



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL
APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CONSELHO
DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

INFORME N. 01/2021 - AJUR/APIB

EMENTA: RESOLUÇÃO N. 4, DE 22 DE JANEIRO DE 2021, DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI. DIREITO CONSTITUCIONAL À AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS. DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS. ATO ADMINISTRATIVO QUE ATENTA CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS.

A Coordenação Executiva da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, solicitou informação a respeito da Resolução n. 4, de 22 de janeiro de 2021, da Fundação Nacional do Índio - Funai.

Pois bem,

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), tomou conhecimento no dia 25 de janeiro de 2021, por intermédio de publicações oficiais do governo federal e dos veículos de imprensa nacional, a publicação da Resolução n. 4, de 22 de janeiro de 2021, da Fundação Nacional do Índio - Funai.

A FUNAI, alega que a decisão de alterar os critérios a respeito da autodeclaração presentes na resolução publicada foi tomada com respaldo em pareceres jurídicos da procuradoria especializada e, que o procedimento “respeitou” o ordenamento jurídico, prezando pelo princípio da legalidade e observância da impessoalidade e moralidade administrativa na execução dos seus trabalhos.

Entretanto, a Fundação, ao que parece ter esquecido de consultar os maiores interessados na matéria, os povos indígenas, violou tratados internacionais que o Brasil é signatário. Os critérios previstos na normativa são, *in verbis*:

- I) Vínculo histórico e tradicional de ocupação ou habitação entre a etnia e algum ponto do território soberano brasileiro;
- II) Consciência íntima declarada sobre ser índio (autodeclaração);
- III) Origem e ascendência pré-colombiana (existente o item a, haverá esse requisito aqui assinalado, uma vez que o Brasil se insere na própria territorialidade pré-colombiana);
- IV) Identificação do indivíduo por grupo étnico existente, conforme definição lastreada em critérios técnicos/científicos, e cujas características culturais sejam distintas daquelas presentes na sociedade não índia

A resolução tem como finalidade “*definir novos critérios específicos de heteroidentificação que serão observados pela FUNAI, visando aprimorar a proteção dos povos e indivíduos indígenas, para execução de políticas públicas.*” Simplificando, **de modo unilateral**, a FUNAI extrapola seus limites legais de atuação ao elaborar critérios jurídicos para definir quem é ou não indígena, em total desacordo com o **princípio da vedação do retrocesso, e com a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho.**

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 842) defende que a violação de um princípio é muito mais grave e prejudicial do que a transgressão de uma regra, essa violação implica numa subversão dos valores fundamentais do sistema jurídico. Para o autor, os princípios são:

“Mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas opondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

Segundo os ensinamentos de Canotilho "efeito *cliquet*" dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios".

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo no 639.337, em que se discutia o direito da criança de até cinco anos de idade receber atendimento em creche e pré-escola, o STF estabeleceu um conceito a respeito do tema:

“O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - a cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) Traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo estado. [...] em consequência desse princípio, o estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados”.

A Fundação Nacional do Índio, ao publicar tal medida, reforça para a política indigenista brasileira atual, heranças coloniais que entendemos estar superadas, juridicamente, politicamente e conceitualmente. Não cabe a instituição sob a argumentação de “aprimorar” e “proteger” a execução de políticas públicas para povos indígenas, limitando os sujeitos que terão acesso a elas, portanto, ao expedir o ato administrativo, a FUNAI limita o acesso aos direitos dos povos indígenas, estando em absoluto descompasso com os motivos institucionais da própria Fundação, que seriam:

Art. 2º A FUNAI tem por finalidade:

I - Proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União;

II - Formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:

a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;

b) respeito ao cidadão indígena e às suas comunidades e organizações;

c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;

d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los;

e) garantia da proteção e da conservação do meio ambiente nas terras indígenas;

f) garantia da promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas;

g) garantia da participação dos povos indígenas e das suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas públicas que lhes digam respeito;

Além do mais, a FUNAI desconsidera e ignora a realidade local de cada povo indígena, inserindo critérios universais que podem ter como consequência, a criação de obstáculos aos direitos de determinados povos indígenas do Brasil, violando diretamente o **Princípio da não discriminação**

dos povos indígenas. Essa resolução , nos traz preocupação, considerando que sua publicação vem justamente no início da vacinação contra a covid-19, podendo assim, limitar e prejudicar o processo de vacinação dos povos indígenas.

Nesse ínterim, é uma afronta e um retrocesso à conquista de direitos dos Povos Indígenas à sua autodeterminação consagrada na Constituição Federal em seu art. 231 e pela Convenção n. 169/OIT, art. 1º; pois abre o caminho para voltarmos ao *status quo* em que o Estado é quem vai definir quem é indígena e quem não é.

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. (BRASIL, 1988)

[...]

Art. 1º. 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. (OIT, 1989)

Portanto, o texto Constitucional de 1988 dedicou um capítulo específico aos povos indígenas, rompendo com o paradigma tutelar que antes operava sobre estes povos e modificando a forma de relacionamento do Estado brasileiro com os povos originários.

Ou seja, se antes os indígenas eram tutelados e considerados incapazes relativamente às práticas dos atos da vida civil, a Constituição outorgou-lhes o status de sujeitos plenos de direito, conferindo no art. 232 a capacidade de estarem em juízo defendendo seus direitos e interesses. Na mesma guinada, o *caput* do artigo 231 inaugurou o Estado pluriétnico ao reconhecer aos povos indígenas “sua organização social, línguas, crenças e tradições”.

Nesse contexto, torna-se necessário ressaltar que administração pública brasileira está sistematizada sobre o manto da fundamentação dos atos administrativos, existindo assim, um complexo arcabouço jurídico, que deve ser observado quando o Estado produz efeitos jurídicos aos seus administrados. Maria Sylvia Di Pietro (2009): *“Declaração do estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”*

Assim, sabe-se que o Estado possui a discricionariedade ao emitir determinadas decisões, mas esta nunca é total, pois geralmente a competência e a **finalidade são elementos que se encontram previstos na legislação**, ou seja, a administração pública brasileira ao promover e/ou propor alteração na política indigenista brasileira, deve observar as normas legais e princípios do ordenamento jurídico sobre a matéria, o que não foi feito no caso em tela.

Nessa perspectiva, ressalta-se que a legalidade não está centralizada única e exclusivamente na lei, os princípios e as garantias fundamentais existentes deveriam ter sido levados com consideração pela FUNAI ao publicar a resolução objeto dessa manifestação, na falta dessa análise dessa observância:

“Amplia-se a possibilidade de controle judicial porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Assim, falar hoje em princípio da legalidade significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2007, p. 23).”

Ante o exposto, é inescusável que o Estado brasileiro observe os princípios e as normas internas e internacionais sobre o tema ao legislar e/ou expedir decisões que afetem diretamente os povos indígenas do Brasil.

Ademais, existem outros mecanismos de proteção aos direitos indígenas dispostos em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Como exemplos, podemos citar a Convenção 169 da Organização

Internacional do Trabalho, que dispõe sobre os direitos dos povos indígenas e tribais, ratificada pelo Brasil em 2004; que reconhece a importância do conhecimento tradicional das populações indígenas para o desenvolvimento sustentável.

Assim, o Estado brasileiro deve adotar medidas para promover o direito dos povos indígenas conforme as previsões legais internacionais que o Brasil é signatário. A publicação da normativa da FUNAI promove uma crise de legitimidade das suas ações. O órgão indigenista oficial do Estado brasileiro, tem sistematicamente rompido com seu papel institucional e a legalidade de seus atos administrativos.

A Carta das Nações Unidas quanto os pactos de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais, assim como a Declaração e Programa de Ação de Viena, estabeleceram o direito dos povos à autodeterminação. Uma de suas manifestações é o direito dos povos indígenas **a determinar livremente sua condição política** e a buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Para assegurar que o desfrute desse direito seja efetivo, os Estados devem garantir aos povos indígenas ao menos o seguinte:

1. **Autonomia ou autogoverno nos assuntos internos e locais;**
2. Disposição de recursos para financiar suas funções autônomas;
3. Reconhecimento formal das instituições tradicionais e de sistemas próprios de justiça;
4. Reconhecimento do direito a determinar e a elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento de suas terras ou territórios, assim como dos recursos naturais que neles se encontram;
5. Obrigatoriedade de serem consultados antes de decisões que possam afetá-los;
6. Obrigatoriedade de se obter seu consentimento antes da execução de projetos ou planos de investimento que possam causar impacto maior em seu povo;

7. Participação ativa na determinação dos programas de saúde e de habitação e nos demais programas econômicos e sociais que os afetem;
8. **Participação plena e efetiva na vida pública.**

Nesse sentido, observa-se que a participação indígena nas decisões políticas e jurídicas que lhes afetem, requer necessariamente uma ampla participação dos interessados, o que não foi posto no caso concreto. A princípio, a instituição tem gerido a política indigenista brasileira de forma a excluir a participação indígena em suas decisões, isso tem instaurado um sistêmico mal-estar entre a entidade e o movimento indígena brasileiro, isso tem colocado em risco diretamente a identidade cultural e a própria vida dos povos indígenas do Brasil.

Observa-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe a figura do bloco de constitucionalidade composto pelas normas expressamente constantes da Constituição Federal, além daquelas previstas nos tratados internacionais sobre direitos humanos – aprovados com quórum exigido, dos princípios e dos direitos fundamentais implícitos.

As desigualdades históricas estabelecidas entre os povos indígenas e os não indígenas é mitigada por meio do aparato normativo que estrutura o ordenamento jurídico brasileiro. O direito internacional, por sua vez, possui uma relação peculiar com a ordem interna. A sua força vinculante depende de alguma anuência expressa por parte do Estado. Para que as normas internacionais vigorem no direito brasileiro, existem procedimentos específicos para tanto, os quais incluem desde a manifestação da República Federativa do Brasil para aderir a pactos, acordos ou convenções internacionais, até trâmites pertinentes ao processo legislativo federal. Para além da esfera estritamente jurídica, o direito internacional abre um campo de disputas políticas na área internacional. Os compromissos públicos assumidos pelos Estados são passíveis de serem cobrados diante da comunidade internacional, o que suscita, no mínimo, constrangimentos acerca de determinadas condutas que poderiam ser reprováveis.

Uma vez ratificada uma norma internacional, elas se tornam padrões de avaliação no que tange ao controle de convencionalidade das leis e outros atos normativos ou administrativos das instituições estatais, além de servirem como parâmetro exigível para limitar ações da sociedade civil, em eficácia horizontal, especialmente quando se trata de matéria em direitos humanos. Nisto reside a importância do direito internacional para estabelecer padrões normativos capazes de referenciar os Estados em suas políticas públicas indigenistas, bem como na relação estabelecida com seus povos originários. E por se tratarem de normas que versam sobre direitos fundamentais e direitos humanos, dispõem de caráter supralegal conforme jurisprudência atual da Corte Constitucional; além de estarem no centro do debate teórico sobre a composição do chamado bloco de constitucionalidade, uma vez que:

"Nessa toada, é de se compreender que os direitos oriundos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sendo materialmente constitucionais se somam e equiparam aos direitos fundamentais sediados formalmente na Constituição. Todos eles, no entanto, podem e devem, por força do disposto no Art. 5º, § 2º, da CRFB, serem considerados direitos materialmente constitucionais" (FACHIN, GODOY, DALLEDONE, FORTES, 2018, p. 294).

Diante disso, os tratados internacionais que tratem de matéria relacionada aos direitos humanos, aprovado com o quórum previsto, adquiriram força constitucional, portanto, é inconcebível a forma em que a FUNAI vem tomando suas decisões jurídicas e políticas, por estarem em desconformidade com a Constituição Federal.

A perspectiva colonial na tomada de decisão da FUNAI, tem gerado um esgotamento em sua legitimidade política, porque é por meio dela que o Estado brasileiro vem implementando um projeto político de retirada e/ou invasão dos territórios tradicionais. É possível verificar que a instituição tem abandonado a defesa judicial de processos de demarcação de territórios

tradicionais e, conseqüentemente, deixado à deriva os direitos dos povos indígenas.

Portanto, o direito à identidade e à integridade cultural baseia-se no direito dos povos indígenas a determinar e proteger o sistema cultural e de valores sob o qual querem viver e não sofrer assimilação forçada ou destruição de sua cultura. Nesse sentido, a publicação da resolução traz em seu conteúdo uma posição tutelar da identidade cultural indígena.

Não é o Estado que deve definir critérios de quem é ou não indígena, baseados em métodos “técnicos” e “científicos” conforme está previsto no inciso IV da resolução. É uma prerrogativa única e exclusiva das comunidades indígenas, reconhecer seus pares. Tal medida está em total desarmonia com a Constituição Federal e com Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

Os tratados internacionais protegem o direito dos povos indígenas a participar na vida política, social e cultural do Estado e na adoção de decisões que afetem os seus direitos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou sobre o dever dos Estados de consultar, determinando que é necessário garantir a participação efetiva dos membros dos povos indígenas.

As disposições da Convenção nº 169 são de cumprimento obrigatório para os países que a ratificaram. Conseqüentemente, os Estados devem adaptar a legislação nacional para desenvolver a Convenção dentro de seus países. Isso implica revogar todas as regras que são contrárias à Convenção e adotar as que forem necessárias para implementá-la.

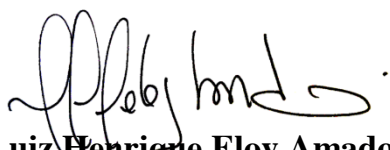
Apoiados nos estudos de Barth (1969), julgamos que as categorias étnicas são veículos para a organização social das diferenças. Nesse sentido, a FUNAI utiliza tais categorias para a justificar uma política indigenista que “proteja” os direitos dos povos indígenas, entretanto, ao fazê-la sem observar os princípios e normas internas e internacionais das quais o Brasil é signatário incorre numa política indigenista discriminatória.

Diante do exposto, a *Assessoria Jurídica da APIB* manifesta-se pela ilegalidade e inconstitucionalidade da Resolução n. 4, de 22 de janeiro de 2021,

da Fundação Nacional do Índio - Funai, opinando-se que a entidade acione o judiciário, seja por meio próprio ou através do Ministério Público Federal - MPF, com o fito de suspender a referida norma e ao final, ver declarado a sua nulidade.

É o parecer.

Brasília, 1º de fevereiro de 2021.



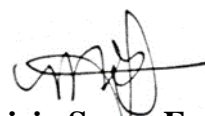
Luiz Henrique Eloy Amado
Advogado indígena Terena
OAB/MS 15.440



Samara Carvalho Santos
Advogada indígena Pataxó
OAB/BA 51.546



Keyla Francis de Jesus da Conceição
Advogada indígena Pataxó
OAB/DF 53.591



Mauricio Serpa França
Advogado indígena Terena
OAB/MS 24.060



Lucas Cravo de Oliveira
Advogado
OAB/DF 65.829

Nathaly Conceição Munarini Otero
Advogada
OAB/MS 22.451