não conflite com a Constituição de 1988. E para compreender a extensão da capacidade civil do índio é preciso considerar a descrição que o Estatuto do Índio faz em isolados, semi-integrados e integrados.

Ficou demonstrado que nas normas do índio, regra geral, não há distinção entre dolo e culpa, na infração levam-se em consideração, as consequências e não a vontade do infrator, sendo, portanto, uma teoria totalmente diferente da teoria do crime do Código Penal, que defende uma concepção tripartida ou uma concepção bipartida.

Já, no âmbito do Estatuto do Índio, ficou demonstrado que ante o universo de características peculiares que envolve a formação cultural e o cenário de usos e costumes da vida indígena, não se pode exigir do índio o comportamento segundo os princípios e as regras de outro tipo de civilização e de cultura para as quais é editada a Lei Penal.

No quarto capítulo, ficaram demonstradas as propostas de alteração via poder legislativo que surgiram para resolver o problema de práticas indígenas violadoras de direitos fundamentais, em especial, o infanticídio.

Portanto, no âmbito da cultura a interpretação/aplicação das normas jurídicas pertinentes deve levar em alta conta o pluralismo, a possibilidade de convivência, o menor sacrifício razoável, tendo em vista as exigências de um regime democrático, preocupado com a proteção das minorias (ROTHENBURG, 2011).

A necessidade de se reconhecer verdadeiramente a diversidade do índio dentro do “Estado Democrático de Direito” sob pena de se extirpar toda a sua cultura de um modo indireto, fazendo com que o núcleo étnico não tenha legitimidade dentro deste Estado que é também um “Estado Plurinacional”. (MACHADO, 2011, artigo não publicado).

Sendo, então, necessário assegurar a pluralidade do Estado brasileiro na perspectiva étnica e cultural, tal como constitucionalmente determinada sob o ponto de vista das diferenças existentes entre as sociedades indígenas e as não-indígenas, quanto sob o ponto de vista das diferenças entre as muitas sociedades indígenas que vivem no Brasil.

No que se refere à classificação dos índios prevista no art. 4º do Estatuto do Índio em isolados, em vias de integração e integrados, entende-se que acaba aproximando o índio da sociedade civilizada, gerando assim, uma abertura para a aplicação da Lei Penal e uma negativa à diversidade de cultura no Estado.

Em fim, por todos os raciocínios expostos, conclui-se, fazendo uma hermenêutica sistemática dos art. 215, § 1º e 231 da CR/88, que não houve a recepção do art. 4º e 56 do Estatuto do Índio e, conseqüentemente, as normas penais, ainda que regradas por estes, não podem ser aplicadas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, André. **Povos Indígenas: quem são e o que reivindicam os índios do Brasil.** Povos Indígenas, saúde e educação, Rio de Janeiro, 2011, n. 18, p. 2 - 4, jul/ago. 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 535 p.

ÁVILA, Thiago. **Biopirataria e os Wapichama: etnografia sobre a bioprospecção e o acesso aos recursos genéticos na Amazônia brasileira.** Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília, v.3, n.1/2, p.225-260, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/projetos/Planoeditorial/Pdf/REP3-2-1/08Biopirataria-e-os-Wapichana-Thiago-Avila.pdf>. Acessado em 10/11/12.

BARRETO, Helder Girão. **As Disputas sobre direitos indígenas.** R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 63-69, jul./set. 2003. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/565/745>. Acesso em: 13 de maio de 2012.

BERTOLAZZI, Camila. **Costumes e tradições.** Publicado no Itu, quarta-feira, 16 de abril de 2008. Disponível em: http://www.itu.com.br/conteudo/detalhe.asp?cod_conteudo=13443&adm=1. Acesso em: 25/08/12.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** In: VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 2003 p.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm >. Acesso em: 08 abr. 2012.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm >. Acesso em: 08 abr. 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm >. Acesso em: 08 abr. 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 de setembro de 1946.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm >. Acesso em: 08 abr. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1967.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm >. Acesso em: 08 abr. 2012.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 02/11/12.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. **Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10/11/12.

_____. Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002. **Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4412.htm. Acesso em: 10/10/12.

_____. **Emenda Constitucional nº 1/ 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 08 abr. 2012.

_____. **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI)**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.html>. Acesso em: 21 de maio de 2012.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Os indígenas no Censo Demográfico 2010, primeiras considerações com base no quesito cor ou raça**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 29/09/12.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 09/11/12.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10/11/12.

_____. Lei nº 10.558, de 13 de novembro de 2002. **Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10558.htm. Acesso em: 10/10/12.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 10/10/12.

_____. Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999. **Acrescenta dispositivos à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19836.htm. Acesso em: 10/10/12.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: 10/10/12.

_____. Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. **Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso em 12/10/12.

_____. Proposta de Emenda à Constituição nº 303 de 2008. **Altera o caput do art. 231 da Constituição Federal.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=612809&filename=PEC+303/2008. Acesso em: 10/11/12.

_____. Projeto de Lei nº 1057 de 2007. **Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=459157&filename=PL+1057/2007. Acesso em: 10/11/12.

_____. Resolução nº 9 de 18 de dezembro de 2003. **Estabelece diretrizes para a obtenção de Anuência Prévia para o acesso a componente do patrimônio genético situado em terras indígenas, em áreas privadas, de posse ou propriedade de comunidades locais e em Unidades de Conservação de Uso Sustentável para fins de pesquisa científica sem potencial ou perspectiva de uso comercial.** Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/res9.pdf. Acesso em: 10/10/12.

_____. Substitutivos ao Projeto de Lei nº 1057 de 2007. **Acrescenta o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 que dispõe sobre o Estatuto do Índio.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=587656&filename=SBT+1+CDHM+%3D%3E+PL+1057/2007 e http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=664646&filename=SBT+2+CDHM+%3D%3E+PL+1057/2007. Acesso em: 10/11/12.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **A Constituição na Visão dos Tribunais.** São Paulo: Saraiva, 1997. 1650 p.

CAMPOS, Aparecida de Fátima Castro; RIBEIRO, Regina Célia Reis; VAZ, Virginia Alves (Coord.). **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos.** 3. ed. Formiga: UNIFOR/MG, 2011. 60 p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo.** 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1572 p.

DOTTI, René Ariel. **A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão.** RCP 10/287. Disponível em <http://www.revistasrtonline.com.br/portallrt/docview/doutrina/docrevistacienciaspenais>. Acesso em: 31/01/2011

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 424 p.

FILHO, Roberto Lemos dos Santos. **Índios, convenção 169/OIT e meio ambiente.** Revista CEJ, Brasília, v. 10, n. 33, p. 16-21, abr./ jun. 2006. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/709>. Acesso em: 13 de maio de 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas.** 2. ed. Atual. Conforme as normas NBR 6.023:2003, NBR 6.034:2004, NBR 12.225:2004 e NBR 14.724:2005. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, 216 p.

GUSTIN, Miracy B. de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 2. ed. Rev., Ampl. e Atualizada pela BBR 14.724 e Atualizada pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 252 p.

JOAQUIM, Dorvalino Kógjá. **Armadilhas Kaingang.** São Paulo: Curt Nimuendajú, 2008. 60 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1024 p.

LOPES, Camila Pessoa. **A propriedade intelectual nas comunidades tradicionais e indígenas.** Revista Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2798/a-propriedade-intelectual-nas-comunidades-tradicionais-e-indigenas>. Acesso em 16/08/2012.

MACHADO, Nélida Reis Caseca. **O artigo 57 do Estatuto do Índio sob a perspectiva da plurinacionalidade.** Artigo não publicado.

_____. **A proteção às comunidades étnicas: do locus de elas para o locus do nós.**

Trabalho desenvolvido no Grupo de Pesquisa e Estudos em Direitos Humanos (GEDH) da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG), no âmbito do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da mesma Instituição, sob a orientação da Profa. Dra Liliana Lyra Jubilut. Disponível em:

<http://www.fdsu.edu.br/IniciacaoCientifica/anaispdf/Banner%20N%C3%A9lida.pdf>. Acesso em 29/10/12.

MITIDIÉRI, Leandro. **Remanescentes de quilombos, índios, meio ambiente e segurança nacional: ponderação de interesses constitucionais.** Disponível em:

http://www.cpis.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeadroMitidieri.pdf. Acesso em: 11/08/12.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2010. 922 p.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2001. 512 p.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 659 p.

MOURA, Márzio Ricardo Gonçalves de. **Uma análise atual da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros**. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 45, p.70-76, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1166/1261>. Acessado em: 13 de maio de 2012.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; NETO, Paulo de Mesquita. **Programa Nacional de Direitos Humanos: avaliação do primeiro ano e perspectivas**. Estud. Av. vol. 11 n° 30 São Paulo May/Aug. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200009. Acesso em: 13 de maio de 2012.

PORTELA, Fernando; MINDLIN, Betty. **A questão do índio**. 5. ed. São Paulo: Ática S.A, 1994. 36 p.

PORTO, Alexandre Vidal. Folha de São Paulo, São Paulo, sábado, 27 de outubro de 2012. **Cultura não é destino**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/74401-cultura-nao-e-destino.shtml>. Acesso em: 29/10/12.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo – uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil**. Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito - FD, Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/9871/1/2011_GuilhermeScottiRodrigues.pdf . Acesso em: 10/10/2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Índios e seus direitos constitucionais na democracia brasileira**. RCDI 60/281. Disponível em: <http://www.revistasrtonline.com.br/portalartr/docview/doutrina/docrevistadireitoconstitucional> >. Acesso em: 31/01/2011

SILVA, Aracy Lopes da. **Índios**. São Paulo: Ática S.A, 1998. 39 p.

SILVA, Aracy Lopes da (Org.); GRUPIONI, Luíz Donisete Benzi (Org.). **A Temática Indígena na Escola**. São Paulo: Global Editora, 1998. 575 p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 1027 p.

ANEXO A – Convenção 169 da OIT

DECRETO Nº 5.051, DE 19 DE ABRIL DE 2004.

Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional, em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação

Brasília, 19 de abril de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Celso Luiz Nunes Amorim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 20.4.2004

CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho e tendo ali se reunido a 7 de junho de 1989, em sua septuagésima sexta sessão;

Observando as normas internacionais enunciadas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais, 1957;

Lembrando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação;

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão freqüentemente;

Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais;

Observando que as disposições a seguir foram estabelecidas com a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e da Organização Mundial da Saúde, bem como do Instituto Indigenista Interamericano, nos níveis apropriados e nas suas respectivas esferas, e que existe o propósito de continuar essa colaboração a fim de promover e assegurar a aplicação destas disposições;

Após ter decidido adotar diversas propostas sobre a revisão parcial da Convenção sobre populações Indígenas e Tribais, 1957 (n.º 107), o assunto que constitui o quarto item da agenda da sessão, e

Após ter decidido que essas propostas deveriam tomar a forma de uma Convenção Internacional que revise a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957, adota, neste vigésimo sétimo dia de junho de mil novecentos e oitenta e nove, a seguinte Convenção, que será denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989:

PARTE 1 - POLÍTICA GERAL

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como conseqüência dessas medidas especiais.

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

- a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;
- b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;
- c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de

desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Artigo 11

A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povos interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

PARTE II - TERRAS

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.
2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser translados das terras que ocupam.
2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.
3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.
4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os

casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

Artigo 17

1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos.

2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

Artigo 18

A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

Artigo 19

Os programas agrários nacionais deverão garantir aos povos interessados condições equivalentes às desfrutadas por outros setores da população, para fins de:

- a) a alocação de terras para esses povos quando as terras das que dispunham sejam insuficientes para lhes garantir os elementos de uma existência normal ou para enfrentarem o seu possível crescimento numérico;
- b) a concessão dos meios necessários para o desenvolvimento das terras que esses povos já possuam.

Artigo 20

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes ao povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:

a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;

b) remuneração igual por trabalho de igual valor;

c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;

d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:

a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão-de-obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem;

b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;

c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;

d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o acossamento sexual.

4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção.

INDÚSTRIAS RURAIS

Artigo 21

Os membros dos povos interessados deverão poder dispor de meios de formação profissional pelo menos iguais àqueles dos demais cidadãos.

Artigo 22

1. Deverão ser adotadas medidas para promover a participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional de aplicação geral.

2. Quando os programas de formação profissional de aplicação geral existentes não atendam as necessidades especiais dos povos interessados, os governos deverão assegurar, com a participação desses povos, que sejam colocados à disposição dos mesmos programas e meios especiais de formação.

3. Esses programas especiais de formação deverão estar baseado no entorno econômico, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas dos povos interessados. Todo levantamento neste particular deverá ser realizado em cooperação com esses povos, os quais deverão ser consultados sobre a organização e o funcionamento de tais programas. Quando for possível, esses povos deverão assumir progressivamente a responsabilidade pela organização e o funcionamento de tais programas especiais de formação, se assim decidirem.

Artigo 23

1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autosuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades.

2. A pedido dos povos interessados, deverá facilitar-se aos mesmos, quando for possível, assistência técnica e financeira apropriada que leve em conta as técnicas tradicionais e as características culturais desses povos e a importância do desenvolvimento sustentado e equitativo.

Artigo 24

Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.

Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

PARTE VI - EDUCAÇÃO E MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Artigo 26

Deverão ser adotadas medidas para garantir aos membros dos povos interessados a possibilidade de adquirirem educação em todos os níveis, pelo menos em condições de igualdade com o restante da comunidade nacional.

Artigo 27

1. Os programas e os serviços de educação destinados aos povos interessados deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles a fim de responder às suas necessidades particulares, e deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas as demais aspirações sociais, econômicas e culturais.

2. A autoridade competente deverá assegurar a formação de membros destes povos e a sua participação na formulação e execução de programas de educação, com vistas a transferir progressivamente para esses povos a responsabilidade de realização desses programas, quando for adequado.

3. Além disso, os governos deverão reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação, desde que tais instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos. Deverão ser facilitados para eles recursos apropriados para essa finalidade.

Artigo 28

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.

2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.

3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas.

Artigo 29

Um objetivo da educação das crianças dos povos interessados deverá ser o de lhes ministrar conhecimentos gerais e aptidões que lhes permitam participar plenamente e em condições de igualdade na vida de sua própria comunidade e na da comunidade nacional.

Artigo 30

1. Os governos deverão adotar medidas de acordo com as tradições e culturas dos povos interessados, a fim de lhes dar a conhecer seus direitos e obrigações especialmente no referente ao trabalho e às possibilidades econômicas, às questões de educação e saúde, aos serviços sociais e aos direitos derivados da presente Convenção.

2. Para esse fim, dever-se-á recorrer, se for necessário, a traduções escritas e à utilização dos meios de comunicação de massa nas línguas desses povos.

Artigo 31

Deverão ser adotadas medidas de caráter educativo em todos os setores da comunidade nacional, e especialmente naqueles que estejam em contato mais direto com os povos interessados, com o objetivo de se eliminar os preconceitos que poderiam ter com relação a esses povos. Para esse fim, deverão ser realizados esforços para assegurar que os livros de História e demais materiais didáticos ofereçam uma descrição equitativa, exata e instrutiva das sociedades e culturas dos povos interessados.

PARTE VII - CONTATOS E COOPERAÇÃO ATRAVÉS DAS FRONTEIRAS

Artigo 32

Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente.

PARTE VIII – ADMINISTRAÇÃO

Artigo 33

1. A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se assegurar de que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.

2. Tais programas deverão incluir:

- a) o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados, das medidas previstas na presente Convenção;
- b) a proposta de medidas legislativas e de outra natureza às autoridades competentes e o controle da aplicação das medidas adotadas em cooperação com os povos interessados.

PARTE IX - DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 34

A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para por em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país.

Artigo 35

A aplicação das disposições da presente Convenção não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos povos interessados em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis, laudos, costumes ou acordos nacionais.

PARTE X - DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 36

Esta Convenção revisa a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957.

Artigo 37

As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Artigo 38

1. A presente Convenção somente vinculará os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.
2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após o registro das ratificações de dois Membros por parte do Diretor-Geral.
3. Posteriormente, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após o registro da sua ratificação.

Artigo 39

1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro.
2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo parágrafo precedente dentro do prazo de um ano após a expiração do período de dez anos previsto pelo presente Artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao expirar cada período de dez anos, nas condições previstas no presente Artigo.

Artigo 40

1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações, declarações e denúncias que lhe sejam comunicadas pelos Membros da Organização.
2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido comunicada, o Diretor-Geral chamará atenção dos Membros da Organização para a data de entrada em vigor da presente Convenção.

Artigo 41

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário - Geral das Nações Unidas, para fins de registro, conforme o Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, as informações completas referentes a quaisquer ratificações, declarações e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os Artigos anteriores.

Artigo 42

Sempre que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá sobre a oportunidade de inscrever na agenda da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 43

1. Se a Conferência adotar uma nova Convenção que revise total ou parcialmente a presente Convenção, e a menos que a nova Convenção disponha contrariamente:
 - a) a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará de pleno direito, não obstante o disposto pelo Artigo 39, supra, a denúncia imediata da presente Convenção, desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;
 - b) a partir da entrada em vigor da Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta à ratificação dos Membros.
2. A presente Convenção continuará em vigor, em qualquer caso em sua forma e teor atuais, para os Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Artigo 44

As versões inglesa e francesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas.