



OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: DESAFIOS NO SÉCULO XXI

Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold (Orgs.)

Colaboradores

Adriele Fernanda Andrade Précoma
Alaim Giovani Fortes Stefanello
Ana Paula Liberato
Ana Paula Rengel Gonçalves
Ana Valéria Araújo
Camila Dias dos Reis
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Clarissa Bueno Wandscheer
Danilo Andreato
Gabriel Gino Almeida
Ingrid Giachini Althaus

Ivy Sabina Ribeiro de Moraes
João Luiz Dremiski
José Aparecido dos Santos
Kerlay Lizane Arbos
Leandro Ferreira Bernardo
Luciana Xavier Bonin
Marina Von Harbach Ferenczy
Priscila Lini
Priscila Viana Rosa
Raul Cezar Bergold
Theo Marés

Org. Carlos Frederico Marés de Souza Filho
e Raul Cezar Bergold

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

DESAFIOS NO SÉCULO XXI



Curitiba

2013

CEPEDIS

Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

www.direitosocioambiental.org

diagramação do miolo **LETRA DA LEI**



Al. Pres. Taunay, 130. Batel. Curitiba-PR.
CEP 80.250-210 - Fone: (41) 3223-5302.
contato@arteletra.com.br

S719d

Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold. – Curitiba : Letra da Lei, 2013.
354 p.

ISBN 978-85-61651-10-7

1. Direitos sociais - Brasil. 2. Povos indígenas - Brasil.
I. Título

CDU 316.349



SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
-----------------------	----------

PRIMEIRA PARTE UM ENFOQUE INTRODUTÓRIO

OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO	
Carlos Marés	13

SEGUNDA PARTE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	
José Aparecido dos Santos	35

A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E OS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS HUMANOS E SOCIOAMBIENTALISMO	
Leandro Ferreira Bernardo	59

A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	
João Luiz Dremiski e Priscila Lini	75

A PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	
Ana Paula Liberato e Ana Paula Rengel Gonçalves	97

O PROJETO DE UM NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS	
Alaim Giovani Fortes Stefanello e Luciana Xavier Bonin	115

DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	
Ana Valéria Araújo	139

TERCEIRA PARTE

**DIREITOS E POVOS INDÍGENAS:
OS PROBLEMAS ATUALMENTE ENFRENTADOS**

TERRAS INDÍGENAS	
Theo Marés	169

A MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS	
Kerlay Lizane Arbos e Priscila Viana Rosa	195

GESTÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS: DESAFIOS ESTRUTURAIS	
Clarissa Bueno Wandscheer e Ivy Sabina Ribeiro de Moraes	217

CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS	
Clarissa Bueno Wandscheer e Camila Dias dos Reis	237

TERRAS INDÍGENAS, UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO	
Adriele Fernanda Andrade Précoma, Gabriel Gino Almeida e Raul Cezar Bergold	263

QUARTA PARTE

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O PODER JUDICIÁRIO

UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL E DAS TERRAS OCUPADAS PELA ETNIA KRENAK	
Ingrid Giachini Althaus, Luciana Bonin e Marina Von Harbach Ferenczy	289

DIREITO À DIVERSIDADE LINGÜÍSTICA E ABANDONO DE PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI: O CASO VERÓN	
Danilo Andreato	309

PREFÁCIO

Esta obra teve seus artigos produzidos a partir de discussões iniciadas no ano de 2009, no âmbito de projeto de pesquisa “Os direitos dos povos indígenas no Brasil: os principais problemas e desafios a serem enfrentado no século XXI”, sob a coordenação do professor Carlos Frederico Marés. O projeto contou com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, que o selecionou a partir do Edital de Chamada MCT/CNPq 02/2009, formalizando o Processo nº 401174/2009-3.

O objetivo central do projeto de pesquisa proposto foi analisar criticamente a legislação brasileira sobre os direitos dos povos indígenas, assim como identificar os principais problemas enfrentados pelos indígenas do Brasil, apontando os desafios lançados ao Poder Público no sentido de promover a proteção do direito à terra que tradicionalmente ocupam, sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, conforme estabelece expressamente a Constituição Federal de 1988.

Para a concretização desse objetivo, foram realizadas reuniões periódicas do Grupo de Pesquisa “Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica”, cadastrado junto ao CNPq e que ficou responsável pela execução das pesquisas. Ao longo do tempo de vigência do projeto, foram promovidos debates sobre o tema, decorrendo daí a apresentação de trabalhos científicos em eventos, com posterior publicação, assim como a elaboração dos artigos desta obra.

O projeto permitiu um aprofundamento das discussões do grupo acerca do agravamento da crise socioambiental na modernidade, enfocando-se os problemas e desafios enfrentados pelos povos indígenas. Nesse aspecto, a partir de uma reflexão sobre a relação existente entre o ser humano, a natureza e o capital, pode-se observar a essência do capitalismo global, que exclui as perspectivas socioambientais de suas análises.

O transcurso do tempo tornou o lançamento deste trabalho ainda mais oportuno. O cenário atual aponta para uma forte tendência à criação de restrições para a efetivação dos direitos indígenas, sobretudo aqueles relacionados ao reconhecimento e à proteção de seus territórios, o que é essencial para a manutenção de sua organização social, seus costumes, suas crenças e culturas.

Nesse aspecto, destaca-se o advento da Portaria nº 303/2012 da Advocacia-Geral da União e a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 215. O primeiro instrumento, conquanto esteja com a sua vigência suspensa e seja absolutamente inconstitucional, produziu seus estragos ao, de forma maldosa, estender para fora da Terra Indígena Raposa Serra do Sol as condicionantes inventadas pelo Ministro Menezes Direito no julgamento da Petição nº 3.388-Roraima pelo Supremo Tribunal Federal. Houve recursos dessa decisão. Entre eles, questionava-se a validade das condicionantes para a própria TI Raposa Serra do Sol e a sua extensão para outras terras no país. Em outubro de 2013 a questão foi julgada, concluindo-se pela manutenção das condicionantes para a terra indígena tratada, mas deixando expresso que não seriam aplicáveis para as demais, havendo outros pontos de grande interesse e que merecem análise nessa última decisão.

A PEC nº 215, por sua vez, tem como proposta “acrescentar às competências exclusivas do Congresso Nacional a de aprovação da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como a ratificação das demarcações já homologadas”. O assunto ganhou evidência a partir da aprovação da PEC pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em abril de 2012. Desde então, tentou-se incluir a proposta na ordem do dia, sendo que, em setembro de 2013, decidiu-se pela criação de uma Comissão Especial para analisá-la. O objetivo claro da proposta merece cuidadosa análise, porque busca fazer prevalecer o ato de demarcação das terras indígenas sobre o direito originários que os povos indígenas têm às suas terras.

Concomitante a essa ofensiva do Estado, que através de seus três poderes manifesta uma posição anti-indígena, explodiram graves conflitos por todo o país. No Mato Grosso do Sul, envolvendo a demarcação de terras indígenas dos Terena e dos Guarani-Kaiowá; na região de Guaíra, no oeste do Paraná, onde os Avá-Guarani se reuniram em 13 aldeias para reivindicar a dita demarcação de terras; no sul da Bahia, com a reocupação, pelos Tupinambá, do território que sempre ocuparam, mas que aguarda a lenta demarcação pelo Poder Público; na região de Altamira, no Pará, por conta da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, onde o Estado ignorou a necessidade de realização de consulta prévia dos povos afetados, desrespeitando a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Existem vários outros exemplos recentes de violação dos direitos dos indígenas.

Esses casos perpetuam a histórica violência contra os povos indígenas que vivem no território brasileiro. Longe de superar os desafios com que se defrontavam anos atrás, os indígenas têm que enfrentar novos obstáculos que são colocados em sua incessante marcha de resistência ao perverso processo de colonização que lhes segue sendo imposto, revelando a verdadeira impossibilidade de o capitalismo assimilar a diversidade sem mercantilizá-la.

Por tudo isso, esta obra tem como finalidade oferecer ao público interessado um conjunto de temas relacionados aos direitos dos povos indígenas, para que possam ser conhecidas as dificuldades que encontram para ser implementados, para que as perspectivas de superação dos desafios possam ser concebidas e, antes de tudo, para que se compreenda a importância da pesquisa científica em apoio à questão indígena.

Os Organizadores

PRIMEIRA PARTE

UM ENFOQUE INTRODUTÓRIO

OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO

Carlos Marés¹

ANTECEDENTES

Todos os Estados Nacionais latinoamericanos estão organizados com fundamento na modernidade europeia, mas mantêm, com maior ou menor intensidade demográfica, populações originárias, chamadas genericamente de indígenas. Os grandes marcos da História dos estados nacionais do continente são comuns: durante os séculos XVI, XVII e XVIII foram territórios coloniais, no século XIX se constituíram em estados nacionais, adotando a garantia expressa dos direitos de propriedade, liberdade, igualdade e segurança. Apesar das constituições, mantiveram em sua estrutura produtiva a escravidão, como a confirmar que aquele conjunto de direitos era uma meta a cumprir, cujo cumprimento seria o fim da escravidão, que demorou mais de 60 anos para ocorrer, e a assimilação no mercado de trabalho dos ex-escravos e dos índios, o que não ocorreu jamais na sua integralidade.²

Espanha e Portugal, durante a colônia, reconheceram a existência de povos indígenas nos territórios conquistados. A Espanha assinou tratados, além de ter promovido a guerra; Portugal, embora não se conheça tratados assinados, declarou formalmente guerra a alguns grupos, permitindo na própria lei declaratória que os prisioneiros fossem submetidos a trabalhos semelhantes a escravo. Por outro lado, durante todo o período colonial, os dois estados europeus legislaram

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Integra o Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde é professor titular de Direito Agrário e Socioambiental.

²Ver SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia:** políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes/Fapesp. 1999. p.3 07-334.

as formas e políticas de integração de indivíduos indígenas que adotassem o novo modo de vida, chamado civilizado, seja pelo casamento, pela catequese ou pela integração como trabalhador livre, sempre levando em conta os largos limites do conceito de trabalhador livre da época, que admitia escravos e servos por dívida. Isto é somente seria povo enquanto os indivíduos não fossem integrados.

Os Estados nacionais da América Latina, constituídos no início do século XIX à semelhança das Constituições europeias, elaboraram com ênfase maior ainda o discurso da integração de todas as pessoas como cidadãos. Nesta linguagem a palavra todos se traduz por cada um, cada pessoa, cada titular de direitos, cada sujeito, excluindo os coletivos, as comunidades, os grupos, as corporações, os povos. Para os povos indígenas a palavra passou a se **integração** que revela a provisoriedade da condição de povo diferenciado.

Embora farta, toda a legislação indigenista brasileira, desde o descobrimento até a Constituição de 1988, é voltada para a integração, retratada ao modo da época em que foi escrita: “... *Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce*” (1808); “... *despertar-lhes o desejo do trato social*” (1845); “... *até a sua incorporação à sociedade civilizada*” (1928); “... *incorporação à comunhão nacional*” (1934, 1946, 1967, 1969);... “*integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional*” (1973). A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a ideia de que integração era o bem maior que se oferecia ao gentio, uma dádiva que em muitos escritos está isenta de cinismo porque o autor crê, sinceramente, que o melhor para os índios é deixar de ser índio e viver em civilização. Até mesmo a “doce e pacífica” integração como contrapartida da guerra d’el Rey não revela cinismo, mas convencimento de uma civilização superior. Somente no século XX as ciências sociais, notadamente a antropologia, vieram comprovar o equívoco e ineficácia da assimilação e integração dos povos a um Estado Nacional, mas somente a partir de 1988 as constituições do continente o assumiram.

As Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 trouxeram referências aos índios, sempre os chamando de silvícolas. Com exceção da de 1937, todas as outras definem a competência da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Todas garantem aos indígenas a posse das terras onde se acharem “permanentemente localizados”, em geral acrescentando que a garantia se dará com a condição de não a transferirem. As Constituições de 1967 e 1969, para deixar ainda mais claro o caráter de transitoriedade deste direito, o inclui nas disposições transitórias. A partir da Constituição de 1967, estas terras são definidas como de domínio da União. A forma como se dá a garantia às terras, os dispositivos que atribuem competência para legislar sobre o processo de integração e as leis regulamentadoras deixam claro que o ideário

assimilacionista do século XIX está presente até o advento da Constituição de 1988: os índios haveriam de deixar de ser índios.

Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração, incorporação ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional Brasileiro com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos que assim o desejar na vida nacional ficou mantida em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: *“puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy”*. Está rompida a provisoriedade que regiu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato³.

A RUPTURA CONTINENTAL

A Constituição brasileira de 1988 foi a primeira a romper com a tradição integracionista do continente, garantindo aos índios o direito de continuar a ser índios. Depois dela, cada um dos países da América Latina foi aprofundando este reconhecimento, formulando-o de forma diversa, com maior ou menor abrangência, dependendo da força com que cada povo participou da elaboração da Constituição e da intensidade democrática do respectivo processo constituinte.

É de se notar que no final da década de 80 e começo dos anos 90, muitos países do continente passaram por um processo de redemocratização, pondo fim a uma, duas ou mesmo três décadas de ditaduras. Esta democratização se deu ao mesmo tempo em que a própria modernidade se tornava mais flexível e tolerante com espaços organizados étnica ou culturalmente. Houve um renascer de muitas etnias. Na América Latina essa nova formulação ideológica e cultural deu uma força emancipatória às Constituições como resposta às décadas de autoritarismo, e um reconhecimento às diferenças, que havia sido a marca do continente desde a conquista no final do século XV. De cada processo constituinte surgiu um Estado e um Direito marcados por estas características. Dois países podem servir de exemplo desta ruptura, a Bolívia e a Colômbia.

A Bolívia é o país mais densamente habitado por indígenas, são 46 povos, perfazendo uma população de 5 milhões de pessoas ou mais de 70% da popu-

³ Ver a propósito meu livro **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá. 1998.

lação total⁴. Apesar disto, até 1994 nenhuma Constituição tinha reconhecido direitos aos povos indígenas, salvo em duas ocasiões, 1938 e 1945, que foram reconhecidos direitos à educação especial. A Constituição de 1994 reconheceu direitos sociais, econômicos e culturais, assim como um direito às terras, que chamou de comunitárias de origem. O texto era próximo à brasileira. Em janeiro de 2009, porém, foi aprovada a nova Constituição Política do Estado Boliviano que marca uma segunda ruptura. Basta ler o primeiro artigo para conhecer a profunda transformação: “A Bolívia constitui um Estado Unitário, Social de Direito, Plurinacional, Comunitário, Livre, Independente, Soberano, Democrático, Intercultural, Descentralizado e com Autonomías”. Isto é uma clara tentativa de reconstituir o Estado Nacional, agora levando em conta as populações e povos indígenas que sempre viveram nesse território. O objetivo desta Constituição inovadora é romper com o monismo do Estado e do Direito modernos, recriando a organização social estatal aproximando-a à realidade plural daquele país andino.

A Colômbia promoveu uma profunda reforma constitucional em 1992 a ponto de ser considerada a Constituição latinoamericana que mais longe levou os direitos dos povos indígenas que habitam seu território, supera somente em 2009 pela boliviana. De fato, embora de população indígena não muito densa, são apenas 2% do total, algo em torno de seiscentas mil pessoas, são 81 povos que falam 64 línguas diferentes, o que marca uma grande diversidade cultural. Essa riqueza está expressa em vários tópicos da Constituição de 1992, a começar por seus princípios fundamentais, que reconhecem e protegem a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana (art. 7º). Na composição do Senado da República ficou criado um número adicional de senadores (dois) eleitos pelas comunidades indígenas. Estes representantes devem ter exercido cargo de autoridade tradicional em sua respectiva comunidade para postular o Senado. O direito a terra também é inovador, chama as terras indígenas de resguardo (antigo nome colonial) e os define como propriedade coletiva e inalienável das comunidades (art. 329). Os resguardos são territórios e constituem ou podem constituir uma entidade territorial ao lado dos departamentos, distritos, municípios (art. 286). Estas entidades territoriais indígenas gozam de autonomia, autogoverno, exercício de competências próprias, administração de recursos, estabelecimento e arrecadação de tributos, além de participar da renda nacional (art. 286). A Corte Constitucional de Colômbia reconheceu que estes direitos são fundamentais e os povos indígenas são os sujeitos coletivos desses direitos⁵. Como se pode ver, a Constituição da Colômbia organizou o país, inclusive sua divisão territorial, com

⁴ Todos os dados de população, percentual e povos referidos nos comentários deste artigo, assim como os textos das diversas constituições foram extraídos dos livros: GOMEZ, Magdalena. **Derechos indígenas**: lecturas comentadas del Convenio 169 de la OIT. México : INI. 1995. e SANCHES, Enrique (ed.). **Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina**. Bogotá: Disloque. 1996.

⁵ Cf. Corte Constitucional, sentença T-342, de 1994 e sentença T-405, de 1993.

uma clara estrutura multicultural e pluri étnica, rompendo com cinco séculos de invisibilidade de direitos indígenas.

Praticamente todas as atuais constituições dos países latinoamericanos trazem referência aos direitos indígenas e o reconhecimento do multiculturalismo das respectivas nações. Mas a brasileira é o divisor de águas: as constituições anteriores quando tratam da questão indígena apenas reconhecem a língua ou a cultura, mas não a terra e a territorialidade, enquanto as posteriores em geral aprofundam a questão da terra e principalmente dos direitos a continuar ser índio independentemente da cidadania que lhes é sempre oferecida.

O estudo do direito constitucional comparado latinoamericano acerca das populações indígenas tem suscitado aprofundamentos extremamente importantes que muitas vezes questiona até as raízes da modernidade, como Bartolomé Clavero⁶, Díaz Polanco⁷, Boaventura de Souza Santos⁸, Magdalena Gomez⁹, entre muitos outros.

A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E A CULTURA INDÍGENA COMO DIREITOS

A Constituição brasileira de 1988, além de ser a primeira a incluir os direitos dos povos indígenas continuarem a sê-lo, estabeleceu com muita propriedade e talento os seus direitos sociais e territoriais.

Reconhecer uma organização social diferente daquela estruturada na própria Constituição e daquelas que as leis infraconstitucionais chamam de sociedades (empresariais, comerciais, civis ou cooperativas) não é matéria simples nem de pouco alcance. Até 1988 as organizações sociais reconhecidas e protegidas pelo sistema jurídico eram somente aquelas cobertas pelo manto da personalidade individual. É verdade que o aprofundamento da ordem democrática já havia reconhecido os partidos políticos e os sindicatos como instâncias de representação intermediária, entretanto, os partidos e os sindicatos, por mais liberdade que possam ter, estão subordinados a uma ordem legal que lhes é externa e que define suas competências, instâncias e limites. A organização social indígena está muito longe disso, porque o que está reconhecido é exatamente o direito de formar sua ordem legal interna.

⁶ Por exemplo, CLAVERO, Bartolomé. **Derechos indígenas y cultura constitucional em América**. México: Siglo XXI. 1994.

⁷ Por exemplo, DÍAZ-POLANCO, Héctor. **Elogio de la diversidad: globalización, multiculturalismo y etnofagia**. México: Siglo XXI, 2006. 224p.

⁸ Por exemplo, SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.

⁹ Por exemplo, op. cit.

Exatamente disso se trata quando a Constituição de 1988 reconhece como legítima uma ordem que desconhece, já que fundada nos chamados usos, costumes e tradições. Esta ordem pode ser descrita por um cientista, sociólogo ou antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. Isto é, a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latinoamericanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado.

Ao reconhecer a organização social dos povos indígenas fora do paradigma da modernidade, a Constituição não criou uma categoria genérica, quer dizer, não se trata de uma organização social de todos os índios no Brasil, mas cada povo que mantenha sua organização social é, como tal, reconhecido. Os dados demográficos sobre populações indígenas no Brasil não são precisos, mas a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), o ISA (Instituto Socioambiental) e o CIMI (Conselho Indigenista Missionário) consideram números próximos a 220 povos, 180 línguas e uma população entre 350 e 600 mil pessoas¹⁰. Já o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) recenseou no ano de 2000 cerca de um milhão de pessoas indígenas. Esta diferença se dá porque o recenseamento é feito por declaração e abranger índios não aldeados ou moradores individuais das cidades. Ainda há no Brasil algo em torno de 3 a 5 mil índios chamados isolados, isto é, sem qualquer contato e sobre os quais apenas se sente ou intui a existência, não se sabendo que língua falam ou a que cultura pertencem. Isto significa que o dispositivo constitucional reconhece cada uma dessas sociedades e o direito subjetivo coletivo de cada grupo de reivindicá-la.

Para completar o reconhecimento da organização social, a Constituição não poderia deixar de reconhecer os costumes, línguas, crenças e tradições. Estes quatro itens compõem o que se chama cultura, desde que se entenda costumes e tradições não só as normas de convívio, relações matrimoniais, sistema punitivo interno, hierarquia e divisões, inclusive clânicas, como também a gastronomia e a arte. Os direitos culturais indígenas acabam por ter várias consequências jurídicas apontadas ou reguladas diretamente pela Constituição. Por um lado são direitos de cada povo indígena o uso da cultura e sua proteção; as línguas indígenas estão referidas no artigo 210, § 2º ao garantir o aprendizado na língua materna e por meio de processos próprios. Por outro lado é direito de todos os brasileiros a profunda diversidade cultural existente, nela compreendendo as culturas indígenas, conforme está expresso no artigo 215 e referido no 216. Daí que o dever do Estado é de preservar esta multiplicidade de culturas não só por ser um direito dos índios e de cada comunidade, mas um direito de todos.

¹⁰ De acordo com o ISA, são 239 povos, em 689 áreas, que ocupam aproximadamente 13% do território nacional. A população indígena do país soma cerca de 818 mil pessoas. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. De Olho nas Terras Indígenas. Disponível em: <<http://ti.socioambiental.org/>>. Acesso em: 30 set. 2013.

Desta primeira parte do artigo 231, o reconhecimento da organização social, costumes, línguas e tradições nasce um conjunto de direitos ligados à organização social, como a solução de conflitos internos, a gestão das coisas indígenas, e tudo aquilo que está na essência das organizações sociais, que é prover as necessidades materiais e imateriais de seus membros. Embora a Constituição chame de crença, o que está protegido juridicamente é a religião de cada povo indígena, em toda a sua complexidade e ritualística. O direito ao exercício da religião própria algumas vezes pode se chocar com a cultura dominante e até mesmo com a norma jurídica estatal. Em casos que assim ocorra, é imperioso entender este preceito constitucional como um elogio à liberdade religiosa e, portanto, inibidora de qualquer sancionamento legal à conduta tradicional. Fazem parte destes direitos a preservação e o uso da cultura, inclusive dos chamados conhecimentos tradicionais e os inerentes a autogestão de seus territórios. Por conhecimentos tradicionais se entende o conjunto dos saberes de cada povo obtidos pela acumulação própria ou alheia e utilizado no dia a dia das pessoas.

Antes de entrar na questão das terras e territorialidade indígena, convém observar que o reconhecimento da organização social e cultural dos povos indígenas é o centro da mudança de paradigmas estabelecida pela Constituição de 1988, porque o que está disposto contraria a ordem anterior que tinha um caráter provisório, até que houvesse a integração na comunhão nacional. Este dispositivo não trata de integração, nem a restringindo, nem a compelindo, o que significa que as organizações sociais indígenas podem e até devem, para preservar a cultura, manter-se vigente para as presentes e futuras gerações. Entretanto, está claro que o processo de desenvolvimento, e os caminhos para o futuro, são assuntos internos de cada povo, que compõem o seu direito à organização social própria.

AS TERRAS INDÍGENAS

São raros os povos que não se identificam com um território determinado e com sua estrutura ecológica. O exemplo de povos sem identidade territorial, povos nômades, são os povos ciganos, não os indígenas. Entre os povos originários da América Latina, hoje catalogados em muito mais de 500, com uma população de 50 milhões de pessoas, tecnicamente não há nenhum nômade, no sentido de não manter um território de identificação ecológico cultural. Alguns o perderam ao longo da história, é certo, mas em geral não deixam de reivindicá-lo.

Antes da conquista já havia disputas territoriais, inclusive com submissão tributária de povos a outros povos, com acumulação e exploração de riqueza produzida por outrem, basta ver os grandes impérios inca, asteca, mapuche e

chibcha, sem contar o extraordinário império maia, já decadente em 1500.

Com a conquista essas disputas territoriais se agravaram no território que hoje se chama Brasil. Os portugueses, melhor armados e treinados do que os índios, os empurraram do litoral ao interior; os povos empurrados, ou se aliavam aos conquistadores ou dele se afastavam, em qualquer dos dois casos eram obrigados a enfrentar os povos com territórios mais afastados do mar. Isto significa que não é razoável exigir que a localização ou o território atualmente ocupado por um povo seja o mesmo que ocupava em situação pré-cabralina, mesmo porque 500 anos na vida de um povo não é pouco, basta imaginar o território português no ano 1000 e compará-lo com Portugal de 1500, não só foi substituído o povo controlador, como a própria língua foi criada e desenvolvida nesse ínterim. Portanto, não se pode exigir aos territórios indígenas uma memorialidade ou fidelidade territorial de mais de 500 anos. Por outro lado, tampouco é razoável exigir que os povos socialmente ambientados a um sistema ecológico passem a viver em outro, simplesmente porque o domínio que têm da natureza e que lhes permite suprir as necessidades vitais não são universalmente aplicáveis. Os conhecimentos são associados à biodiversidade e ecossistema em que vivem.

Tanto a ideia de que os povos devem ter estado sempre no mesmo território, quanto a de que podem ser adaptados a qualquer um são equivocadas. No Brasil até a década de 80 a remoção de povos para outros ambientes foi uma política de Estado em vários casos famosos. Para citar apenas dois, podemos lembrar os Nambiquara que habitavam o vale do Guaporé, uma das regiões mais férteis do mundo, e foram transferidos para uma região de cerrado pobre em caça e frutos, para utilização agropecuária da região, o resultado ficou a pouca distância do genocídio¹¹. Outro caso emblemático é o dos Panará, também chamados Kreen-Akarore ou índios gigantes, como ficaram conhecidos pela imprensa da época. Este povo foi removido para dentro do Parque Indígena do Xingu¹², depois de um contato desastroso. Ocorre que sua guarda foi entregue a inimigos tradicionais que por mais de 20 anos o submeteram. Fundado no texto constitucional, o Poder Judiciário determinou a volta dos Panará à parte de seu território tradicional ainda existente, longe do Parque, além de determinar uma indenização aos índios pelos valores patrimoniais e morais que perderam no processo de transferência e confinamento¹³.

O artigo 231 da Constituição brasileira revela a vontade constituinte de garantir efetivos direitos territoriais aos povos indígenas. As terras reconhecidas

¹¹ Ver ALMEIDA, Silbene de. Os nambiquara. In: OPAN/CIMI. **Índios em Mato Grosso**. Cuiabá: Gráfica Cuiabá. 1987. p. 95-102.

¹² O Parque Indígena do Xingu foi criado em 1961 para servir de habitat a muitos povos que deveriam ser trazidos para liberar áreas de agricultura. Os Panará, fragilizados, foram transferidos para lá e ficaram vivendo em território controlado por inimigos tradicionais.

¹³ Ver TRF 1, AC 1988.01.00.028425-3/DR, Rel. Juiz Saulo José Casali Bahia (conv) Terceira Turma, DJ de 03/11/2000. Ver ainda, ARNT, Ricardo et alii. **A volta dos índios gigantes**. São Paulo: ISA. 1998.

devem estar adequadas à manutenção da vida indígena, garantindo direitos de organização social com base em direitos territoriais, sem os confundir. Estas áreas são chamadas de *terra indígena*, mas o nome jurídico apropriado seria *território* não utilizado para não confundir com normas de direito internacional e para não insinuar divisões territoriais internas. O Ministro Victor Nunes Leal, em célebre voto em Recurso Extraordinário nº 44.535-MT (agosto de 1961) afirmou: “Aqui não se trata de direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios”. Apesar de não atribuir o nome território, mas simplesmente terras, a Constituição retirou qualquer conteúdo de propriedade privada moderna destas terras. A clara descon sideração da propriedade privada está expressa no artigo 20, XI, da mesma Constituição, no qual fica estabelecido que as terras indígenas são bens da União. Retirados o conceito de território, para não confundir com o de território nacional e a ideia de propriedade moderna, para evitar especulações em relação à transferibilidade e disponibilidade, resta analisar como se conforma este direito indígena, ou o que significa juridicamente a categoria *sui generis* “terras indígena”.

Mais um paradigma foi rompido pela Constituição de 1988. Até sua promulgação, as terras indígenas dependiam de um processo de reconhecimento pelo Poder Público. No século XIX e antes, a ideia jurídica era de que o Poder Público deveria *reservar* terras para que os índios vivessem até sua integração à comunhão nacional, tanto que havia dispositivos redirecionando essas terras depois de abandonadas, chamando-as de aldeamentos extintos. Isto significava que qualquer terra servia, mesmo com condições ecológicas diferentes das adequadas ao conhecimento tradicional. Esta ideia sofreu modificações com a participação dos estudos antropológicos no país, mas legalmente, salvo interpretação generosa do Estatuto do Índio, Lei nº 6001, de 1973, este entendimento prevaleceu até muito próximo de 1988, basta ver o caso Panará acima citado, cuja transferência da população se deu nas décadas de 60 e 70 do século XX.

A Constituição de 1988 reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam. A formulação do artigo 231 nos remete a três ideias-chaves sobre as terras indígenas: 1) o caráter originário deste direito; 2) a ocupação real e atual; 3) a forma tradicional de ocupação.

O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros. Como é dever da União, diz a continuação do *caput*, demarcar, proteger e respeitar, quando não o faz, há ato omissivo da Administração, evidentemente

reparável por via Judicial, mas jamais desconstituidores do direito indígena. Daí que aquele domínio da União do art. 20, antes citado, é destituído de eficácia jurídica, salvo para a União estar em juízo em sua defesa.

O que se reconhece é a ocupação real e atual. É claro que a atualidade da ocupação não significa estar usando a terra a cada momento e sempre. É evidente que pode haver fatos impeditivos do uso atual, como, por exemplo, o constrangimento por terceiros, por ato do próprio Estado, etc. Há vários casos já analisados judicialmente e outros tantos ainda em pendência judicial, que atestam esta interpretação, como o citado caso Panará. Mais recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou com grande repercussão a situação dos índios ocupantes da terra indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima. Também neste caso foi analisado o fato de terceiros não-índios estarem ocupando parte da terra com produção agrícola. A solução judicial foi a pronta remoção dos agricultores, para retornar as terras à posse indígena.

A História registra que algumas vezes os governos dos Estados federados retiraram povos indígenas de suas terras, em geral para atender interesses privados de utilização agropecuária, em terras férteis dentro da fronteira agrícola. Há situações irreversíveis quando houve dispersão total do povo ou seu extermínio, o que é quase o mesmo. Sempre que o povo se mantém como tal, mesmo fora do território é possível a reversão, como no caso Panará acima citado e no exemplar caso Krenak. O Estado de Minas Gerais, apoiado pelo governo federal, retirou o povo Krenak do Vale do Rio Doce e os dispersou por outras áreas indígenas, cedendo suas terras para produtores privados. Em uma ação judicial que foi iniciada antes da Constituição de 1988, mas julgada definitivamente em 1994, foram anulados todos os títulos de domínio expedidos pelo Estado de Minas Gerais e determinado o retorno dos índios à terra. A histórica decisão do STF, baseado em voto do Ministro Francisco Resek demorou mais alguns anos para ser cumprida e somente em 1997 os krenak retomaram a posse de suas terras. É uma história de sucesso na reversão¹⁴.

A atualidade da ocupação, portanto, tem que ser compatibilizada com a possibilidade real de uso pela comunidade, isto significa dizer que à ocupação atual deve se acrescentar o caráter originário do direito e este é o sentido dos §§ 5º e 6º do já bastante citado artigo 231.

¹⁴ Ver KRENAK, Ailton. Sonhando com as montanhas. Parabólicas, São Paulo, n. 31, v. 4, p. 12, jul./ago., 1997. Ver também Ação cível originária. títulos de propriedade incidentes sobre área indígena. Nulidade. Ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios krenak e outros grupos. procedência do pedido. (STF, ACO 323/MG, relator: Min. Francisco Rezak, Tribunal Pleno, DJ 08-04-1994)

TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE

Não basta haver ocupação, deve ser feita de forma tradicional, diz o texto constitucional. É claro que se um índio ou uma família indígena vive em um lote urbano, legítima ou ilegitimamente, não torna esta terra indígena. É necessário que na terra viva uma comunidade de forma tradicional. As terras tradicionalmente ocupadas são as habitadas pela comunidade em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis para a preservação do ambiente que garante a sua prática social e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições, acrescenta o § 1º do artigo 231.

Cada povo indígena tem uma ideia própria de seu território elaborada por suas relações internas de povo e externas com os outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver. Por isto mesmo, dentro dos direitos territoriais, estão os direitos ambientais que têm uma ligação estreita com os culturais, porque significam a possibilidade ambiental de reproduzir hábitos alimentares, a farmacologia própria e a sua arte, artesanato e utensílios. Por isso, em cada terra indígena se encontra uma relação mágica entre os conhecimentos do povo e as manifestações da natureza, importando não só o místico como o fático do espaço territorial. É claro que há muitos povos indígenas no Brasil, cujas terras foram reservadas ou demarcadas com critérios anteriores à constituição, que se veem distantes desta dimensão sacra do território. Há muitos povos, em especial os guarani do sul do Mato Grosso do Sul, que tiveram as terras reservadas no início do século XX, mas os lugares sagrados e os espaços vitais estão fora dessas reservas, o que, inevitavelmente gera conflitos de difícil solução¹⁵.

O § 1º acrescenta, ainda, que a habitação, a utilização econômica, a preservação do ambiente e a área de reprodução física e cultural devem ser realizadas segundo os usos, costumes e tradições indígenas. Isto diz respeito diretamente ao uso da terra e suas limitações. O primeiro deles é, evidentemente, em relação à função social da propriedade da terra garantida em vários artigos da Constituição, mas em especial no artigo 186. Pois bem, a função social da terra indígena é a garantia de vida e proteção do próprio povo que a habita, portanto não se pode aplicar as limitantes de produção de riqueza capitalistas no mundo indígena. De igual forma, as limitantes ambientais estabelecidas no conjunto de normas do sistema jurídico brasileiro, enfeixados pela Constituição em seu artigo 225, também são inaplicáveis. Neste sentido, embora esteja proibida a caça de animais silvestres, no Brasil, a norma não se aplica entre os indígenas, desde que o cacem segundo seus usos, costumes e tradições, não para o comércio com não índios. Para tanto a Lei não necessita excepcionar, porque a Constituição já o faz. Assim também ocorre

¹⁵ LADEIRA, Maria Inês. **Espaço geográfico Guarany-Mbya**: significado, constituição e uso. 2001. 235 f. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Departamento de Geografia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

com a mata ciliar, embora tenha seu uso proibido, os índios em seus territórios a podem usar sempre segundo seus usos, costumes e tradições. Assim, os indígenas podem caçar e implantar roças em todos os lugares de sua terra, sem aplicar os dispositivos do Código de Proteção da Fauna (Lei nº 5.197/67) e do Código Florestal (Lei nº 4.771/65).

É bem verdade que na utilização das terras para exploração não indígena, inclusive o comércio de bens da natureza, comércio de animais, de plumas, de bens de extrativismo ou ainda produções de mercado, etc. as regras gerais do Direito brasileiro devem ser observadas.

A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

A Constituição ordenou à União que demarque as terras indígenas com a finalidade de proteger e respeitar os bens de cada povo. Está claro que o direito sobre as terras independe desta demarcação, que é mero ato administrativo de natureza declaratória. A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Desta forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, porque se a ocupação se faz segundo os usos costumes e tradições, há que se conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza, e as necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo.

Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites deste comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto o critério é interno ao povo. Aliás esta interpretação já havia sido dada no iluminado voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal quando afirmava: “Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos silvícolas, trata-se de *habitat* de um povo”.¹⁶ No mesmo sentido se manifestou a Suprema Corte no julgamento encerrado em 19 de março de 2009 sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima¹⁷. Estava em discussão a possibilidade da demarcação ser feita apenas em redor das aldeias, chamadas malocas e não em território contínuo, como havia sido feito pela União. O Supremo

¹⁶ Recurso Extraordinário nº 44.535-MT, publicado em 28 de agosto de 1961.

¹⁷ Petição (Pet) 3388. Originalmente uma ação popular proposta em Roraima, foi transferida para o Supremo Tribunal Federal onde foi registrada como Pet 3388 e finalizado o julgamento em 19 de março de 2009, após longos e importantes votos de todos os Ministros.

Tribunal Federal decidiu que a demarcação deve ser em área contínua e que não perdem a característica de indígena pelo fato de estarem ocupadas por não índios contra a vontade da população original.

A demarcação é dever da União. Para reforçar o dever, o Ato das Disposições Transitórias, art. 67, estipulou um prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para que se concluísse a demarcação de todas as terras. A União não demonstrou sequer vontade em cumprir, tanto que somente no ano de 1996 foi publicado decreto que dispõe sobre o procedimento administrativo da demarcação¹⁸. Ainda que a demora seja negativa para os índios, a omissão da União em cumprir o prazo não gera consequências jurídicas ao direito indígena, mas pode causar, e tem causado efetivamente, transtornos, porque ainda que a demarcação seja mero ato declaratório, uma vez demarcada uma terra é mais fácil exigir a proteção dos órgãos responsáveis do Estado e vigiá-la¹⁹.

É de se acrescentar que o órgão indigenista da União tem considerado seu dever apenas a proteção dos índios que estiverem em áreas demarcadas ou por demarcar. Os chamados não-aldeados acabam sem reconhecimento ou proteção, o que evidentemente viola o disposto constitucional. Este fato revela a importância do procedimento de demarcação e da permanente exigência dos povos indígenas para que a União a promova.

A DESTINAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Se é verdade que os dispositivos constitucionais anteriores a 1988 atribuíam às terras indígenas um indisfarçável conteúdo provisório, é verdade também que definiam claramente a destinação ou afetação dessas terras. Enquanto fossem terras indígenas estariam afetadas à posse permanente e usufruto exclusivo das populações ocupantes. Constitucional ou infra-constitucionalmente definidas como propriedades públicas federais, a posse, desde 1934, estava afeta à população que efetivamente a ocupasse. A Constituição de 1988, no § 2º do artigo 231, dá a mesma destinação constitucional anterior, aprimorando-a, justamente porque agora tem caráter não provisório.

A Constituição de 1988 repete os termos posse permanente e usufruto exclusivo. Por isso, é necessário verificar o que significa posse indígena, estando claro que não se confunde com a posse civil do receituário privado, porque esta é individual e material, enquanto a indígena é coletiva e exercida segundo usos,

¹⁸ Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

¹⁹ Este prazo de cinco anos já havia sido estabelecido em 1973, pelo Estatuto do Índio, que obviamente não foi cumprido.

costumes e tradições do povo, no dizer da Lei de 1973 (Estatuto do Índio²⁰): *“art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.”* Esta expressão de 1973 ainda a tratava como individual; em 1988 tratou-se dela como coletiva. Esta posse, distante do conceito civilista como nos alertava o Ministro Victor Nunes Leal, pode ser considerada ocupação ou habitat; por isto, observado qualquer dos quatro requisitos de ocupação do § 1º, há posse indígena, com sua característica de permanente, mesmo quando parte dela adormece para reproduzir-se ecologicamente, ou quando é intocada pelo imperativo do sagrado. O que a qualifica, portanto, são os usos, costumes e tradições do povo. Esta é a razão também da expressão usufruto exclusivo. Por usufruto exclusivo não se pode entender a restrição a ato de troca, venda ou doação de frutos e produtos das riquezas da área, mas ao contrário, trata-se do direito da comunidade não usar determinada área seja para regeneração, seja por motivos sagrados ou outro qualquer. Isto quer dizer que o que se faz ou não se faz com a área é assunto da comunidade, que exclusivamente, deliberará. As riquezas exploráveis e comercializáveis do solo, dos rios e dos lagos poderão ser utilizadas pelos índios ou exploradas em parceria com terceiros não-índios, sempre com a supervisão do Estado brasileiro que tem obrigação de preservar não só a cultura, como os bens indígenas.

Esta questão resulta mais clara quando se analisa o § 3º do mesmo artigo que trata da exploração dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. Nestes casos, nos quais os índios não podem fazer com seus próprios recursos e esforços, é necessário uma autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, que devem participar do resultado da lavra. Há que se ponderar que esta autorização somente é possível quando não viola o caput do artigo nem os demais parágrafos. Não é possível, e seria inconstitucional, uma lei regulamentar a possibilidade de violar os direitos sobre as terras ou sobre a posse permanente, ou sobre o usufruto exclusivo, ou, o que quiçá seja ainda mais grave, a organização social e cultural indígena. Portanto, o limite da exploração hídrica ou mineraria é a preservação dos direitos indígenas, à terra, à sociedade e à cultura.

Exatamente por isso estas terras são inalienáveis e indisponíveis além de os direitos sobre elas serem imprescritíveis, no exato termo do § 4º. Este dispositivo reforça o direito de não uso que tem os indígenas a suas terras.

²⁰ Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

TERRAS INDÍGENAS E PARQUES NACIONAIS

A Constituição Brasileira de 1988 inovou e quebrou paradigmas não apenas no referente a direitos indígenas, a proteção do patrimônio cultural e do meio ambiente mereceram igual destaque protetivo. A proteção dos direitos indígenas, do patrimônio cultural e do meio ambiente não poucas vezes se confundem, tem igual grandeza e devem ser igualmente respeitadas. São tutelas coletivas e algumas vezes entram em contradição, como é o caso recorrente das terras indígenas sobrepostas às unidades de conservação, especialmente aos parques nacionais. Nos parques nacionais há uma forte restrição à presença humana e reiteradas vezes populações indígenas os usam ou reivindicam seu uso como terra tradicional. Ambas tutelas são constitucionalmente garantidas uma no artigo 225, § 1º, III e outra neste 231 e §§. Ocorre que o direito garantido aos índios é, por ser originário, anterior a qualquer ato legislativo ao administrativo, devendo, então ser garantido este, em oposição à preservação ambiental. Entretanto, como a preservação do ambiente não é incompatível com o uso indígena, a tutela de ambos é possível desde o Estado dê condições materiais a que os índios não necessitem viver fora de seus usos, costumes e tradições ou crie unidade de conservação compatível com a vida indígena. A criação de Parque Nacional, com as características que hoje a lei lhe dá, em área indígena não é possível, sendo nulo o ato que o cria sempre que restrinja o direito originário do povo indígena.

A PERPETUIDADE DO DIREITO INDÍGENA

Como já está afirmado acima, para os povos indígenas há que distinguir dois direitos diferentes. Um que pertence a toda humanidade e outro que pertence a cada povo. O primeiro pode ser chamado de direito à sociodiversidade, que é o direito de todos à existência e manutenção dos diversos povos e suas culturas. Este direito se revela como uma obrigação, porque obriga cada povo e cada Estado ao respeito pelo outro, ganhando instâncias internacionais, mas também presente nas constituições nacionais, cada vez com mais explicitude, como as constituições latinoamericanas. Este é um direito à alteridade e tem estreita relação com o direito à biodiversidade, não só porque as culturas dependem do ambiente, mas em razão dos conhecimentos tradicionais, inerentes à diversidade social.

Entretanto, há um outro direito, também coletivo, que é o direito que tem como sujeito os próprios povos a sua existência, que não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. É claro que estes também são direitos coletivos, porque não são a mera soma de direitos subjetivos individuais, pertencem a um

grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado, e tem o dever de promover a sua defesa, que beneficia a todos. Este direito é indivisível entre seus titulares, uma eventual divisão do objeto fará com que todos os titulares do todo continuem titulares das partes, não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis.

Estes direitos, no sistema da Constituição brasileira de 1988, se explicitam em três dimensões: os territoriais, os de organização social e os de cultura, intimamente vinculados, de tal sorte que, em geral, a violação a uma das dimensões viola as outras.

Isto explica a quase rudeza dos §§ 5º e 6º do artigo 231 da Constituição brasileira. O primeiro referente à remoção dos grupos indígenas, o segundo ao uso das terras e às riquezas existentes no território.

O disposto no § 5º que veda a remoção de grupos indígenas, tem um precedente legal no Estatuto do Índio, mas o modifica na raiz. Não se pode esquecer que no regime do Estatuto, 1973, a indianidade era considerada provisória, daí que o que estava estabelecido eram os critérios de remoção e intervenção, não sua vedação. No § 5º, a possibilidade de remoção é tratada em duas hipóteses, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população, ou no interesse da soberania do país. No primeiro caso, o que está sendo garantido, além dos direitos individuais de cada um, o direito da humanidade em manter viva uma cultura e um povo e também o direito do próprio povo de manter sua existência, a despeito de eventuais danos momentâneos. O segundo caso, a Constituição está valorando a soberania nacional acima dos direitos referidos, mesmo porque ao perder a soberania, deixará de proteger estes mesmos direitos. É claro que a ameaça da soberania, aqui deve ser real e concreta, deve ser uma ameaça de invasão, guerra ou ataque de outra potência. Esta situação faz sentido se lembrarmos que há uma grande quantidade de povos indígenas cujas terras se situam ao longo das fronteiras do Brasil com seus vizinhos e, em alguns casos, o povo indígena convive na fronteira sendo parte habitante de um país e parte de outro. Há casos, ainda, em que o povo não sabe da existência da fronteira e tratam igualmente os dois Estados Nacionais. Isto quer dizer que para haver remoção, o Poder Público tem o dever de motivar o seu ato com uma das duas razões excepcionais estabelecido na Constituição, demonstrando a atualidade, possibilidade e realidade da ameaça. Sempre dependendo do *referendum* do Congresso Nacional.

Não é muito diferente a situação do § 6º, que tem a mesma raiz jurídica, a proteção dos direitos coletivos múltiplos. Todo ato que tenha por objeto a ocupação, domínio ou posse das terras indígenas ou a exploração de suas riquezas naturais, são nulos, extintos e não produzem efeitos. Tudo o que viole os direitos originários sobre a terra, a posse permanente ou o usufruto exclusivo é tido por inexistente. Este dispositivo já vinha consignado nas constituições de 1967

e 1969. O que se extingue, em realidade são os efeitos jurídicos para além da declaração de nulidade. É como se o ato nunca tivesse existido. Embora pareça redundante o dispositivo, trata-se de uma cuidadosa exceção ao sistema jurídico, porque além de declarar nulo, extinto o ato e seus efeitos jurídicos, acrescenta que dessa nulidade e extinção não gera direitos à indenização, salvo benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. O cuidado era necessário tendo em vista a profundidade da nulidade que elide até mesmo indenizações ou ações contra a União. Nesta nulidade se enquadram os decretos de criação de áreas protegidas que dificultem ou inviabilizem o uso do povo indígena.

OS DIREITOS INDÍGENAS EM JUÍZO

Os direitos estabelecidos no artigo 231 têm que ser garantidos não só pela prática da Administração Pública e pelas normas infraconstitucionais que venham sendo elaboradas, mas também pelo Poder Judiciário. Entretanto, o formalismo que dominava o sistema de prestação jurisdicional não poucas vezes criou embaraços e tropeços às ações promovidas pelas comunidades indígenas, ora porque lhes faltava personalidade jurídica, ora porque o próprio instrumento de procuração de advogados se via irregular pelo problema da representatividade do constituinte. O Estatuto do Índio procurou sanar estes gargalos, em 1973, mas o fez com os limites de uma lei e de um momento determinado, inclusive dentro da cultura da provisoriedade dos direitos a serem defendidos.

Mais uma vez a Constituição brasileira de 1988 inovou. Por um lado atribuiu competência a Justiça Federal para julgar causas de direitos indígenas, assim dito genericamente (art. 109, XI), e atribui ao Ministério Público Federal, como função institucional, defender os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V). O artigo 232 atribuiu legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações para estar em juízo em defesa de seus interesses e direitos. Portanto, individualmente cada índio, a comunidade ou as organizações indígenas podem optar por ingressar ou se defender diretamente ou ainda se valer do Ministério Público Federal. Em qualquer caso, por ser função institucional e porque assim o determina o artigo 232, o Ministério Público tem que acompanhar todos os atos do processo.

Aos índios individualmente atribuiu-se legitimidade para defesa dos direitos coletivos, mas deve se notar que a Constituição não criou um índio genérico, mas vinculado a uma organização social e cultural, portanto, esta legitimidade é para estar em juízo em defesa dos direitos e interesses da comunidade a que pertence. Da mesma forma as comunidades estão legitimadas para arguir os direitos

e interesses próprios e não de outras comunidades. Esta parece ser a interpretação coerente com o sistema processual brasileiro. Diferente de outras constituições latinoamericanas, a brasileira não reconheceu expressamente personalidade jurídica às comunidades indígenas, mas está evidente que não há necessidade de qualquer registro ou materialização da personalidade para estar em juízo, basta que declare a forma tradicional de representação, segundo os usos costumes e tradições do povo. Aliás, isto já estava aceito no Judiciário antes mesmo da Constituição, pela aplicação do dispositivo semelhante do Estatuto do Índio²¹.

Situação diversa é a das organizações indígenas legitimadas a estar em juízo, porque está claro que não é o direito próprio que será defendido, mas novamente o direito das comunidades e povos. As comunidades se organizam segundo os usos, costumes e tradições do povo, pode se dizer que é uma organização indígena tradicional. Os povos e as comunidades, com o contato com a sociedade envolvente, acabaram por aprender formas organizativas que, ainda que não sejam tradicionais, têm representatividade. Excluídas as comunidades (que podem ser chamadas de povos, grupos, tribos, etc.) há duas espécies de organizações indígenas que se enquadram no artigo 232: as organizações internas de uma comunidade, como por exemplo a organização dos professores ticuna, que podem ou não ser formalizada como uma sociedade civil, mas que independentemente disso têm legitimidade; e as organizações externas, que em geral abrangem mais de uma comunidade, podendo ser regional, estadual ou mesmo nacional, como é o caso da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), ou o Conselho Indígena de Roraima (CIR). Estas organizações, formadas por índios, também têm legitimidade para estar em juízo, mas em geral devem estar formalizadas como associações civis. A legitimidade destas organizações é mais ampla do que a atribuída às comunidades, por que não se referem a uma comunidade específica, mas em geral para muitas. Em todo caso, a Constituição atribuiu legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações somente para defender direitos e não para mitigá-los, negociá-los ou renunciá-los, mesmo porque estes são direitos indisponíveis.

²¹ Ver a respeito ARAÚJO, Ana Valéria (org.). **A defesa dos direitos indígenas no judiciário**: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas. São Paulo: Instituto Socioambiental. 1995.

CONCLUSÃO

Sendo assim, os usos, costumes e tradições indígenas são reconhecidos como verdadeiros direitos não só no Brasil, mas em toda América Latina. A sociedade e os Estados do continente, que se constituíram na tão profunda diversidade social, sempre omitida da história oficial mas viva na realidade das comunidades, estão se organizando na tolerância e no sonho dos constituintes de 1988 de que cada povo construa, em paz, o seu futuro, sabendo que o Estado tem por missão e finalidade a sua proteção.

Todos os direitos civis, fundamentais e humanos estabelecidos tanto na Constituição como nas leis brasileiras e nos Tratados Internacionais aceitos pelo Brasil são garantidos aos índios integrantes ou não de um povo, como direitos individuais. Portanto se pode dizer que no caso brasileiro, os índios quando integrados a um povo estão sujeitos aos usos, costumes e tradições indígenas, que pode ser chamado de direito indígena e ao direito estatal. Não tem sido fácil conciliar estes dois direitos e não raras vezes o direito estatal se impõe com sua histórica violência, esquecendo seus próprios ensinamentos e retornando à infância dos direitos indígenas invisíveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silbene de. Os nambiqwara. In: OPAN/CIMI. **Índios em Mato Grosso**. Cuiabá: Gráfica Cuiabá, 1987. p. 95-102.

ARAÚJO, Ana Valéria (org). **A defesa dos direitos indígenas no judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas**. São Paulo: Instituto Socio-ambiental, 1995.

CLAVERO, Bartolomé. **Derechos indígenas y cultura constitucional em América**. México: Siglo XXI, 1994.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura, 1992.

DIAZ- POLANCO, Hector. **Elogio de la diversidad: globalización, multiculturalismo y etnofagia**. Mexico: Siglo XXI, 2006.

GOMEZ, Magdalena. **Derechos indígenas: lecturas comentadas del Convenio 169 de la OIT**. México: INI, 1995.

GRUPIONI, Luiz Donizete Benzi (Org.). **Índios no Brasil**. São Paulo: SMC, 1992.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. De Olho nas Terras Indígenas. Disponível em: <<http://ti.socioambiental.org/>>. Acesso em: 30 set. 2013.

KRENAK, Ailton. Sonhando com as montanhas. **Parabólicas**, São Paulo, n. 31, v. 4, jul/ago, p. 12, 1997.

LADEIRA, Maria Inês. **Espaço geográfico Guarany-Mbya**: significado, constituição e uso. São Paulo, 2001. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Departamento de Geografia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Nedic/Fapesp/Vozes, 1999.

RICARDO, Carlos Alberto (Ed.). **Povos indígenas no Brasil**: 1987-1990. São Paulo: CEDI, 1991.

_____. **Povos indígenas no Brasil**: 1991-1995. São Paulo: ISA, 1996.

SANCHES, Enrique (Ed.). **Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina**. Bogotá: Disloque, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Povos indígenas e a constituinte**. Porto Alegre: Ed. Movimento: UFSC, 1989.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 5-16, jan./mar. 1997.

_____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes: Fapesp, 1999. p. 307-334.

SEGUNDA PARTE
**OS DIREITOS
DOS POVOS INDÍGENAS**

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

José Aparecido dos Santos²²

No encontro das culturas do mundo, devemos ter a força imaginária de entender que todas as culturas exercem ao mesmo tempo uma força de unidade e de diversidade libertadoras. É por isso que reivindico para todos o direito à opacidade. Não é necessário “compreender” o outro, ou seja, reduzi-lo ao modelo da minha própria transparência, para viver com ele ou para construir com ele. O direito à opacidade será a partir de agora o sinal mais evidente da não barbárie.²³

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, representa uma transformação fundamental das relações jurídicas dos Estados Nacionais com seus povos, embora poucos efeitos práticos ainda possam ser vistos. É certo, entretanto, que algo de inovador e de inquietante foi colocado à mostra. Cumpre refletir sobre seus impactos e dar efetividade a seus preceitos, até porque inúmeras e injustificadas resistências se levantam contra sua aplicação.

Fruto de uma crescente preocupação com os direitos coletivos, inclusive no plano internacional, a Declaração constitui importante instrumento de luta jurídica pela dignidade de vários povos. Sem a ingenuidade de imaginar que apenas o instru-

²² Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Juiz Titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba. Bolsista da CAPES – Proc. nº BEX 10687/12-2. E-mail: joseaparecidodossantos@ymail.com.

²³ GLISSANT, Édouard. **Poetica del diverso**. Traduzione di Francesca Neri. Roma: Meltemi, 1998, p. 57-58. Titolo originale: “Introduction à une poétique du divers” [1996].

mento jurídico seja suficiente para transformar a realidade social, há que se reconhecer que irrompeu um novo marco no direito internacional, o que poderá contribuir para uma alteração mais profunda das relações dos Estados com suas minorias.

Pretende-se neste texto expor o caminho histórico do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, desde as bases jurídicas que produziram o reconhecimento dos direitos coletivos até a promulgação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. Também se pretende analisar os principais méritos do texto e seus problemas, em especial o relevante aspecto da representação dos povos indígenas perante os organismos internacionais, ponto nodal para que se alcance a efetividade das respectivas normas.

1. O RENASCIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS

Embora tenham sido muito variadas as concepções de Estado defendidas ou adotadas nos séculos XVIII e XIX, é possível perceber nesse período uma tendência de abarcar no âmbito estatal todos os aspectos coletivos da sociedade. Sociedade e Estado tenderiam a se equivaler ou, por vezes, a se confundirem, pois no Estado estariam representadas todas as vontades individuais, e o Estado seria a auto-organização da própria sociedade. Nessa perspectiva, juridicamente a sociedade seria apenas um conjunto de indivíduos vinculados a um Estado e o direito internacional seria, basicamente, um palco das relações entre Estados, das quais estava excluída qualquer preocupação com os indivíduos ou com os grupos sociais, estes submetidos ao poder soberano e às regras jurídicas dos respectivos entes estatais. Disciplinar interesses de grupos e indivíduos por meio do direito internacional seria absurdo, pois seria uma interferência na soberania dos Estados Nacionais.

O término da Segunda Guerra Mundial, entretanto, deu início a uma nova concepção do Direito Internacional. A criação da ONU, em 1945, foi acompanhada de crescente preocupação com os direitos humanos, evidenciada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. As atrocidades cometidas durante as grandes guerras tornaram inaceitável o terror colonialista, pois a mortandade agora não ficava adstrita a um local distante e a um povo exótico e desconhecido. A barbárie fez-se presente e visível.

Esse novo direito internacional, todavia, ficou marcado em seu nascedouro por uma tendência que ainda o persegue: a de se conceberem os direitos humanos por meio de documentos voltados à proteção do indivíduo, filtrado pelo prisma abstrato da liberdade e da igualdade. Essa configuração dos direitos humanos nunca foi imune a críticas. Com efeito, na metódica individualista em que

por muitos são invocados, os direitos humanos atuam nas consciências como se pudessem “preencher o vazio deixado pelo socialismo”²⁴ ou como se estivessem predestinados a compensar a eliminação dos fundamentos teológicos da discursividade moderna. Essa neometafísica enrustida só poderia se apresentar acompanhada dos conhecidos, e já exaustivamente criticados, elementos de dominação social que a acobertam²⁵. A concepção dos direitos humanos como um invariante cultural ou um elemento transcultural da humanidade não esconde seu elemento ideológico: o liberalismo individualista²⁶ e os ideais da sociedade burguesa, até porque, por qualquer perspectiva que se tome, o “nós” só pode existir a partir do aparecimento do “eles”.

Essa nova visão jurídica tornou possível, logo após a Segunda Guerra Mundial, uma política dúplice e bem ao gosto da polaridade típica da guerra fria: invisibilidade das atrocidades cometidas pelos “amigos” e supervisibilidade das cometidas pelos “inimigos”. Visibilidade das atrocidades cometidas contra os aliados e invisibilidade das cometidas pelos ditadores amigos ou pelos pais das nações “civilizadas”. De outra parte, subjacente a esse discurso político, os direitos humanos passaram a ser vistos como um valor dos países centrais, uma dádiva²⁷ concedida aos países periféricos. Assim, os países mais “atrasados” em matéria de direitos humanos passaram a ter um ideal a ser perseguido: a concepção europeia e norte-americana de como viver em sociedade, ou seja, os ideais do liberalismo burguês. Por isso, tornou-se possível falar mais recentemente em “intervenção humanitária” ou até em “bombas humanitárias”²⁸.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 433.

²⁵ “Historicamente, as culturas hegemônicas tentaram fechar-se sobre si mesmas e apresentar o outro como o bárbaro, o selvagem, o incivilizado e, como consequência, suscetível de ser colonizado pelo que se autodenomina civilização”. HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 2. Título original: “Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato”.

²⁶ “A marca ocidental, ou melhor, a marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 444.

²⁷ Toda dádiva visa a uma retribuição, conscientemente ou não. “A dádiva não retribuída torna mais inferior aquele que a aceitou, sobretudo quando é recebida sem espírito de retorno. [...] A caridade é mais injuriosa para aquele que a aceita, e todo o esforço da nossa moral tende a suprimir a proteção inconsciente e injuriosa do rico ‘caritativo’”. MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**: com introdução à obra de Marcel Mauss por Claude Lévi-Strauss. Tradução de António Filipe Marques. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 175. Título original: “Essai sur le don”.

²⁸ “A ordem internacional não se pode calar quando o Estado, em nome de sua soberania, exerce-a de modo truculento e desrespeitoso aos Direitos Humanos de seus concidadãos. Isto, com certeza, decorre da igualdade entre os povos e a mundialização por qual perpassam as nações e as alterações nas relações jurídicas”. GONÇALVES, Wilson José. Direito de integração no processo de reconhecimento dos direitos humanos. In: NASCIMENTO,

O discurso dos direitos humanos pelo prisma individualista, entretanto, não pode ser acusado de totalmente vazio nem de hipócrita. “À luz da universalidade dos direitos humanos, atentou-se para a importância da prevalência do princípio da não-discriminação”²⁹, e a partir daí se construiu a proteção dos grupos vulneráveis, entre os quais os indígenas. O esforço muitas vezes heroico de pessoas e de instituições contribuiu, em vários aspectos, para a melhoria nas condições de vida de muitos oprimidos e pela disseminação de uma nova mentalidade, mas esse esforço cedo mostrou sua insuficiência. Isso se dá porque pelo filtro prismático da individualidade, os direitos humanos se associam ao conceito de tutela, de modo a inserir a figura do “pai protetor” e todo o sistema de dominação, resistência e de violações que daí decorre³⁰.

Por influxo dessa insuficiência, ao mesmo tempo em que a proteção dos direitos humanos individuais se expandiu e se generalizou³¹, o século XX também fez irromper uma busca de novos atos normativos e de políticas voltadas para grupos sociais, para os valores coletivos, em uma tentativa de regulamentar não apenas as necessidades concretas, básicas e específicas dos indivíduos, mas também os valores, as necessidades e os bens culturais das coletividades que integram, principalmente das minoritárias. Opera-se, gradativamente, uma verdadeira transformação na garantia dos direitos fundamentais, das coletividades e dos indivíduos. Principia assim o reconhecimento da multiculturalidade e da pluralidade jurídica, o reconhecimento da desigualdade concreta dos indivíduos, da diversidade das identidades coletivas humanas³² e de uma nova, e mais apropriada, percepção da dignidade humana. No direito internacional são aprovados nas últimas décadas

José (Coord.). **Os direitos humanos e sua articulação prática com os sistemas sociais**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001, p. 174. Esse pensamento parte da ideia de que “o processo de mundialização e globalização vem refletindo na formação e necessidade de se constituir, pelos direitos de integração, um processo de reconhecimento dos direitos universais, em especial, dos Direitos Humanos”. *Ibid.*, p. 162.

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 227.

³⁰ De fato, “toda a história do Direito brasileiro em relação à tutela dos direitos indígenas nos oferece um triste espetáculo de como o Direito, o legislador e o jurista imaginam, criam, inventam soluções de proteção e o Estado, pelo Poder Executivo ou Judiciário, é capaz de minar, corroer e deformar a ponto de transformar um instituto tão altruísta, tão profundamente humano como a tutela, substituta do pai, que deveria estar carregada de amor, em instrumento de opressão, porque longe de assistir o tutelado como se fosse um filho, o usurpa, como se fosse um inimigo derrotado”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 108-109.

³¹ “Tais expansão e generalização também possibilitaram que se voltasse atenção aos direitos atinentes a distintas categorias de *pessoas* protegidas, tidas como necessitadas de proteção especial, o que levou ao enunciado de, e.g., direitos dos trabalhadores, direitos dos refugiados e dos apátridas, direitos humanos da mulher, direitos da criança, direitos dos idosos, direitos dos inválidos, direitos dos povos indígenas”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 358.

³² O princípio iluminista da igualdade “não serve para proteger a maior parte dos direitos que querem os indígenas resguardar, que são por um lado o de serem diferentes dos demais e por outro que este direito à diferença não se refere, no mais das vezes, a garantias individuais, mas sim coletivas”. BARBOSA, Marco Antonio. **Auto-determinação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001b, p. 437.

do século XX vários tratados e convenções que passam a abordar temas referentes a grupos e, ao mesmo tempo, vários ordenamentos jurídicos estatais passam a também abordar direitos coletivos dos mais variados.

A progressiva preocupação da comunidade internacional com direitos coletivos permitiu o avanço da luta dos indígenas pelo reconhecimento dos seus direitos como povos. Compelidos à condição de meros indivíduos e de subcidadãos dos Estados, nos quais geralmente nem gozam de todos os direitos individuais, aos indígenas nunca foi suficiente a enunciação dos direitos do homem. Os indígenas, que o sentiram na própria carne, sabem muito bem que “os direitos humanos de alguns e de algumas podem ser as condições desumanas de outros e outras”³³. Depois de séculos de terror colonialista, sob o qual pereceram mais de 500 milhões de indígenas em todo o mundo, segundo as estimativas, os povos indígenas puderam sair um pouco da invisibilidade a que foram submetidos e puderem começar a reivindicar um tratamento humano.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS: A GRADATIVA SUPERAÇÃO DO ASSIMILACIONISMO NO CAMPO INTERNACIONAL

O direito internacional passou, a partir dos meados do século XX, a se preocupar com os povos indígenas, mas, de início, a preocupação era ainda assimilacionista e individualista. Um dos primeiros documentos internacionais a se referir aos indígenas foi a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, adotada em 1957, relativa à proteção e à integração das populações indígenas e de outras populações tribais ou semitribais nos países independentes. Essa convenção foi internalizada no Brasil pelo Decreto 58.824, de 14/7/1966, e seu texto contém idéias de uniformização jurídica e de assimilação. O item 1 do art. 1º, por exemplo, estipulava que competia “principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países”. A natureza liberal da proposta e o ideário individualista da dignidade da pessoa humana podem ser percebidos no item 3 do art. 2º da Convenção 107, pois fica claro que teria “por objetivo o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo”. Esse ideário influenciou a atuação dos organismos internacionais por muito tempo, inclusive o Banco Mundial, cuja política sempre foi de fornecimento de projetos de “desenvolvimento progressivo”, com a finalidade de aculturação gradual dos povos tradicionais.

³³ CLAVERO, Bartolomé. El proyecto de declaración internacional: derechos indígenas y derechos humanos. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 190.

A Convenção 107 não utilizava a expressão “povos indígenas”, mas “populações indígenas”. Ainda assim, em vista da necessidade de compatibilizar esse instrumento com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis de 1966³⁴, surgiu a discussão sobre as possíveis interpretações de critérios de referencialidade do conceito “povos” e da forma de exercício dessa autodeterminação. Esse Pacto, em seu art. 1º, estipula que “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Esse dispositivo constituiu um avanço expressivo, pois fica claro no item 3 do art. 1º que o conceito de Estado não se confunde com o de povo, embora não fique explícito o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos, porquanto as garantias estão ainda mais dirigidas aos “indivíduos”.³⁵ Ainda assim, a partir daí o princípio da autodeterminação dos povos, já presente na Carta das Nações Unidas de 1945 (art. 1º, item 2), passou a estar vinculado aos direitos humanos e à liberdade de um povo livremente decidir sobre sua organização política, visando ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Talvez por isso tenha esse Pacto demorado tanto tempo para ser adotado pelo Brasil.

Tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁶ representaram uma modificação substancial na concepção dos instrumentos normativos internacionais. O primeiro desses documentos contém uma regra significativa e extremamente importante para as minorias:

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Percebe-se nesses pactos um início de reconhecimento dos direitos coletivos dos povos minoritários³⁷. Avanços mais significativos para os povos indígenas,

³⁴ Resolução 2.200-A, da ONU. Adotado no nosso direito interno pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

³⁵ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Art. 2º. “1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.”

³⁶ Aprovado, no nosso direito interno, também pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo decreto 591, de 6 de julho de 1992.

³⁷ Em 18/12/1992 a ONU aprovou (Resolução 47/135) a Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais, ou Étnicas, Religiosas ou Lingüísticas, que aprofunda essa proteção, cujo item 5 do art. 2º praticamente repete o art. 27 do Pacto de 1966, mas acrescenta no item 1 do seu art. 3º que “As pessoas pertencentes a minorias poderão exercer seus direitos, inclusive os enunciados na presente Declaração, individualmente bem como em conjunto com os demais membros de seu grupo, sem discriminação alguma”.

contudo, só ocorreriam a partir da Convenção 169 da OIT, adotada em Genebra, em 27/6/1989, que substituiu a Convenção 107. Essa Convenção estabelece 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” (item 2 do art. 1º) e considerou indígenas os que descendem 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” (item 1, “b”, do art. 1º). Essa Convenção também reconhece a igualdade, a especificidade desses povos, e o direito de exercício de autorregulação de suas instituições, seu desenvolvimento econômico, suas formas de vida cultural e espiritual, dentro do Estado em que vivem.

A Convenção 169 estabelece, por exemplo, que “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” (art. 2º) e para isso os governos têm de garantir os direitos de propriedade e posse das terras tradicionalmente ocupadas, do uso e preservação dos recursos naturais nelas encontrados, bem como de acesso a serviços de saúde e de educação básicos, observando suas necessidades particulares (art. 14).

Outro aspecto significativo é que a Convenção 169 da OIT substituiu o termo “populações”, por “povos indígenas”. Embora tenha sido ressalvado (item 3 do art. 1º) que o termo “povos” não poderia ser interpretado para gerar implicações ligadas ao direito internacional, esse foi um dos aspectos que mais resistência acarretou nos meios conservadores do Brasil e dos vários entraves que retardaram a aplicação desse instrumento em nosso País.

Com efeito, a Convenção 169 da OIT, doze meses após as duas ratificações mínimas exigidas, entrou em vigência no plano internacional em 05 de setembro de 1991. O Projeto de Decreto Legislativo foi aprovado pela Câmara em 1993, mas ficou parado no Senado até 2000, quando a Comissão de Constituição e Justiça o aprovou com uma emenda que pedia a supressão dos termos “povos” e “território”, com a justificativa de que feriam a soberania nacional e a Constituição da República, que define as terras indígenas como propriedade da União com usufruto dos povos indígenas. A Convenção só viria a ser ratificada pelo Brasil em 2002 e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19/4/2004, publicado em 20/4/2004.

Ao declarar expressamente a obrigação estatal de reconhecer a autonomia dos povos e de garantir propriedade e posse das terras, a Convenção 169 da OIT parece gerar uma aparente contradição com a Constituição da República, a qual

estipula (art. 20, XI) que as terras indígenas pertencem à União. Essa tensão é apenas aparente, pois conjugado esse dispositivo com o art. 231, que atribui aos índios “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, fica evidente que o art. 20, XI, da Constituição atribui à União o dever de proteger as terras indígenas, ou seja, cria uma “propriedade vinculada ou propriedade reservada”³⁸. A posse permanente, inequivocamente, é das populações indígenas (art. 231, § 2º).

Com a Convenção 169 se torna possível falar de “povos indígenas” como categoria analítica para fins jurídicos e também como expressão de identidade. De uma perspectiva assimilacionista, integracionista e exógena aos indígenas, passa-se gradativamente à perspectiva do reconhecimento de sua diversidade e da sua dignidade como povo, em que pesem todas as resistências conservadoras, fruto dos interesses econômicos, que ainda predominam no País.

Outros documentos aprovados por órgãos internacionais multilaterais também abordaram a pluralidade, ainda que marginalmente. Exemplo disso é a Convenção Sobre Diversidade Biológica³⁹, a qual, embora trate fundamentalmente da questão ambiental, reconhece em seu preâmbulo a relevância de se proteger a existência das populações indígenas e de suas formas de vida tradicionais para a manutenção do meio ambiente.

O ápice dessa tendência de reconhecimento dos direitos dos povos tradicionais, e dos indígenas em particular, foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. Não foi, entretanto, um percurso fácil nem tranquilo e nem é possível afirmar que foi totalmente percorrido. Trata-se de uma trilha por terminar.

3. O LONGO CAMINHO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, configurou uma moldura conceitual a partir da qual se tornou possível discutir a condição dos indígenas como povos e tornou possível alguma reivindicação no plano internacional. Em 1977 realizou-se a primeira Conferência Internacional de Organi-

³⁸ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 46.

³⁹ A referida Convenção foi adotada em 5/6/1992, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro, e foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994, de 3/2/1994, com base no art. 49, I, da Constituição da República. Sua entrada em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, só ocorreu por meio do Decreto 2.519, de 16/3/1998 (art. 84, VIII, da Constituição).

zações Não-Governamentais (ONGs) nas Nações Unidas sobre a discriminação dos povos indígenas, na qual, pela primeira vez, os grupos indígenas conseguiram ser ouvidos na reivindicação de serem designados como povos, e não mais como minoria étnica.

Com isso se intensificou o movimento pelo reconhecimento dos povos indígenas pelo direito internacional, principalmente a partir de 1980, quando se acentua a noção de “povos indígenas” como conceito analítico e como categoria de identidade detentora de titularidade de direito. Esse fenômeno foi impulsionado por movimentos de direitos humanos e de ativismo indígena internacional⁴⁰.

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), por meio da Resolução 1982/34, de 7/5/1982, autorizou o estabelecimento do Grupo de Trabalho sobre os Povos Indígenas (WGIP), para desenvolver os padrões de direitos humanos que protegeriam os povos indígenas. O Grupo de Trabalho foi criado como resultado do estudo realizado pelo Relator Especial da ONU, José R. Martínez-Cobo, que identificou o sério problema da discriminação sofrida pelos povos indígenas no mundo, principalmente porque “sob uma ideologia de origem colonial, alguns setores reclamam a necessidade de *civilizar* os grupos de cosmovisão *primitiva* a partir de uma suposição básica de que a cultura moderna é superior à primitiva baseando-se em ideia do darwinismo social que fundamentam o prevalecimento dos grupos *fortes* sobre os *fracos*”⁴¹.

Em 1985, o Grupo de Trabalho deu início aos preparativos da minuta da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas a partir de vinte princípios elaborados em reuniões preparatórias pelos indígenas e por suas organizações. A primeira versão foi elaborada em 1988, mas sofreu sucessivas modificações. O trabalho contou com ampla participação de representantes de povos indígenas “uma abertura surpreendente para os moldes de atuação da maioria das Comissões da ONU”⁴².

Em consonância com essas ideias, o Banco Mundial, em setembro 1991, adotou a diretriz operativa 4.20,⁴³ que define “povos indígenas” de forma mais ampla, e passou a atentar para a necessidade de proteger os indígenas contra projetos de desenvolvimento que poderiam criar-lhes obstáculos.

⁴⁰ SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. **Boletim Meridiano** 47, 28/4/2009, disponível em: <<http://meridiano47.info/2009/04/28/o-reconhecimento-dos-direitos-dos-povos-indigenas-sob-a-perspectiva-internacional-e-a-brasileira-por-mariana-yokoya-simoni/>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

⁴¹ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001a, p. 24.

⁴² BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001b, p. 376.

⁴³ Um resumo das políticas do Banco Mundial para os povos indígenas pode ser visto em <<http://www.banco-mundial.org/temas/resenas/indigenas.htm>>. A diretriz operativa 4.20, que se encontra em processo de revisão, pode ser vista em <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/3057e000488559dd8454d66a6515bb18/OD420_Portuguese.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 28 jul. 2013.

Em 1993 o Grupo de Trabalho chegou a um consenso sobre o texto final da minuta da Declaração e o submeteu à Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias. Em 1994, o texto foi aprovado e em seguida enviado à antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

A Assembleia Geral da ONU, por meio do item 5 da Resolução 49/214, de 23/12/1994⁴⁴, exortou a Comissão de Direitos Humanos a analisar o projeto da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas dentro de uma década.

Em março de 1995, no início da Primeira Década Internacional dos Povos Indígenas no Mundo (1995-2004), em razão das resistências apresentadas pelos Estados, a Comissão de Direitos Humanos criou um grupo de trabalho para rever a proposta da Declaração e ficou garantida às organizações não-governamentais indígenas igualdade com os Estados-membros nos trabalhos, o que estabeleceu um precedente para a participação de ONGs indígenas nas reuniões anuais do grupo de trabalho. Nos anos seguintes, o grupo de trabalho reuniu-se para rever o rascunho e receber propostas dos Estados-membros e das ONGs indígenas.

A Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, em 1993, havia recomendado o estabelecimento de um Fórum permanente para tratar de “assuntos indígenas” junto à ONU, mas o Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas (UNPFII) foi criado somente em 28/7/2000 por meio da Resolução 2000/22, do Conselho Econômico e Social (ECO-SOC), com a missão de promover a conscientização sobre assuntos indígenas e promover a integração e coordenação de atividades relacionadas a assuntos indígenas no âmbito das Nações Unidas, e seu primeiro encontro se realizou em Nova York em 2002. O Fórum Permanente participou ativamente nos trabalhos da Declaração. A Cúpula Mundial de 2005 e a Quinta Sessão do Fórum Permanente sobre Assuntos Indígenas (UNPFII) em 2006 solicitaram a adoção da Declaração o mais rápido possível.

Após longos debates, em junho de 2006 o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou o texto da Declaração tal como proposto pelo Grupo de Trabalho, com o apoio do UNPFII. Em dezembro de 2006, antes de encaminhar o referido texto para votação na Assembleia Geral da ONU, o Conselho decidiu prorrogar sua análise e consulta, com o objetivo de adequar a redação final da Declaração com a preocupação dos Estados acerca de alguns conceitos e termos utilizados. O texto foi reformulado para esclarecer os limites do termo “autodeterminação”, atrelado à estrutura do Estado, e para aumentar as hipóteses de atividades militares em terras indígenas em casos de interesse público, e não apenas em situação de grave ameaça, bem como para reconhecer que a situação dos povos indígenas varia segundo as particularidades nacionais e regionais e as

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r214.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

diversas tradições históricas e culturais. Só em setembro de 2007 a proposta foi submetida a votação.

Nesse caminho, um dos retrocessos mais evidentes se verificou na regra sobre propriedade intelectual. A proposta original para o art. 18 era a seguinte:

18. Os povos indígenas têm o direito a medidas especiais de proteção, como propriedade intelectual, de suas manifestações culturais tradicionais, como a literatura, desenho, artes visuais e representativas, cultos, conhecimentos médicos e conhecimento das propriedades úteis da fauna e da flora.

O texto original tinha por finalidade a proteção do patrimônio intelectual dos povos tradicionais contra a biopirataria ou biogrilagem, como proferem alguns⁴⁵, mas o texto aprovado foi o seguinte:

Artigo 31

1. Os povos indígenas têm o direito a manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias, assim como, assim com a de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais, e as artes visuais e interpretativas. Também tem direito a manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual de seu patrimônio intelectual, seus conhecimentos tradicionais e suas manifestações culturais tradicionais.

Percebe-se claramente que os interesses econômicos ditaram uma importante alteração, pois o “conhecimento das propriedades úteis da fauna e da flora” deixa de ser uma propriedade intelectual dos povos indígenas e fica-lhes assegurado apenas o direito de “manter, controlar, proteger e desenvolver” esse conhecimento.

Em 13 de setembro de 2007, foi aprovada na Assembleia Geral a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com 143 votos a favor, 4 contra (Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália) e 11 abstenções. O Brasil votou a favor da Declaração, da mesma forma que todos os países da América do Sul, com exceção da Colômbia, que se absteve.

As votações contrárias não surpreenderam. Os principais argumentos contrários apresentados por esses quatro países são: (1) a falta de uma definição clara do termo “indígena”; (2) as referências e construções potencialmente impróprias

⁴⁵ Nesse sentido: SANTOS, Sandro Schmitz dos. Declaração universal dos povos indígenas e os novos desafios ao Direito Internacional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 19, n. 6, p. 74 jun. 2007.

ao direito de autodeterminação; (3) as discordâncias referentes aos direitos à terra, aos territórios e aos recursos naturais; e (4) o entendimento de que as leis comunitárias infringem a universalidade constitucional.

4. A DECLARAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS COMO MARCO DOS DIREITOS HUMANOS COLETIVOS

O mais importante na crescente preocupação pelos direitos humanos dos povos indígenas é a gradual mudança de ênfase dos direitos universais individuais para os “direitos coletivos”. Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas pode configurar um novo espaço de reconhecimento dos direitos coletivos no âmbito internacional e um novo ambiente de luta e resistência de todos os povos tradicionais, como se pode verificar, por exemplo, no seu primeiro artigo:

Artigo 1. Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

A percepção dos direitos dos indígenas como aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a indivíduos isolados não deixa de ter sua importância para aqueles que, por séculos, não foram tratados como pessoas, mas como coisa a ser escravizada, despojada e subjugada. Mas é, ainda, insuficiente e até paradoxal, pois a própria categorização do indígena pressupõe sua inserção em uma coletividade, pois o indígena só existe por meio de um processo de auto-identificação como povo. O conceito de cidadania nacional, como forma política que permite a cada indivíduo ser titular de direitos e deveres cívicos, civis e sociais exige justamente o pertencimento à nação, mas na ideia de “uma nação, um só povo” subjaz a de “um só mercado, uma só sociedade (burguesa)”, e, como alicerce de toda essa construção, o fundamento da propriedade individual. Assim, o reconhecimento da titularidade de direitos por grupos e coletividades, em especial as tradicionais e minoritárias, remete à criação de um novo conceito de cidadania.

O princípio da dignidade da pessoa humana, tal como sentido por expressiva parcela dos seus intérpretes, ainda tem representado ora uma entidade

metafísica e abstrata, ora o ideário da igualdade individual de pessoas isoladas⁴⁶. A dignidade é reconhecida pela identidade de todos em uma só substância (matriz única), a “humana”⁴⁷, para a qual uma só sociedade é possível: a sociedade burguesa⁴⁸, destino escatológico de toda a humanidade.

A essência idealista de um princípio da dignidade da pessoa humana tende a eliminar todo ente heterogêneo, de sorte a transformar o “somos iguais, somos diferentes” em “devemos ser um só povo”. É necessário tudo mudar (“desenvolver”) para ser tudo uma só coisa, como uma visão mítica de retorno para o Uno.⁴⁹ É necessário repetir à exaustão o pecado original para relembrar a existência do próprio paraíso perdido. O postulado dos povos indígenas, entretanto, se encontra exatamente no campo oposto, o do respeito à diversidade. Ainda assim, é possível construir a dignidade humana de forma concreta, do mesmo modo em que os homens desde sempre se humanizam: pela percepção do Outro. Uma sociedade é tanto um conjunto de sujeitos como sua negação, daí que é necessário para sua compreensão integral não só considerar seus sujeitos individualmente concretos, mas também o conjunto das relações sociais que os nega como indivíduos isolados.

Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas apresenta vários avanços, pelo menos como instrumento de luta dentro dos respectivos Estados nacionais, pois reconhece vários direitos coletivos concretos dos

⁴⁶ Contra uma visão formalista e homogeneizadora do princípio da igualdade, o preâmbulo da Declaração Universal sobre os direitos dos Povos Indígenas afirma que “os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a ser diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a ser respeitados como tais”.

⁴⁷ O poder excludente dessa abstração conceitual vai em duas direções: externamente, são excluídas as coisas (escravos, indígenas, negros e animais em geral) e internamente são excluídos os grupos subalternos. “Isso que nós consideramos como natureza humana remete principalmente às inclinações dos adultos (burgueses) machos, o que geralmente exclui as mulheres, as crianças e os velhos e ignora, além disso, o princípio universal da sociabilidade humana, ou seja, o parentesco”. SAHLINS, Marshall. **Un grosso sbaglio**: l’idea occidentale di natura umana. Tradução de Andrea Aureli. Milano: Elèuthera, 2010, p. 52. Título original: “The western illusion of human nature” [2008].

⁴⁸ O caráter sistêmico (excludente das heteronomias) das concepções tradicionais dos “direitos inatos da pessoa humana” pode ser visto, sem disfarces, no art. 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16/6/1776, que prescreve “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança” (grifos nossos). A condição essencial para adquirir esses direitos, como se vê, é a entrada na sociedade, a burguesa evidentemente, a partir do qual se adquire o direito de perseguir a propriedade (a felicidade) à custa da natureza, na qual se encontram inseridos os demais povos, ainda primitivos, ou seja, em estado permanente de natureza.

⁴⁹ A sociedade burguesa precisa “para conservar a si mesma, para permanecer idêntica a si mesma, para ‘ser’, expandir-se continuamente, prosseguir, lançar sempre para mais além os limites, não respeitar nenhum deles, não permanecer igual a si mesma”. ADORNO, Theodor W. **Dialética negativa**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 31. Título original: “Negative Dialektik”. Daí que o reconhecimento de outras sociedades nada mais seja do que a imposição de limites, um aparente paradoxo quando se observa que tais limites são auto-impostos pelo Estado, que representa os interesses da própria sociedade burguesa.

indígenas como povos, entre os quais podem ser destacados os seguintes:

a) direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, assim como os meios para financiar suas funções autônomas (art. 4º);

b) direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo por sua vez, seus direitos de participar plenamente, se o desejam, na vida política, econômica, social e cultural do Estado (art. 5º);

c) direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (art. 34); de determinar sua própria identidade ou pertencimento étnico (art. 33);

d) direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com as suas comunidades (art. 35);

e) direito de não sofrer da assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura (art. 8º);

f) direito de pertencer a uma comunidade ou nação indígenas, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade, ou nação de que se trate, sem se submeterem a nenhuma discriminação de qualquer nenhum tipo por conta do exercício desse direito (art. 9º);

g) direito a um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, em que nele se reconheçam devidamente as leis, tradições, costumes e sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas, bem como o direito de participação dos povos nesse processo (art. 27);

h) direito de revitalizar, utilizar, fomentar e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosóficas, sistemas de escrita e literatura, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas, e mantê-los (art. 13);

i) direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições docentes que compartilham educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino-aprendizagem (art. 14);

j) direito de manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação entre si quando estejam divididos por fronteiras internacionais, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, política, econômica e social, com seus próprios membros, assim como outros povos através das fronteiras (art. 36);

l) direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido (art. 26), de não serem retirados pela força de suas terras ou territórios (art. 10), de manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente têm possuído ou ocupado e utilizado (art.

25), de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma de tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma (art. 26); à reparação, preferencialmente em terras, ou à restituição pelas terras, territórios e os recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou utilizado de outra forma e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado (art. 28); à conservação e proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras, territórios e recursos (art. 29); de determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras ou territórios e outros recursos (art. 32).

A quantidade de referências à terra comprova a sua centralidade para os indígenas. Não poderia ser diferente, pois “índio e terra estão de tal sorte ligados que dificilmente poderíamos conceber a existência do primeiro sem a segunda”⁵⁰. A relação dos indígenas com a terra é peculiar, com um modo diferente de conceber a territorialidade⁵¹ e incompatível com a ideia moderna de propriedade⁵², o que torna necessário um tratamento especial a esse peculiar direito coletivo. Infelizmente, os meios jurídicos demonstram grande dificuldade de adaptar a dicotomia público/privado a esse e a outros direitos coletivos.

Pelo texto, nenhuma ação deve ocorrer em terras indígenas sem consentimento prévio e informado dos povos, mas isso ainda é objeto constante de luta. A efetivação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas é, acima de tudo, uma luta pelo reconhecimento do direito coletivo às terras, o que coloca em discussão o próprio conceito de propriedade.⁵³ Esse direito não pode ser interpretado como mera formalidade cumprida em si mesma, ou seja, como mera comunicação aos indígenas, mas como direito de efetiva participação. De outra parte, a participação dos indígenas deve ser direta e não por meio de “representantes

⁵⁰ BARBOSA, Marco Antonio. 2001a, op. cit., p. 115.

⁵¹ De fato, “coexistem dentro do estado povos com línguas, crenças, costumes e noções bem diferenciadas de territorialidade que chegam a colidir com os valores defendidos pelos órgãos governamentais, configurados em sua maioria por uma visão determinista, homogênea e totalizante”. SILVA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira**. Orientador: Vladimir Passos de Freitas. 2009. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 12.

⁵² Isso é uma necessária consequência do reconhecimento de que existem inúmeras “culturas próprias a planetas jurídicos diversos onde não é tanto a terra que pertence ao homem mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual parece invenção desconhecida ou disposição marginal”. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

⁵³ “O surgimento de direitos coletivos e o seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos trouxe à discussão a essência do direito individual de propriedade. O direito coletivo ao ambiente sadio, ao patrimônio cultural, ao desenvolvimento segundo cânones culturais locais põe em cheque a manutenção do direito de propriedade tal como foi concebido no final do século XVIII e organizado no século XIX”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003, op. cit., p. 234.

oficiais”, em decorrência da forçada incapacidade absoluta a que juridicamente os indígenas estão submetidos, pois sem isso a regra representaria apenas uma farsa.

As orientações contidas na Declaração também devem ser consideradas ao se criar a legislação aplicável aos indígenas e na discussão do Estatuto dos Povos Indígenas⁵⁴. A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas também pode, a partir de sua aprovação, ser usada pelo Poder Judiciário como referência para suas decisões. Esses preceitos relativos à terra não possuem incompatibilidade com a Constituição da República do Brasil, a qual consagra aos indígenas “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231). Ao contrário, a Constituição de 1988 sepulta a concepção assimilacionista que anteriormente vigorava, e a partir dela o sistema jurídico passa a reconhecer aos índios os direitos de manter suas culturas, tradições e organizações sociais, a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, a possibilidade de propor demandas judiciais. As conquistas da Constituição são eficazes para atender as principais reivindicações indígenas, mas as suas regras e princípios não contam com uma adequada correspondência na legislação ordinária.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas contribui para consolidar e operacionalizar as disposições constitucionais para outros níveis. A projeção internacional das reivindicações indígenas constitui passo fundamental para ampliar as bases jurídicas e as políticas públicas aplicáveis aos seus povos, bem como pode contribuir para generalizar uma nova percepção social sobre os povos minoritários e contribuir para um real desenvolvimento⁵⁵, que acima de tudo é social e cultural. Além disso, a própria autoestima e as identidades indígenas saem reforçadas e valorizadas nesse processo de reconhecimento da diversidade cultural.

As principais críticas dirigidas contra a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas estão centradas na alegação de sua contrariedade à “soberania estatal” e à “uniformidade constitucional”, e nos discursos míticos de Justiça e Ordem. Não há dúvida de que tais críticas estão profundamente ligadas a uma

⁵⁴ Hoje, os direitos dos povos indígenas são regulados pela Lei 6.001/73, a qual se encontra defasada, assimilacionista e com uma visão discriminatória dos povos indígenas. Tramita na Câmara Federal o projeto de lei 2.057, apresentado em 23/10/1991 pelo então deputado Aloizio Mercadante. Em que pesem alguns avanços, todas as propostas e suas emendas ainda tratam os povos indígenas de forma inadequada, seja por serem denominados como “sociedades”, seja por manterem um prisma, na essência, individualista para o tratamento das principais questões. Um aspecto curioso no PL 2057/91 é o título II (“Da organização social”), que em realidade trata do sistema jurídico aplicável, cujo art. 3º prescreve que “as sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público”. Há também importantes regras a respeito da representação dessas sociedades, inclusive judicialmente (arts. 4º e 5º). Esse projeto, entretanto, está paralisado na mesa diretora da Câmara desde 29/11/1994, embora apto para julgamento no Plenário.

⁵⁵ O real desenvolvimento só pode se efetuar mediante a garantia dos direitos humanos, estes concebidos como uma totalidade da vida das coletividades e dos indivíduos. Os direitos humanos assim arquitetados não constituem apenas instrumentos que conduzem ao desenvolvimento, mas são eles próprios.

ultrapassada visão colonialista, presente até em setores da esquerda, mas incompatível com o desenvolvimento do princípio de autodeterminação dos povos. Não se esconde entre os segmentos mais conservadores o desejo de expansão agrícola sobre as terras indígenas, como “terra de ninguém”, sob a justificativa de interesses nacionais, quando em realidade se trata de interesses privados puramente econômicos. A ideia de “um espaço homogêneo do território, um tempo homogêneo da história nacional e uma cultura homogênea em toda a população”⁵⁶ é uma visão romântica e colonizadora de nação. Tempo, espaço e cultura são, justamente, os existenciais revolucionados pela modernidade e por sua técnica, e essa percepção homogênea de espaço e cultura, bem como a ideia linear de tempo, dificultam o reconhecimento e o respeito da diversidade.

O texto aprovado reconhece o autogoverno e a livre determinação dos povos. A ONU recomenda, com essa regra, que as nações do mundo respeitem as formas políticas, sociais e jurídicas de cada povo. A dificuldade de equacionar esse direito fundamental reside no caráter ambíguo das relações entre Estado, sociedade civil e povos indígenas no Brasil, na construção de um imaginário nacional vinculado à expansão das fronteiras e consolidação do território brasileiro (mito do bandeirante desbravador), na construção de uma visão colonizada de relação com os países centrais (exportação de produtos primários e autopercepção como “um País que não presta”) e na diversidade de configurações sócio-históricas por que passamos. Na construção do imaginário brasileiro moderno, principalmente a partir da obra de Gilberto Freyre, o índio passa a ser concebido com um dos elementos de construção da nação brasileira, miscigenada e única, e sua pureza étnica um defeito a ser “corrigido”. A aspiração do indígena, nessa perspectiva, só poderia ser a de homogeneidade e de unidade nacional.

As críticas, portanto, não guardam correspondência com reais problemas jurídicos, sociais ou econômicos, mas decorrem de preconceitos estabelecidos por uma cosmovisão colonizadora, como o filho castigado/escravizado (colonizado) cuja identificação ao Outro (colonizador) o torna predestinado a também colonizar e escravizar. Romper com esse imaginário é uma tarefa difícil em um País com a nossa estrutura agrária, mas é condição necessária para o total desenvolvimento de nossas potencialidades.

⁵⁶ NOVAES, Adauto. Invenção e crise do Estado-nação. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 12.

5. A REPRESENTAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS PERANTE OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Não há dúvida de que o descumprimento, inclusive por omissão, de preceitos firmados em normas internacionais pode acarretar sanções internacionais. É a denominada “regra de interconexão”⁵⁷, fenômeno recente do direito internacional, mas cada vez mais aplicado, principalmente no campo econômico. Os indígenas, entretanto, sempre tiveram dificuldade de serem ouvidos pela comunidade internacional e de denunciar as violações de seus direitos. Essa dificuldade de ser ouvido pode ser percebida no seguinte relato:

No ano de 1923, o chefe indígena Cayuga Deskaheh, foi a Genebra como representante de seis tribos de índios Iroqueses. Durante mais de um ano, tentando conseguir a atenção da Sociedade das Nações. Apesar de algumas delegações terem escutado seriamente sua causa, a Sociedade não escutou seus apelos. O representante então defendeu sua causa se dirigindo ao povo suíço e permaneceu firme em sua luta até sua morte, que veio a ocorrer em 1925.

Em 1984 [sic, em realidade 1924], com o objetivo de protestar pelo descumprimento no disposto no Tratado de Waitangi, celebrado entre a Coroa Inglesa e os povos Maoris da Nova Zelândia, o Conselho Maori recorreu ao Poder Judiciário, assim como, ao Waitang Tribunal (“New Zeland Maorí Council v. Attorney-Generan. A decisão judiciária entendeu que este tratado é o fundamento constitucional sobre as relações entre os povos Maori e a Coroa Britânica. De acordo com este Tratado, o Governo Inglês reconheceu aos Maoris o direito de autogoverno, reconheceu os Maoris como cidadãos britânicos e garantiu a completa, exclusiva e não perturbada posse de suas terras.”⁵⁸

Como o acordo não foi cumprido em relação às terras, o pajé maori e numerosa delegação foi a Londres solicitar auxílio ao Rei Jorge, que não os recebeu. O chefe Ratana enviou parte da sua delegação a Genebra para ser ouvida, mas não se conseguiu nenhuma audiência. Em 1925 o próprio chefe Ratana foi a Genebra, mas não conseguiu audiência. Apesar disso, as iniciativas dos chefes indígenas chamaram “a atenção da comunidade para o fato de não estes não possuíam nenhum recurso para protestar quando eram descumpridos os tratados internacionais celebrados entre eles e as potências colonizadoras”⁵⁹.

⁵⁷ A esse respeito: CHAMBERS, Ian. El convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 125-126.

⁵⁸ HENDERSON. Jonh; BELLAMY, Paul apud SANTOS, Sandro Schmitz dos. Op. cit., p. 64.

⁵⁹ SANTOS, Sandro Schmitz dos. Op. cit., p. 65.

Outro episódio indicativo das dificuldades de representação dos povos indígenas ocorreu em 1977, quando na Conferência das Organizações Não-Governamentais sobre a discriminação dos povos indígenas, compareceram 200 delegados indígenas, os quais não podiam ter acesso aos trabalhos por não estarem registrados em ONGs. Foi necessário uma articulação das Nações Unidas para que esses delegados pudessem participar. Assim, o problema da titularidade dos povos indígenas em face dos Estados nacionais e dos organismos internacionais sempre foi um problema a ser superado.

Por meio da atuação das organizações não-governamentais em torno dos direitos humanos, houve alguma abertura para “um novo diálogo universal, entre governos e sociedade civil”⁶⁰. Esse diálogo é, entretanto, ainda tímido, incipiente e limitado, pois restrito a alguns temas. É necessário ampliar esse diálogo e, portanto, modificar o “tipo de representação, organização ou instituição que corresponde aos indígenas em cada país. O importante é que essa institucionalidade seja definida pelos próprios grupos indígenas e não imposta pelo governo ou outra autoridade estatal”⁶¹.

A autodeterminação é a principal reivindicação dos povos indígenas, pois lutam pelo reconhecimento dos seus direitos individuais e coletivos no plano internacional⁶². “Do ponto de vista do direito internacional não há a menor possibilidade de se sustentar que os povos indígenas não são titulares do direito internacional de se autodeterminar”⁶³. O próprio Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) estipula no seu art. 1º que “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” e prescreve que todos os Estados deverão promover o exercício do direito à autodeterminação.

Os Estados nacionais, entretanto, resistem a esse reconhecimento e o pano de fundo disso se encontra no conceito de soberania e no medo de separação ou secessão, embora seja incontestável que “a maioria dos povos indígenas do mundo nem tem condição real, nem o menor interesse em se separar dos Estados onde estão situados, mas não abrem mão do reconhecimento explícito de tal direito; não admitem falar-se em autodeterminação interna”⁶⁴. Um dos pontos que mais distancia povos tradicionais das sociedades modernas consiste justamente em estas estarem organizadas em torno do Estado-nação⁶⁵. “A sociedade primitiva

⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 231.

⁶¹ CHAMBERS, Ian. Op. cit., p. 131.

⁶² BARBOSA, Marco Antonio. 2001b, op. cit., p. 313.

⁶³ Ibid., p. 435.

⁶⁴ Ibid., p. 435-436.

⁶⁵ “No hace falta constituir Estado para asumir la responsabilidad y hacerse cargo colectivamente de los intereses propios. El mismo Estado debe ahora tomarlo y mantenerlo bien en cuenta”. CLAVERO, Bartolomé. Op. cit., p. 204.

resiste à possibilidade de nascimento do Estado concentrando em si mesma todo o poder possível, na coletividade como tal: nada de individual escapa ao império do coletivo”⁶⁶.

A ideia de “Estado” é totalmente estranha aos povos indígenas, mas o reconhecimento da autodeterminação exige que se criem mecanismos de representação desses povos nos organismos internacionais, como meio de lhes dar voz e de tornar possível resolver eventuais conflitos com os Estados nacionais em que se encontrem inseridos. É verdade que já houve progresso nesse aspecto, pois o Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas (UNPFII) é composto por oito representantes dos Estados, escolhidos pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e mais oito membros nomeados pelas organizações indígenas. Esse mecanismo participativo, entretanto, é ainda insuficiente.

O “direito internacional estará incompleto e não será direito se não admitir a aplicação do princípio da autodeterminação a todos os povos”⁶⁷ e para isso é necessário caminhar para o reconhecimento do direito de os povos indígenas participarem com titularidade própria em organismos internacionais. Um mecanismo possível seria a instituição de sistemas de trabalho como os da OIT, em que representantes tripartites (Estado, trabalhadores e empresários) participem das deliberações.

Essa dificuldade de reconhecimento de titularidade dos povos indígenas na reivindicação de seus direitos ocorre também no nível interno dos Estados, principalmente quando se trata de se recorrer ao Poder Judiciário. Embora o art. 232 da Constituição da República expressamente atribua que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”, ainda se verifica uma forte tendência de se aplicar esse preceito como possibilidade de defesa de direitos individuais. A questão, entretanto, sempre esteve vinculada à defesa dos direitos coletivos, pois os indígenas existem, acima de tudo, como parte de uma coletividade, e os “coletivos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais”⁶⁸.

Um direito do qual toda a comunidade é sujeito, que é compartilhado, mas não pode ser dividido ou alienado, é tão estranho à racionalidade jurídica moderna que se torna difícil vencer as resistências culturais. As aberturas norma-

⁶⁶ WOLF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 33.

⁶⁷ BARBOSA, Marco Antonio. 2001b, op. cit., p. 339.

⁶⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003, op. cit., p. 250.

tivas realizadas no plano internacional, entretanto, podem contribuir de maneira significativa para alterar a apertada mentalidade jurídica no plano interno da maioria dos Estados Nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas representa importante avanço no reconhecimento dos direitos coletivos dos povos tradicionais no plano internacional. Representa também importante modificação na estrutura dos direitos humanos, a partir da qual se busca superar sua base individualista e liberal.

A Declaração Universal é instrumento que permite e exige a continuidade de uma luta pelo reconhecimento e efetividade, no plano interno dos Estados, dos direitos que enuncia. Três aspectos continuam a ser centrais para os povos indígenas: proteção do conhecimento tradicional, luta pela terra e representação nos organismos internacionais.

Em relação ao conhecimento tradicional, há a necessidade de avançar internacionalmente no reconhecimento da propriedade coletiva dos saberes tradicionais da fauna e da flora. Propriedade coletiva é um paradoxo que mostra a centralidade dessa questão. É preciso ir além do texto da Declaração para constituir sistemas de proteção contra a biopirataria em favor não apenas dos povos indígenas, mas também dos Estados em que se encontrem.

A demarcação e o respeito às suas terras continua a ser o elemento mais importante para a sobrevivência dos povos indígenas. A Declaração ofereceu vários avanços na instrumentalização dessa luta, mas há necessidade de os Estados adotarem efetivamente medidas que sustentem os respectivos direitos. A expansão das fronteiras agrícolas e a construção de usinas hidrelétricas, entretanto, continuam a ser justificativas apontadas para o brutal descumprimento da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas.

Por fim, há a necessidade de novos mecanismos de representação dos povos indígenas perante os organismos internacionais. A representação por meio de organizações não-governamentais, embora tenha servido de anteparo para dar alguma voz aos indígenas, é insuficiente para o respeito da dignidade de seus povos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Dialética negativa**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. Título original: “Negative Dialektik”.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001a.

_____. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001b.

CHAMBERS, Ian. El convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 123-141.

CLAVERO, Bartolomé. El proyecto de declaración internacional: derechos indígenas y derechos humanos. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). **Derecho indígena**. México: Instituto Nacional Indigenista, 1997, p. 184-213.

GLISSANT, Édouard. **Poética del diverso**. Traduzione di Francesca Neri. Roma: Meltemi, 1998. Título original: “Introduction à une poétique du divers” [1996].

GONÇALVES, Wilson José. Direito de integração no processo de reconhecimento dos direitos humanos. In: NASCIMENTO, José (Coord.). **Os direitos humanos e sua articulação prática com os sistemas sociais**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001, p. 161-180.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. Título original: “Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato”.

MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**: com introdução à obra de Marcel Mauss por Claude Lévi-Strauss. Tradução de Antônio Filipe Marques. Lisboa: Edições 70, s/d. Título original: “Essai sur le don”.

NOVAES, Adauto. Invenção e crise do Estado-nação. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura

política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Sandro Schmitz dos. Declaração universal dos povos indígenas e os novos desafios ao Direito Internacional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 19, n. 6, p. 64-76, jun. 2007.

SAHLINS, Marshall. **Un grosso sbaglio**: l'idea occidentale di natura umana. Tradução de Andrea Aureli. Milano: Elèuthera, 2010. Título original: "The western illusion of human nature" [2008].

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril Editor, 1993, p. 45-50.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional**: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira. Orientador: Vladimir Passos de Freitas. 2009. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. **Boletim Meridiano 47**, 28/4/2009, disponível em: <<http://meridiano47.info/2009/04/28/o-reconhecimento-dos-direitos-dos-povos-indigenas-sob-a-perspectiva-internacional-e-a-brasileira-por-mariana-yokoya-simoni/>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 229-256.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

WOLF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 23-54.

A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E OS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS HUMANOS E SOCIOAMBIENTALISMO

Leandro Ferreira Bernardo⁶⁹

1. INTRODUÇÃO

A aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas no ano de 2007 representa um importante marco na defesa daqueles grupos que viram por tanto tempo o avanço do homem europeu sobre os territórios que sempre ocuparam e com esse avanço o extermínio de comunidades, de sua cultura, de seus conhecimentos.

Nos capítulos seguintes, será analisada a evolução dos direitos humanos nas últimas décadas, a inserção das declarações de direitos no âmbito das fontes de direito internacional, e, em especial aquelas criadas no seio de organismos intergovernamentais de ampla representação, como é o caso da ONU.

Após, analisaremos os principais direitos reconhecidos pela Declaração e a sua repercussão, seja direta, seja indiretamente, na conformação das ações públicas dos Estados, bem como as dificuldades na efetivação das garantias reconhecidas naquele documento e outros já existentes sobre o tema.

⁶⁹ Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Procurador Federal em Maringá/PR. e-mail: leandrofbernardo@hotmail.com

Por fim, será tratado sobre importantes pontos de coincidência entre direitos humanos dos povos indígenas – retratados pela Declaração – e os valores do socioambientalismo emergente também nas últimas décadas.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Importantes fatos de repercussão mundial ocorridos no século passado foram responsáveis pela transformação dos fundamentos do direito e, como consequência, fizeram sobrelevar os direitos fundamentais.

Cita-se a eclosão das duas grandes guerras mundiais – em especial a 2ª - e as barbáries que foram possíveis presenciar nos períodos de sua duração, quando pessoas e grupos não enquadrados dentro dos padrões da maioria hegemônica nazista foram exterminados, ao desabrigo de qualquer ordem jurídica interna ou internacional.

O período pós-guerra inaugura um estágio nunca antes possibilitado de organização da comunidade internacional, com a criação da ONU em 1945 e, na sequência, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948⁷⁰.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem significou o reconhecimento da necessidade de se proteger a existência digna do ser humano, independentemente do ordenamento jurídico de direito interno a que estivesse vinculado ou ainda que não estivesse protegido por nenhum Estado⁷¹.

Assim, o primeiro período do direito internacional dos direitos humanos contemporâneo é marcado pela elaboração de documentos de proteção de direitos do indivíduo de forma genérica, dirigida a toda a humanidade. Em sequência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ganham relevo no âmbito internacional, sobretudo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁷² e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷³, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966.

Na seara dos direitos humanos, após a crescente organização da comunidade internacional e a criação de um vasto rol de documentos voltados à proteção do indivíduo de forma mais abstrata, o que se seguiu nas últimas décadas do

⁷⁰ De acordo com Flávia Piovesan, “[...] a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

⁷¹ Vide ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

⁷² Aprovado, no nosso direito interno, pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo decreto 592, de 6 de julho de 1992.

⁷³ Aprovado, no nosso direito interno, também pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo decreto 591, de 6 de julho de 1992.

século XX foi a elaboração de novos atos voltados para grupos sociais e valores específicos, como uma tentativa de se buscar regulamentar necessidades concretas básicas do indivíduo⁷⁴ ou de determinados grupos. Este evento fez com que houvesse uma verdadeira transformação na garantia de direitos fundamentais de grupos e indivíduos, até então pressupostos pelo direito – dentro da tradição do racionalismo filosófico –, equivocadamente, como iguais⁷⁵.

Nesse cenário, no direito supranacional, citam-se como exemplo os inúmeros tratados e convenções que abordaram as temáticas referentes à criança, mulher, idoso, deficientes, pessoas submetidas a condições indignas em decorrência do desrespeito ao meio ambiente⁷⁶.

A temática referente aos povos indígenas também não escapou da preocupação internacional. Neste contexto, ganha relevo a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho⁷⁷, que dispõe sobre povos indígenas e tribais. Referido documento previu, por exemplo, a necessidade de se realizar ações tendentes a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade (art. 2º)⁷⁸.

No entanto, outros documentos aprovados por órgãos internacionais multilaterais também abordaram a temática, ainda que marginalmente. Exemplo disso é a Convenção Sobre Diversidade Biológica⁷⁹, que, em pese tratar fundamentalmente da questão ambiental, reconhece em seu preâmbulo a relevância de se proteger a existência das populações indígenas e de suas formas de vida tradicionais para a manutenção do meio ambiente⁸⁰.

Em grande parte influenciados por esta tendência e paralelamente a ela, os ordenamentos jurídicos internos de vários países passaram a abordar várias daque-

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 58.

⁷⁵ O estado de coisas existente no período torna imprescindível uma verdadeira revisão aos fundamentos do direito moderno, orientado pelo racionalismo filosófico, impulsionador do iluminismo, e que propugnava pela extinção de leis específicas e casuísticas, ao passo que levantava a bandeira da igualdade (inicialmente formal).

⁷⁶ De acordo com Flávia Piovesan, “O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo [...]”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos**. In: SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Juruá. 2007, p. 109. Segundo a autora, op. cit., p. 120: “A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas também específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, universalidade e indivisibilidade destes direitos acrescidas do valor da divisibilidade”.

⁷⁷ A referida Convenção restou internalizada no direito pátrio pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

⁷⁸ ARAUJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sergio. **Socioambientalismo, direito internacional e soberania**. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá. 2007, p. 35. Segundo os autores: “Na prática, a Convenção foi o primeiro instrumento internacional a tratar dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas, estabelecendo os padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação no que diz respeito a esses povos”.

⁷⁹ A referida Convenção foi aprovada, no plano internacional, em junho de 1992, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro. A convenção foi promulgada no plano interno pelo Decreto 2.519/98.

⁸⁰ A referida Convenção foi internalizada no direito interno pelo Decreto Legislativo nº 2, de 1994.

las temáticas, o que acabou contribuindo, ainda mais, para uma maior efetividade dos direitos fundamentais dos vários e distintos grupos formadores de suas sociedades. No Brasil, em um rápido olhar sobre os diversos diplomas produzidos, e sem a mínima intenção de esgotá-los, podemos apontar a legislação protetora da criança e do adolescente, do idoso, do deficiente, da mulher, à pessoa sujeita a condição de miserabilidade⁸¹ e do consumidor⁸².

Não foi diferente no que diz respeito ao tratamento legal dado às comunidades tribais – embora neste campo o grau de efetividade da legislação esteja permeada de complexidade inexistente ou minorada àquelas voltadas para outros grupos específicos, anteriormente citados.

Augusto Antônio Cançado Trindade constata o surgimento de um novo período do Direito Internacional dos Direitos Humanos, marcado pela insuficiência dos documentos criados pelo acordo entre os Estados (*raison d'État*). Apon- ta, assim, para a necessidade de se despertar uma “consciência jurídica universal para intensificar o processo de humanização do direito internacional”⁸³.

Nesse sentido, aponta o autor a grande importância que assumem as orga- nizações internacionais, sobretudo aquelas de âmbito universal, que passam a ter a função de traduzir os interesses maiores dos indivíduos espalhados no mundo.

A referida tendência à universalização do direito internacional dos direitos humanos, diante do alargamento de seus limites tradicionais, passa a tornar in- cabível a limitação às fontes formais clássicas, tais como previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – aprovado em 1945⁸⁴.

É nesse contexto de mudança das bases do Direito Internacional que pas- sam a ganhar reconhecimento documentos criados por organismos internacio- nais representativos da geografia mundial, reveladores dos valores de uma justiça objetiva, oponível a todos, mesmo àquele Estado que não concordou com sua elaboração.

Como prova das tendências contemporâneas acima referidas, observa-se que nos últimos anos uma série de declarações de caráter universais garantidoras

⁸¹ Cite-se, p. ex., a lei 8742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS

⁸² SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 57. De acordo com a autora: “Os novos direitos, conquistados por meio de lutas sociopolíticas democráticas têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, e impõem novos desafios à ciência jurídica, tanto do ponto de vista conceitual e doutrinário quanto do ponto de vista de sua conscientização”.

⁸³ TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 402.

⁸⁴ Dispõe o art. 38 do Estatuto da CIJ: “1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. 6. A pre- sente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes”.

de direitos⁸⁵ tem sido aprovada. No âmbito das Nações Unidas, recentemente restou aprovada a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas⁸⁶.

De acordo com aquela concepção esposada por Cançado Trindade, a aprovação externada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas revela um consenso, fundada em um critério de uma justiça objetiva, que, por tal razão, possui validade oponível a toda a comunidade internacional, independe de ter participado ou, pior, votado contra a sua aprovação⁸⁷.

O efeito prático da juridicidade de declarações universais, tais como a que trata dos direitos dos povos indígenas, na esteira deste entendimento⁸⁸, seria de fundamentar a oposição dos indivíduos ou grupos minoritários contra Estados desrespeitadores de seus direitos humanos. No que diz respeito ao acatamento daqueles documentos pelo direito das gentes, nos tribunais internacionais, Cançado Trindade afirma:

No tocante à jurisprudência internacional, o exemplo mais imediato reside na jurisprudência dos dois tribunais internacionais de direitos humanos hoje existentes, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Referências expressas à consciência jurídica universal encontram-se, e.g., em alguns de meus votos no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁹.

Assim, em resumo, não apenas os tratados, convenções, o costume internacional, os princípios gerais devem ser consideradas como fontes do direito internacional, tal como fora outrora, fundado, sobretudo, na vontade dos Estados; pelo contrário, o atual capítulo do direito internacional, tende a se pautar por valores consensuais, muitas vezes externados por organizações internacionais de caráter global, ainda que a despeito de alguns interesses de Estados⁹⁰.

⁸⁵ Cita-se a Declaração Universal dos direitos das Águas, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em março de 1992.

⁸⁶ Vide no capítulo seguinte o histórico da aprovação da Declaração.

⁸⁷ A referida declaração contou com um total de 143 votos a favor, 4 contra (Estados Unidos, Nova Zelândia, Canadá e Austrália) e 11 abstenções (Vide <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>).

⁸⁸ Francisco Rezek parece não compartilhar do poder normativo dos atos e decisões surgidas no âmbito de organismos internacionais. Segundo o autor: "Muitas dessas normas obrigam a totalidade dos membros da organização, ainda que adotadas por órgão sem representação do conjunto, ou por votação não unânime em plenário. É certo, porém, que tal fenômeno somente ocorre no domínio das decisões procedimentais, e outras de escasso relevo. No que concerne às decisões importantes, estas só obrigam quando tomadas por voz unânime, e, se majoritárias, obrigam apenas os integrantes da corrente vitoriosa, tanto sendo verdadeiro até mesmo no âmbito das organizações europeias, as que mais longe terão levado seu nível de aprimoramento institucional". REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138-139.

⁸⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 92.

⁹⁰ Interessante observar que começa a se fazer notar a citação da Declaração das Nações Unidas sobre direitos

2. ANÁLISE DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas surge como resultado de vários anos de estudos e debates que ganharam força na década de 90⁹¹, dentro da estrutura da ONU.

Em dezembro de 1994, a Assembleia Geral das Nações Unidas, como ato preparatório da Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo⁹², aprovou a Resolução 49/214, que reconheceu a importância de valorização das culturas autóctones e determinou a promoção do gozo dos direitos dos povos indígenas e o pleno desenvolvimento de suas distintas culturas e comunidades⁹³.

O referido documento determinou, dentre outras coisas, a submissão à Comissão de Direitos Humanos de projeto de Declaração de Direitos dos Povos Indígenas formulado pela Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias.

O grupo de trabalho criado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas apresentou à Assembleia Geral o resultado final do projeto de declaração na 61ª sessão anual e no mesmo ano, por recomendação do Conselho de Direitos Humanos⁹⁴, restou aprovada em 13 de setembro de 2007 a resolução 61/295, a qual adota a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.

A declaração, dividida em 46 artigos, explicita importantes valores a serem preservados e relevantes objetivos a serem alcançados. Poderíamos apontar como preponderantes as seguintes garantias abordadas pela declaração:

dos povos indígenas no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se pode destacar, a título de exemplo, no voto em apartado proferido pelo juiz Eduardo Vio Grossi, no caso Comunidade indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai (Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)

⁹¹ De acordo com o Gilberto Marcos Antônio Rodrigues, a década de 90 se notabilizou pela ocorrência de várias conferências globais, tendo como marco a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente ocorrida no Rio de Janeiro em 1992. Afirma o autor que: “Desde então, como em nenhum outro tempo, as Nações Unidas vêm se dedicando a debater, a esmiuçar, a negociar e a lançar diretrizes de ação amplas e determinadas visando influenciar de maneira definitiva a geração de políticas públicas em todo o mundo”. RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio. A organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 201.

⁹² A referida década teve início em 1994 e durou até 2004, e foi proclamada pela Resolução 48/163 da Assembleia Geral, em Dezembro de 2003.

⁹³ Disperse o texto em inglês: “[...]Determined to promote the enjoyment of the rights of indigenous people and the full development of their distinct cultures and communities” (Vide http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295).

⁹⁴ Referido Conselho, criado pela ONU em março de 2006, veio substituir a Comissão. Notabiliza-se a configuração do Conselho especialmente: a) pela existência de procedimento mais transparente na escolha dos membros; b) maiores períodos de funcionamento, quando comparado à Comissão; c) representação geograficamente equitativa dos países-membros na composição do Conselho; d) controle periódico da observância dos direitos humanos pelos países integrantes do Conselho etc.

a) direito a fruir, individual ou coletivamente, os direitos humanos e as liberdades fundamentais⁹⁵.

Verdadeiro princípio, o direito de ser sujeito de direitos humanos e das liberdades fundamentais trata-se de sustentação para as demais, na medida em que estas seriam desdobramento daquelas.

b) direito à igualdade e a não ser discriminado⁹⁶.

É reconhecida a necessidade de se conferir ao povo indígena os mesmos direitos fundamentais disponíveis ao restante das populações não-índias, tais como saúde e educação. Como reforço à idéia de isonomia, exige a Declaração que sejam observadas as peculiaridades indígenas na aplicação destas importantes políticas.

c) direito à autodeterminação⁹⁷.

Reconhece-se à população indígena o direito de ser reconhecida como detentora de independência, ao menos relativa, em sua organização interna, independente de influências externas, inclusive do Estado Nacional sob cujo território se encontre instalada⁹⁸.

A autodeterminação dos povos indígenas implica, como corolário, o direito a se auto-organizar jurídica⁹⁹, econômica, política, social, culturalmente.

d) direito a uma nacionalidade¹⁰⁰.

O indígena possui direito a pertencer a uma nacionalidade. Como primeiro corolário de tal direito, garante-se ao índio o direito de não ser considerado apátrida e, dessa forma, excluído da proteção do poder público dos Estados Nacionais.

Outra consequência consiste na necessidade de se preservar a sobrevivência das inúmeras sociedades indígenas, em sua diversidade, uma vez que a proteção do indígena apenas considerado em sua individualidade e desconsiderada o valor da sociedade à qual pertence concorreria para a extinção daquele indivíduo.

⁹⁵ Art. 1º.

⁹⁶ Art. 2º, art. 15.

⁹⁷ Art. 3º, art. 5º.

⁹⁸ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado** – pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 35. Para Clastres, “[...] os povos sem escrita não são então menos adultos que as sociedades letradas. Sua história é tão profunda quanto a nossa e, a não ser por racismo, não há por que julgá-los incapazes de refletir sobre a sua própria experiência e de dar a seus problemas as soluções apropriadas.

⁹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 193. No entender de Marés Filho, “[...] esta jurisdição indígena é diferente do exercício da jurisdição integral que significaria o fim da soberania estatal sobre o território dado e, em outras palavras, a de recriação de um novo Estado”.

¹⁰⁰ Art. 6º, art. 9º.

e) direito a não sofrer assimilação ou integração forçada ou não ter sua cultura destruída¹⁰¹.

É sabido que a onda de expansão dos domínios da civilização ocidental no mundo, e especialmente nas Américas, foi marcada por vários séculos de tentativa de dizimação da população nativa, seja de forma violenta, seja com a sua integração à pretensa sociedade “civilizada”.

Ocorre que a evolução do discurso de proteção dos direitos humanos no mundo tem sido cada vez mais absorvido no que diz respeito aos povos indígenas.

Decorrencia do princípio da autodeterminação, exige, para sua efetivação, não só uma posição passiva do poder público interno e dos organismos internacionais, mas, pelo contrário, uma atuação positiva na promoção de seu direito a ser reconhecido como diferente.

f) direito à terra ou territórios, de forma individual ou coletiva, e de não ser molestado em tais locais¹⁰².

A relação do índio com a terra se dá de forma diversa daquela relação de propriedade vigente na sociedade capitalista. Não se acham seus “donos”, não dividem os territórios de forma individualista. Pelo contrário, a relação do índio com a terra é de respeito, somente retirando dela o que necessita para saciar a fome da tribo.

Contudo, em que pese pouco importar às comunidades indígenas a existência de títulos de propriedade, faz-se necessária a garantia de que poderão viver nas terras tradicionalmente ocupadas, sem qualquer risco de serem perturbados ou até expulsos.

O direito à terra representa a garantia de que sua cultura, seus conhecimentos, sua existência estão protegidos de qualquer força exterior¹⁰³.

g) direito de preservação e propagação às gerações futuras de sua cultura¹⁰⁴.

O patrimônio cultural do ser humano e das várias sociedades tem visto sua valorização cada vez mais presente nos documentos de proteção dos direitos humanos. A declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas explicita

¹⁰¹ Art. 8º.

¹⁰² Art. 8º, art. 10 e art. 26.

¹⁰³ LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 7.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 78. Para Leff, “As condições de existência das comunidades dependem da legitimação dos direitos de propriedade sobre seu patrimônio de recursos naturais, de seus direitos a preservar, sua identidade étnica e sua autonomia cultural, para redefinir seus processos de produção e seus estilos de vida”. Continua o autor ao afirmar que: “o direito a um território étnico, como espaço para a reprodução cultural, é uma proposta de desconstrução da política agrária que parcelou o território para dar posse à terra como condição de sobrevivência do campesinato e da política indigenista que buscou a assimilação dos índios à cultura nacional dominante e à globalização econômica, ou seu extermínio e exclusão como seres marginais à racionalidade econômica” (p. 353).

¹⁰⁴ Art. 11.

aquela necessidade de valorização e proteção dos bens culturais das sociedades indígenas¹⁰⁵.

Inclui-se neste conceito de “cultura”, os valores religiosos, as crenças, a história, as tradições, os conhecimentos médicos, farmacêuticos, os valores éticos.

Trata a Declaração de um verdadeiro direito a uma blindagem dos bens criados a partir da intervenção indígena à ação externa, como, por exemplo, no que se refere à indevida apropriação de conhecimentos milenares de cura por grandes empresas de biotecnologia, com vistas à sua exploração comercial¹⁰⁶.

h) acesso aos direitos trabalhistas nacionais e internacionais¹⁰⁷.

Desdobramento do direito a ser tratado de forma isonômica aos demais indivíduos não-índios, a Declaração impõe a necessidade de se observar as garantias laborais criadas pelos sistemas estatais e internacionais.

Obviamente que o referido acesso deve ser compatibilizado com os demais valores previstos na Declaração, tais como a autodeterminação dos povos indígenas e a necessidade de preservação de sua cultura.

i) direito na participação de decisões que afetem seus direitos¹⁰⁸

A Declaração reconhece a imprescindibilidade de se deferir em favor das populações indígenas o “direito a serem ouvidas” nos processos sociais que lhe interessem, direta ou indiretamente, seja no âmbito interno, seja perante organismos internacionais.

Os exemplos imagináveis de ações externas e que influenciem diretamente na liberdade indígena são vários e corriqueiros na atualidade. Cite-se o exemplo da construção de usina hidrelétrica, que gera uma grande transformação do ambiente do entorno e que pode, inclusive, obrigar a mudança compulsória de comunidades ali instaladas para outros locais.

Outra possível ação externa imaginável seria a exploração econômica da natureza, como a extração de minerais, em área habitada por comunidades indígenas.

Mais do que o direito a que os seus interesses sejam mensurados pelos Estados, a Declaração eleva o índio à condição de protagonista na definição de ações potencialmente impactantes em sua vida.

¹⁰⁵ “[...] o bem cultural – histórico ou artístico – faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou importância ambiental – este sempre público ou privado –, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3.ed., Curitiba: Juruá, 2005, p. 24.

¹⁰⁶ LEFF, Enrique. Op. cit., p. 80.

¹⁰⁷ Art. 17.

¹⁰⁸ Arts. 18 e 41.

j) direito de interação transfronteiriça, quando suas comunidades ultrapassarem as fronteiras nacionais¹⁰⁹

A Declaração reconhece a inexistência de limitação das relações sociais das comunidades indígenas às fronteiras estatais. Pelo contrário, é incontável a quantidade de tribos indígenas que se estendem sobre mais de um Estado.

Tal direito impõe uma limitação à soberania estatal como necessária em favor dos direitos à autodeterminação dos povos indígenas.

k) direito à atuação do Estado na garantia dos direitos ali previstos¹¹⁰.

No intuito de garantir maior eficácia aos direitos ali previstos, em diversos artigos a Declaração estipula a obrigação de atuação dos Estados, seja negativamente, para que não sejam invadidas as esferas de direitos das populações indígenas, seja positivamente, na implementação de políticas públicas voltadas a estes grupos.

Assim, a declaração impõe o dever do Estado no fornecimento dos direitos mais fundamentais, como à saúde, educação, trabalho, segurança, dentre outros.

3. A INFLUÊNCIA INDIRETA DA DECLARAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Um dos grandes desafios lançados no direito internacional após a segunda guerra mundial consiste em garantir os direitos humanos no mundo. E atualmente ganha força a constatação de que a garantia dos direitos humanos é fundamental na promoção do desenvolvimento humano¹¹¹.

Torna-se necessário conceber os direitos humanos de forma a conjugar de forma incessante os valores de liberdade e igualdade¹¹².

Ainda que exista divergência sobre o valor vinculante da Declaração sobre os direitos dos povos indígenas perante os Estados, como apontamos no início do trabalho, não se pode deixar de reconhecer a importância de sua aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ainda que de forma indireta.

Cite-se, p. ex., a influência que os princípios adotados no direito internacional de direitos humanos exercem nas políticas públicas dos países e também

¹⁰⁹ Art. 36.

¹¹⁰ Arts. 5º, 8º, 11, 12, 13, 14, 15 e outros.

¹¹¹ “Ao examinarmos o papel dos direitos humanos no desenvolvimento, precisamos levar em conta tanto a importância constitutiva quanto a importância instrumental dos direitos civis e liberdades políticas”. SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 31.

¹¹² Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. 2010, op. cit., p. 12.

dos organismos internacionais, sobretudo a ONU e o Banco Mundial.

O ambientalismo internacional, que teve seu ponto de partida a Conferência de Estocolmo em 1972, e que tem sido cada vez mais reconhecido na pauta das prioridades mundiais, é uma prova daquela influência indiretamente exercida pelos valores absorvidos pela comunidade internacional.

Como aponta Gilberto Marcos Antonio Rodrigues, os diversos organismos internacionais, ainda que de forma e em intensidade diversa, acabam por absorver aqueles valores reconhecidos pela comunidade internacional na sua atuação e passam a exercer, muitas vezes, influência na definição das políticas públicas dos Estados.

O autor, ao tratar do impacto das grandes conferências mundiais na atualidade¹¹³, e citando o exemplo da incorporação do valor ambiental no direito internacional, elenca organismos, especialmente no âmbito das Nações Unidas, em que se fez sentir de forma muito clara a mudança de paradigma. Cita o exemplo do Banco Mundial.

Segundo o autor, a exigência de promoção da sustentabilidade ambiental nos países como condicionamento de investimentos especialmente daquele ente acima citado tem gerado fortes impactos nas políticas públicas internas¹¹⁴.

Os exemplos de absorção do valor ambiental nas políticas dos organismos internacionais permitem projetar que, no futuro, o respeito às diferentes organizações humanas, tal como os povos indígenas, seja um valor determinante na fixação de investimentos.

4. DESAFIOS PARA A INSTRUMENTALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Em que pese os constantes avanços na garantia dos direitos humanos dos povos indígenas, ainda é longo o caminho que leva à plena garantia dos direitos entabulados na Declaração aprovada pelas Nações Unidas e demais documentos existentes sobre a temática.

¹¹³ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Op. cit., p. 202: “Na perspectiva dos países, em especial da América Latina, o impacto da década das Conferências se fez sentir de maneira muito forte sobre as políticas públicas”. Nesse ponto, o autor afirma que a realização de eventos envolvendo a cúpula mundial trouxe importantes impactos na formulação de políticas públicas sociais nos países ou na reorientação das já existentes.

¹¹⁴ Ibid., p. 206: “Tanto o FMI quanto o Banco Mundial mudaram muito no curso do tempo. A esse respeito, Roberto Campos recorda que ‘o Banco Mundial, sob Robert Macnamara, passou a ser socialmente orientado, com prioridade para a infraestrutura social de educação e saúde. Mais recentemente se orientou no sentido da promoção do desenvolvimento sustentado”.

Primeiramente, pelo fato de que os índios e as comunidades indígenas vivem dentro de Estados, e a efetivação dos direitos dos povos indígenas passa por uma necessária ação positiva sua.

Neste ponto, constata-se que as instituições e os instrumentos estatais, sobretudo jurídicos, de caráter individualista¹¹⁵, apresentam uma incapacidade de abarcar de forma ampla os anseios e o acesso daquelas comunidades, marginalizadas do restante da sociedade por séculos, desde o início da colonização europeia.

De fato, parece difícil nos dias de hoje, p. ex., o acesso ao índio, de forma direta, e independente dos órgãos de defesa dos direitos indígenas – órgãos estatais, como a FUNAI no caso do Brasil, ou organizações não governamentais –, à jurisdição interna dos países, para reivindicar o seu direito a não ser molestado em território habitualmente ocupado por sua comunidade.

O direito de tradição europeia reclama formalismos e procedimentos distantes da realidade cultural indígena, fato este que emperra o avanço da sua proteção jurídica.

No plano internacional, ainda existem desafios no mesmo sentido, embora aqui a evolução da proteção dos direitos indígenas tem sido cada vez maior.

A mudança de perspectiva do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, inicialmente voltado para o indivíduo, passa a reconhecer a necessidade de proteção do conjunto de indivíduos enquanto coletividades marginalizadas pelo Estado, como se dá no caso dos índios¹¹⁶.

Além disso, os organismos de defesa de Direitos Humanos, em especial as integrantes do sistema interamericano de proteção de direitos humanos¹¹⁷, têm sido chamados a se pronunciar sobre diversos casos de possíveis afrontas às garantias mais básicas reconhecidas na Declaração e outros documentos internacionais¹¹⁸.

¹¹⁵ LEFF, Enrique. Op. cit., p. 346: “O processo de modernização [...] apoiou-se num regime jurídico fundado no direito positivo, forjado na ideologia das liberdades individuais, que privilegia os interesses privados”.

De acordo com Souza Filho “[...] é claro que os povos indígenas são, na América, o exemplo mais evidente da parcialidade dos direitos individuais quando aplicados a outros povos que se conformaram à margem e muitas vezes contra o processo civilizatório. São também exemplo as comunidades negras da América, que no fundo sempre sofreram da mesma opressão e silêncio legal que os povos indígenas”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2008, op. cit., p.195.

¹¹⁶ De acordo com Flávia Piovesan: “os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais”. Entendemos que tal caráter universalista garantiu maior acessibilidade do indivíduo aos instrumentos de defesa dos direitos humanos, mas, somente mais recentemente é que se vê com maior intensidade a preocupação com a instrumentalização da defesa dos direitos humanos de grupos sociais. PIOVESAN, Flávia. 2010, op. cit., p. 155.

¹¹⁷ Notadamente a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹¹⁸ Apontamos como exemplo mais recente a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em agosto de 2010, no caso “Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai”, em que se reconheceu a violação pelo Estado paraguaio de diversos direitos daquele povo, como os referentes ao reconhecimento à personalidade jurídica, da não-discriminação, a necessidade de devolução de extensas áreas de terras subtraídas à detenção daquela comunidade etc (Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf).

Neste ponto, cabe observar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao contrário do que se dá com a Corte, é acessível a qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida em pelo menos um Estado-membro da organização, nos termos do art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Observa-se, em decorrência desse fato, que os grupos indígenas começam, cada vez mais, a se valer desta prerrogativa na busca pela efetivação de seus direitos e de sua emancipação¹¹⁹.

5. A IMPORTÂNCIA DO SOCIOAMBIENTALISMO NA REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

É necessário, ainda, analisar o direito dos povos indígenas reconhecidos na Declaração das Nações Unidas como integrante de uma grande imbricação dos valores socioambientais e direitos humanos.

A história da modernidade nos permite constatar a crescente alteração de uma ideologia de indiferença com os elementos exteriores ao homem ocidental, aí incluídos o meio ambiente que o cerca e as diversas sociedades distintas à sua realidade, para um reconhecimento da importância da manutenção do meio em que vivemos e da relevância das diferentes sociedades na conformação do mundo¹²⁰.

Além disso, reconhece-se a relevância da preservação dos valores das sociedades marginalizadas, em especial as indígenas, para a preservação do meio ambiente, sobretudo quando se constata que, muito melhor do que a sociedade desenvolvida sob um sistema econômico de intensa exploração dos recursos naturais, aquelas foram e são capazes de conviver de forma interativa e não-destruidora do meio.

Assim, mais do que uma preocupação apenas sob um prisma de Direitos Humanos, a emergência do reconhecimento dos direitos indígenas surge como uma necessidade para desenvolver sistemas de proteção do ambiente.

¹¹⁹ No dizer de Enrique Leff: “A emancipação dos povos indígenas aparece como um dos fatos políticos mais relevantes do fim do século. Eles foram conquistando espaços políticos para legitimar seus direitos a seus territórios étnicos; suas línguas e costumes; sua dignidade, sua autonomia e seus direitos de cidadania. Está se forjando uma nova consciência dos povos indígenas sobre seus direitos de autogerir os recursos naturais e o entorno ecológico onde se desenvolveram suas culturas”. LEFF, Enrique. Op. cit., p. 22.

¹²⁰ Ibid., p. 82: “As lutas das sociedades camponesas e indígenas estão se renovando nesta perspectiva ambientalista. Hoje, a luta por suas identidades culturais, seus espaços étnicos, suas línguas e costumes está entrelaçada com a revalorização de seu patrimônio de recursos naturais e culturais”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas tem um duplo significado. Em primeiro lugar, como resultado de anos de debates e estudos, ela – como indica a espécie de documento internacional que a incorpora – reconhece os princípios gerais dos direitos humanos aplicados à situação específica dos grupos indígenas¹²¹.

De outro lado, a formalização de um extenso rol de direitos em um documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas tem o condão de tornar mais palpável a defesa dos direitos do índio e, por consequência, uma maior exigibilidade sobre os Estados na formulação de políticas públicas destinadas àquele grupo.

Por fim, ainda que muitas vezes se critique o sistema internacional de direitos humanos por uma excessiva universalização dos valores ocidentais, a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas representa um passo em sentido contrário, eis que, além de ressaltar a necessidade de preservação dos valores daqueles grupos, resultou de um grande envolvimento e participação das comunidades indígenas espalhadas no mundo, ou seja, não se trata de um texto criado pela “civilização” para “povos menos desenvolvidos”, mas de uma declaração que contou com a participação dos grupos mais interessados na sua aprovação.

¹²¹ Como já referido no texto, antes mesmo da aprovação da Declaração, já havia vários documentos internacionais reconhecedores dos direitos indígenas, com destaque para a Convenção 169 da OIT, a Convenção Americana de Direitos Humanos etc.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sergio. Socioambientalismo, direito internacional e soberania. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARENDT, HANNAH. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado** – pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naifi, 2003.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 7.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos**. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso da. **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá, 2007.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. A organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3.ed., Curitiba: Juruá, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

João Luiz Dremiski¹²²

Priscila Lini¹²³

INTRODUÇÃO

A partir da colonização europeia, América, África, Ásia e Oceania moldaram sua ocupação conforme o que foi trazido pelos conquistadores. A realidade social fora traçada conforme o que era considerado correto nas origens daqueles que formaram uma classe dominante nos territórios apossados.

Ao longo dos séculos a tensão entre colonizadores e nativos buscou ser resolvida forçando a sociedade, mediante os mecanismos coercitivos do Estado, para que se mantivesse em um ajustamento cultural homogêneo, uno. O racismo dos grupos dominantes, principalmente na segunda metade do século XIX, constituiu a ideologia que justificou o plano de modelar a realidade social das jovens nações sobre um padrão cultural europeu urbano, e dito assim avançado.

Esse padrão foi implantado mediante políticas de assimilação cultural, que suprimiram as múltiplas identidades em nome de uma única identidade nacional, retirando a individualidade de cada grupo nativo integrante dos Estados recém-formados para compor uma população homogênea.

¹²² Mestre em Direito Socioambiental pela PUCPR. Graduado em Agronomia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1998). Docente do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná, coordenador do Eixo de Recursos Naturais do Campus Telemaco Borba/PR. E-mail: dremiski@pti.org.br.

¹²³ Doutoranda em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito CONPEDI. Membro do Grupo de Pesquisa “Nação no Plural: Pensamento social e práticas culturais na América Latina”. Professora no Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu. E-mail priscilalini@hotmail.com.

Mas como atingir a homogeneidade, se a multiplicidade étnica permanece nos agrupamentos humanos, que mesmo habitando o mesmo espaço geográfico de um país, possuem costumes particulares?

Um exemplo de desrespeito aos grupos nativos pode ser observado no mapa do continente africano. As metrópoles europeias repartiram os territórios conforme os interesses políticos que lhes eram favoráveis, forçando um convívio nacional entre tribos há muito tempo rivais. Os anseios e interesses daqueles que já ocupavam o território sequer foram consultados, e as consequências se mostraram desastrosas, nas guerras civis e confrontos étnicos que ocorrem até hoje.

Na América e na Oceania os indígenas e aborígenes que não sofreram extermínio, foram aos poucos se “aculturando”, deixando seus grupos de origem na tentativa de inserção no modelo urbano predominante, e atualmente existem poucos grupos que mantêm sua organização original. A riqueza cultural foi por muito tempo desconsiderada, e em nome da unidade nacional, o que se buscou fazer com as comunidades tradicionais foi a “integração”, o abandono do modo de vida tribal.

Essa integração forçada acabou por condenar o indígena ao trabalho degradante e mal remunerado, à marginalização da sociedade que resistia em acolhê-lo plenamente e à submissão ao Estado que lhe negava a capacidade de decidir sua própria vida, tanto privada como comunitária.

Isso ocorreu porque os povos tradicionais sempre ficaram em uma situação difícil nas legislações nacionais: ou ingressavam em um sistema ao qual não se identificavam, ou aceitavam que os governos decidissem seu futuro sem qualquer oportunidade de consulta ou interferência.

O modelo integracionista corroborado pela OIT, na Convenção 107 de 1957, permaneceu por mais de trinta anos. Com as pressões sociais ocorridas nos anos 1960 e 1970, uma reformulação desse instrumento se fez necessária, e a partir de 1989 a Convenção n. 169 revisou as normas anteriores, e determinou que os signatários dispensassem tratamento diferenciado aos povos indígenas abrangidos em seus territórios, respeitando seus aspectos étnicos, coletivos, suas instituições e territórios e suas aspirações de desenvolvimento.

1. O QUE É A CONVENÇÃO N. 169 DA OIT

A Convenção n. 169 da Organização Mundial do Trabalho - OIT¹²⁴ é um instrumento internacional para a defesa dos direitos dos povos tradicionais, que visa estabelecer uma relação harmônica entre essas sociedades permanentes e os Estados, baseada no reconhecimento da pluralidade étnico cultural.

A utilização do termo “povos” significa a intenção de dar suporte e incentivar as comunidades reconhecidas em suas peculiaridades, a estabelecer suas próprias prioridades de desenvolvimento, através do fortalecimento de sua identidade e organização próprias.

Garante a permanência nos territórios tradicionalmente ocupados pelos grupos nativos, devendo os Estados reconhecer a ligação especial que possuem com o espaço geográfico, tutelando os direitos de posse, propriedade e uso das terras.

Ainda nesses territórios, quando for pretendida a exploração econômica dos recursos ali disponíveis, inclusive a mineração e a exploração do subsolo e dos recursos de propriedade estatal, deverão ser consultados os grupos indígenas e lhes será garantido o acesso à participação, administração e manutenção desses bens¹²⁵.

Caso as atividades estatais vierem a interferir em territórios tradicionalmente ocupados, a atuação só se realizará após consulta aos interessados, e quaisquer ingerências deverão ser mitigadas, ou, se inevitáveis, justamente indenizadas.

A Convenção trata ainda dos direitos trabalhistas e das condições laborativas dos indígenas, da previdência social e da promoção da saúde e educação, como forma de garantir o acesso desses indivíduos aos direitos fundamentais de forma plena.

Por fim, prevê acordos de cooperação através das fronteiras dos Estados, tanto quando as áreas tradicionalmente ocupadas forem compartilhadas por dois ou mais países, como no sentido de promover o entendimento e a aplicação efetiva dos termos da Convenção.

Atualmente conta com 20 signatários: Noruega (1990), México (1990), Colômbia (1991), Bolívia (1991), Costa Rica (1993), Paraguai (1993), Peru (1994), Honduras (1995), Dinamarca (1996), Guatemala (1996), Países Baixos (1998), Ilhas Fiji (1998), Equador (1998), Argentina (2000), Venezuela (2002), Dominica (2002), Brasil (2002), Espanha (2007), Nepal (2007) e Chile (2008).¹²⁶

¹²⁴ Fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma das Agências do Sistema das Nações Unidas, e tem estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo. (OIT Brasil) Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/inst/fund/index.php>>. Acesso em: 17 abr. 2010.

¹²⁵ ROCHA, Ana Flávia. **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<http://brasiloste.com.br/noticia/725/.htm>>. Acesso em: 9 mai. 2010.

¹²⁶ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **International labour standards. Convention No. C169**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>>. Acesso em: 3 mai. 2010.

2. HISTÓRICO

A Organização Internacional do Trabalho (em inglês IOL – International Labour Organization) foi instituída em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, tendo por objetivo melhorar as condições de trabalho degradantes vigentes à época.

Em 1921 a preocupação com os povos nativos aparece pela primeira vez na pauta da OIT, visto que essa parcela da população enfrentava formas desumanas de trabalho, especialmente nas colônias europeias. Essas pessoas estavam em uma situação delicada, pois desprovidas de seus territórios e excluídas do sistema social vigente, submetiam-se às mais humilhantes situações laborais para obter seu sustento.

Em 1926 foi formado um Comitê para estudar as condições de trabalho dos indígenas, que culminou na Convenção n. 29 sobre “Trabalho Forçoso”, em 1930. Nos anos 1950, quando a OIT já estava vinculada à Organização das Nações Unidas, teve início o Programa Indigenista Andino, e durante este foi elaborada a Convenção n. 107 da OIT.

Denominada “Convenção sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, a Convenção 107 objetivou por um lado, a proteção das populações indígenas contra atos de discriminação étnico-racial no âmbito das relações trabalhistas e afins. Por outro, presa à visão etnocêntrica predominante à época, assumiu o propósito de integrá-las aos padrões sócio-culturais da comunidade nacional dos respectivos Estados. Apesar de os direitos indígenas passarem a ser objeto de proteção em diploma internacional específico, a identidade indígena permanecia concebida como passageira, tendo em vista a perspectiva da integração¹²⁷.

A Convenção n.107 foi ratificada por 27 países membros^{128,129}, que assumiam assim o compromisso de não mais explorar a mão de obra indígena, bem como proteger essas pessoas da discriminação étnica e racial, integrando-os no sistema produtivo e livrando-os da marginalização.

¹²⁷ LACERDA, Rosane Freire. **A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**: Origem, conteúdo e mecanismos de supervisão e aplicação. 2009, p. 5. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/zazab023/a-conveno-169-da-oit-sobre-povos-indgenas-e-tribais-origem-contedo-e-mecanismos-de-superviso-e-aplicao.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

¹²⁸ **1958**: Haiti, Cuba, República Dominicana, Índia, El Salvador, Bélgica e Ghana; **1959**: Egito, República Árabe Síria, Costa Rica e México; **1960**: Argentina, Paquistão, Peru e Portugal; **1962**: Tunísia; **1965**: Bolívia, Malawi e Brasil; **1969**: Paraguai, Colômbia e Equador; **1971**: Panamá; **1972**: Bangladesh; **1976**: Angola; **1977**: Guiné-Bissau; **1986**: Iraque. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>>. Acesso em: 2 mai. 2010.

¹²⁹ LACERDA, Rosane Freire. Op. cit., p. 5.

Mas chegou um momento que esse modelo se mostrou ultrapassado, pois não reconhecia a multiplicidade cultural indígena, que é tão característica. A convenção visava suprimir o modo de vida tribal, migrando os nativos ao modelo produtivo do Estado nacional ao qual pertenciam:

Nas décadas de 1960 e 1970, embora mantivesse a sua importância como instrumento de proteção aos direitos indígenas, a Convenção 107 passou por um processo crescente de críticas tanto do movimento indígena em ascensão, quanto de antropólogos, indigenistas e entidades de Direitos Humanos de diversos países. Apontavam-se as conseqüências negativas da perspectiva integracionista, condenava-se o pressuposto etnocêntrico da integração como único futuro possível para os indígenas, e denunciava-se como prática de dominação colonial o monopólio estatal sobre as decisões relativas a temas de interesse indígena, em substituição à possibilidade de participação dos próprios grupos étnicos.¹³⁰

Uma vez que o modelo de proteção oferecido pela Convenção 107 se mostrou insatisfatório, ao final da década de 1980 a Organização Mundial do Trabalho lançou uma nova carta, a Convenção n. 169, tutelando os povos tradicionais, reconhecendo-lhes o direito à multiplicidade, à autodeterminação e a escolha das prioridades de desenvolvimento almejadas por cada grupo.

El Convenio 169 se aplica «a los pueblos». De tal modo se reconoce un sujeto colectivo de derecho, lo que marca una diferencia notable con el artículo 27 del Pacto y con el Convenio 107. El carácter colectivo de los sujetos de derecho significa que las características deben buscarse en el conjunto del agrupamiento humano, de modo que sus miembros individuales puedan ejercer sus derechos en tanto se identifiquen o integren la colectividad, aún cuando en cada caso particular no reúnan los rasgos requeridos. También implica que en numerosas cuestiones en las que entra en juego la supervivencia cultural del grupo, las decisiones colectivas pueden tener mayor peso que las individuales. Por ello las tensiones entre cada miembro y el conjunto deben pensarse de un modo diferente a la dicotomía «individuo/estado», ya que las organizaciones indígenas no cuentan con un aparato organizado de coacción y además los estados (a diferencia de los pueblos indígenas) no son sujetos de derechos humanos.¹³¹

Assim, os vinte Estados signatários se comprometem a seguir as recomendações emanadas pela Convenção no que tange às comunidades tradicionais albergadas em seus territórios, devendo empenhar-se na sua proteção.

¹³⁰ Ibid., p. 6.

¹³¹ SALGADO, Juan Manuel. **El convenio 169 de la OIT: comentado y anotado**. 1.ed. - Neuquén: EDUCO – Universidad Nacional del Comahue, 2006. p. 35.

Cabe assinalar, porém, que os Estados que ratificaram a Convenção n. 107, mas não o fizeram com a n. 169 permanecem cumprindo os preceitos contidos no primeiro instrumento.

3. ABRANGÊNCIA

Os alicerces da Convenção n. 107 da OIT, e por consequência da n. 169, foram lançados no Programa Indigenista Andino, se estendeu por vinte anos. Este fato pode dar a impressão de que os povos amparados pela carta se restrinjam somente aos indígenas do continente americano, o que não é realidade.

Muito embora a força de trabalho destes indivíduos tenha sido exaustivamente explorada, tanto nas minas da região do México e Sudoeste dos Estados Unidos da América como na agricultura intensiva do Caribe, Brasil e demais países latino-americanos, vários outros grupos étnicos do mundo todo são protegidos, bastando para isso que se reconheçam como tal:

1. A presente Convenção se aplica:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da comunidade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas em função de sua descendência de populações que habitavam o país ou região geográfica a qual pertencesse o país à época da conquista ou colonização ou do estabelecimento das fronteiras estatais atuais, e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conservam todas as suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou algumas delas.¹³²

Desta forma, desde os esquimós, às tribos africanas, aborígenes da Oceania, tungs e iacutes da taiga siberiana, maoris, mursis, yaos, todos estão incluídos no conceito de “povos” mencionado na Convenção n. 169 da Organização Mundial do Trabalho.

Conscientes de sua importância e agora conduzidos por sólidas organizações de promoção de seus interesses e de proteção de seus direitos, esses povos passaram a assumir eles próprios o direito de reivindicar, antes de tudo, sua identidade étnica, cultural, econômica e social, rejeitando inclusive serem chamados de “populações”.¹³³

¹³² Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit169.htm>>. Acesso em: 2 mai. 2010.

¹³³ OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais em**

São povos em particular, que fazem parte de um povo maior, o do Estado nacional em que estão inseridos no território político geográfico.

La característica de la organización tribal es su carácter no estatal. Con este criterio el párrafo 1.a tiende a resaltar el aislamiento de estos grupos respecto del resto de la comunidad nacional. No implica descendencia con pueblos originarios ni preexistencia histórica, ya que el párrafo ha sido concebido teniendo en mira las situaciones de países de Europa, Asia y África, en donde gran parte de los estados cuestionaba que se pudiera hablar de «pueblos indígenas» en sus territorios, afirmando que se trataba de un concepto propio de continentes de colonización europea como América y Oceanía.¹³⁴

Importante para esta definição de povo é o reconhecimento, entre si mesmos e diante dos demais grupos, de uma identidade própria, um conjunto de procederem que os une como semelhantes.

(...) compete a cada país a decisão sobre quais grupos sociais recai a aplicação dessa Convenção. O Decreto que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, deu o mesmo tratamento a essa discussão, não definindo a priori os povos e comunidades tradicionais no Brasil, o que possibilita uma maior inclusão dos grupos sociais. Para o Decreto: *Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.*¹³⁵

Um exemplo de reconhecimento são os quilombolas: apesar de não serem grupos autóctones no Brasil, seu passado de resistência à escravidão e seu modelo de organização comunitária os torna um grupo tradicional, com aproximadamente trezentos anos de história. O mesmo acontece com “ribeirinhos, quebradeiras de coco, babaçu, seringueiros, faxinalenses, comunidades de fundos de pasto, pomeranos, ciganos, geraizeiros, vazanteiros, piaçabeiros, pescadores artesanais, pantaneiros, afro-religiosos e demais sujeitos sociais emergentes, cujas identidades coletivas se fundamentam em direitos territoriais e numa autoconsciência cultural”¹³⁶

países independentes e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas e tribais. 2.ed. Brasília: OIT, 2005. p. 9.

¹³⁴ SALGADO, Juan Manuel. Op. cit., p. 36.

¹³⁵ SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil:** declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007. p. 46.

¹³⁶ Ibid., p. 8.

Desde que os grupos sociais autodesignados como povos e comunidades tradicionais se definam enquanto tal devem ser “amparados” pela Convenção. A Convenção não define a priori quem são esses “povos indígenas e tribais”, apenas oferece instrumentos para que o próprio sujeito se auto-defina, como o da “consciência de sua identidade”. Neste caso, a Convenção n.º 169 faz acertadamente, pois se definiu de antemão, excluiria uma infinidade de povos e comunidades tradicionais desse dispositivo.¹³⁷

Essa identidade pode estar no enfrentamento das mesmas dificuldades, nas semelhanças nos modos de pensar, criar e fazer, em determinada porção territorial ou em um reconhecimento de personalidade coletiva. O fator determinante é a presença de uma organização própria, um pequeno sistema de disposições internas que congregue e aproxime um grupo.

4. COMPARAÇÕES COM A CONVENÇÃO N. 107 DE 1957

A Convenção n.107 da OIT, datada de 26 de junho de 1957, refletia a perspectiva vigente no período, e guardava ainda alguns traços do colonialismo europeu. A tendência era a *integração*, ou seja, a inserção das populações indígenas e tribais no cenário dos Estados Nacionais.

Considerando que há nos diversos países independentes populações indígenas e outras populações tribais e semitribais que não se acham ainda integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam outros elementos da população;¹³⁸

Nessa época, a condição de pobreza dos povos indígenas não era vista como consequência da falta de assistência governamental, mas sim da exclusão do modo de produção do Estado. O ingresso do nativo na cadeia produtiva e no contexto social dito civilizado, abrindo mão das peculiaridades do modo de vida tradicional, era um sacrifício a ser feito em nome do desenvolvimento.

Porém essa inserção jamais ocorreu plenamente. A força de trabalho dos indígenas e das populações tradicionais, dada a sua fragilidade, sempre foi excessivamente explorada. Os baixos salários, as condições laborais degradantes, o racismo e o desrespeito aos direitos humanos fundamentais foram os legados deixados

¹³⁷ Ibid., p. 46.

¹³⁸ Convenção n.º 107 da OIT de 05 de junho de 1957. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>>. Acesso em: 2 mai. 2010.

para eles pela chamada “civilização”.

Saliente-se que nesse período as preocupações ambientais praticamente inexistiam, e a ideia de progresso estava intimamente atrelada à produção industrial. A diversidade biológica e cultural ainda não era alvo de maior atenção. Mais importante que manter viva a memória e a tradição dos grupos, era inseri-los na economia vigente e incluí-los na força de trabalho:

Considerando que é conveniente, tanto do ponto de vista humano como no interesse dos países interessados, procurar a melhoria das condições de vida e trabalho dessas populações mediante uma ação simultânea sobre o conjunto de fatores que as mantiveram até aqui à margem do progresso da comunidade nacional de que fazem parte;¹³⁹

Era inconcebível considerar o modo de vida indígena como satisfatório. A organização tribal era sinônimo de atraso, de marginalização. Assim, a melhor atitude a ser tomada em relação aos grupos nativos era trazê-los à sociedade urbana e industrial, para que pudessem também desfrutar dos seus benefícios.

Quando as discussões acerca dos Direitos Humanos, que incluíam a dignidade, o respeito às diferenças e o princípio da alteridade, entraram na pauta das organizações internacionais, também foram trazidas aos sistemas jurídicos internos dos Estados. A partir deste momento essa parcela da população começou a ser encarada em seu direito de existir e coexistir a seu modo, mesmo pertencendo a uma nação maior.

As mudanças operadas na Constituição e no próprio Estado tiveram a profundidade de mudar as concepções jurídicas acerca dos povos indígenas. O velho conceito da assimilação cede lugar para o conceito de convivência. Quer dizer, os índios vêm adquirindo o “estranho” direito de continuar a ser índio, depois de quinhentos anos de integração forçada.¹⁴⁰

Até esse momento, a integração deixava o indígena em uma posição delicada, indefinida. O sistema jurídico brasileiro, por exemplo, determinava o grau de imputabilidade e capacidade civil do silvícola conforme seu grau de “civilização”. A capacidade de autodeterminação era quase nula, uma vez que o índio sequer poderia decidir aquilo que melhor lhe conviesse, muitas vezes sofrendo interferências externas em seu âmbito comunitário.

A Convenção n. 169, ratificada em 2002 pelo Brasil, dispõe que os governos devem disponibilizar ferramentas que comportem a participação dos povos

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 165.

tribais nas decisões de órgãos administrativos e instituições legislativas. Determina também que sejam consultados sobre medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los de forma direta.

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que se tenham em vista medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente;
 - b) criar meios pelos de poderem esses povos participar livremente, pelo menos na mesma proporção que os demais segmentos da população, em todos os níveis de tomada de decisões em instituições eletivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis por políticas e programas que lhes digam respeito;
 - c) criar condições para o pleno desenvolvimento de instituições e iniciativas desses povos e, quando for o caso, prover os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser feitas, de boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo ou consentimento com as medidas propostas.¹⁴¹

Assevera mais do que isso, afirma que os governos têm a obrigação de proporcionar as condições que permitam a essas comunidades colaborar ativa e eficazmente para o processo de crescimento. Em certos casos isso pode ser expresso em ações de auxílio aos mencionados povos para adquirir as técnicas e as capacidades necessárias para compreender as alternativas existentes de desenvolvimento e fazer as escolhas pertinentes.

Sobre os planos e programas de desenvolvimento que os interessem, as comunidades tribais deverão tomar parte de sua elaboração, execução e avaliação. Além disso, planos de fomento econômico que abranjam áreas utilizadas por comunidades indígenas deverão ser idealizados com objetivo, dentre outras coisas, de melhorar as condições de vida, de gerar empregos e incentivar a educação. A Convenção n. 169 determina também que os governos deverão efetuar estudos que considerem as possíveis consequências dos programas e planos de desenvolvimento de execução planejada para as áreas por eles ocupadas.

A colaboração das comunidades tradicionais deve ser ponderada ainda na formulação, operação e estimativa dos serviços básicos de saúde e ensino, incluindo aí os projetos de qualificação profissional que os favoreçam.

¹⁴¹ OIT – Organização Internacional do Trabalho. Op. cit., p. 25-26.

Em suma, comparando com a primeira Convenção, a n. 169 da OIT trouxe como inovação o tratamento dispensado aos grupos tradicionais, que de espectadores dos planos a eles reservados pelos governos estatais, passam a ser protagonistas, sendo consultados em suas decisões e dotados do direito de conviver conforme seus próprios ideais de desenvolvimento.

5. A CONVENÇÃO E OS AVANÇOS TRAZIDOS AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A Convenção 169 foi ratificada no Brasil através do Decreto Legislativo n. 143/2002, passando a vigorar no ano seguinte. Assim, o Supremo Tribunal Federal entende essa ratificação como eficaz para trazê-la ao ordenamento doméstico, com aplicabilidade direta e força de lei ordinária. Não obstante os tratados possuam caráter de lei ordinária, são especiais desde sua origem, dotados de aplicação e operação diferenciadas. Seriam assim normas intermediárias: aquém às normas constitucionais, mas superiores à legislação ordinária.

O entendimento predominante no STF é que os tratados, independentemente do assunto, são integrados ao ordenamento pátrio como lei ordinária. A Emenda Constitucional n. 45/2004 condiciona o status constitucional àqueles arranjos que cumpram o trâmite específico no Congresso – o mesmo empregado na aprovação das emendas constitucionais.

Quanto às Convenções da OIT, o Supremo Tribunal Federal aduz ainda que, além da hierarquia de lei ordinária, elas possuem a capacidade interpretativa auxiliar do texto constitucional.

A Convenção 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.¹⁴²

Cumprе salientar que o instrumento da OIT em pauta é datado de 1989, um ano após a promulgação da Constituição Federal do Brasil. Mais do que nun-

¹⁴² Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.675- MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 24-9-97, Diário da Justiça de 19-9-03.

ca os assuntos relativos às minorias, aos grupos sociais mais frágeis, estavam na ordem do dia no cenário legislativo nacional.

A Constituição de 1988 reconheceu a multiétnicidade e a pluralidade cultural do país. Assegurou aos índios o direito à diferença, vale dizer, o direito de serem diferentes e tratados como tais. Esse reconhecimento ganhou maior concretude com as disposições contidas na Agenda 21 (ONU, Rio/1992), e com o advento da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19.04.2004, que preconizam o direito dos índios receberem tratamento diferenciado, é dizer, agora são reconhecidos aos índios o direito de terem cultura diferente, relações diferentes e direitos diferentes.¹⁴³

Antes disso o indígena no Brasil vivia uma complicada situação: ficava dependente da tutela estatal, dispondo a legislação pátria que sua capacidade deveria ser avaliada conforme seu grau de “aculturação”. Trazia ainda o ideal integracionista até então em pauta, como se pode observar na Lei nº 6.001/1973, o Estatuto do Índio.

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-las, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional¹⁴⁴.

É de se notar que com o advento da Constituição Federal de 1988 esse enfoque se modificou, e a nova norma passou a garantir aos indígenas a manutenção de sua organização social, sem exigir necessariamente a migração para sociedade predominantemente urbana.

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.¹⁴⁵

¹⁴³ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Índios**. Meio Ambiente. Desenvolvimento Sustentável. Socioambientalismo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=8499>>. Acesso em: 2 mai. 2010.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

¹⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2010.

Acima de tudo, a legislação brasileira, que antes tratava o indígena conforme o grau de integração à sociedade, passou a enxergá-lo em sua individualidade, deixando seu poder decisório e suas primazias de desenvolvimento para discussão dentro de seu grupo. O Estatuto do Índio fazia a seguinte distinção:

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.¹⁴⁶

A mesma norma, em seu Artigo 5º, Parágrafo único, determinava ainda que: “O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente”. Assim, se no passado eram considerados até mesmo incapazes ou relativamente incapazes conforme seu grau de integração, após a Constituição de 1988 e reforçada a ratificação da Convenção n. 169 da OIT os indígenas se tornaram capazes de construir sua trajetória, devendo receber do Estado todo o suporte para que seus anseios sejam considerados e atendidos.

Essas premissas em que se assentam as relações jurídicas para com os povos indígenas podem ser resumidas em: reconhecer os seus direitos originários, isto é, reconhecer que os povos têm direitos anteriores ao Direito e aos Estados; reconhecer a exclusividade de seu uso sobre as terras que habitam, nisto incluído o entendimento que delas dispõem como território e não como propriedade e, por último, oferecer proteção e garantia do Estado nacional para que os povos indígenas vivam segundo seus direitos originários e não sejam usurpados pelo próprio Estado que os protege, por outros Estados e por cidadãos de qualquer Estado.¹⁴⁷

Inferese assim, que a maior transformação se deu na concessão de poder de escolha ao indígena e na defesa de seus territórios, cabendo a cada grupo definir

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. *Idem*.

¹⁴⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Da tirania à tolerância. O Direito e os índios. In: NOVAES, Adauto (org.). **A outra margem do ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 59.

aquilo que julgar conveniente às suas necessidades e anseios de desenvolvimento, sem que necessariamente tenham que abandonar seu modo de vida original.

Artigo 7º

1. Os povos indígenas e tribais deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que afete 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, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

Além disso, esses povos deverão participar da formulação, execução e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional capazes de afetá-los diretamente.¹⁴⁸

As mudanças legislativas, muito embora lentas, ocorreram. As intenções e compromissos foram firmados. O que urge no sistema jurídico e político brasileiro são formas eficazes de tornar realidade todas essas recomendações, engendrar mais canais de comunicação com as comunidades tradicionais e torná-las personagens ativas na construção de sua cidadania, tanto no âmbito interno, de sua organização social em particular, como diante do Estado.

6. UM INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE

É incontestável a ligação dos povos indígenas com o ecossistema do território tradicionalmente ocupado. Tanto no caráter espiritual como no aspecto prático, da dependência de determinados recursos naturais.

A maioria das comunidades tradicionais está vinculada àquilo que a natureza disponibiliza em seu espaço geográfico, determinando assim seus hábitos e costumes. Justamente por essa dependência, o indígena possui uma relação harmônica, simbiótica, com a natureza.

Os recursos naturais são por eles explorados, na maioria das vezes, de forma sustentável. O extrativismo e a coleta não excedem aquilo que a natureza não possa repor. Isso é uma questão de sobrevivência, pois um recurso escasso pode significar o fim de uma coletividade.

Os exemplos dessa relação tão estreita são as formas míticas que regulam o acesso aos recursos naturais da floresta¹⁴⁹. São histórias, contos e personagens que fazem parte do imaginário coletivo, e assim estabelecem regras para a obtenção dos mantimentos da aldeia, sem que essa coleta se torne predatória.

¹⁴⁸ OIT – Organização Internacional do Trabalho. Op. cit., p. 27.

¹⁴⁹ ISA – Instituto Socioambiental. **Escolas baniwa no Rio Negro ganham mitoteca**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2082.html>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

Além desse aspecto local, a manutenção dos territórios tradicionais sob o domínio indígena é alicerce para sustentação de sua cultura, seus costumes. A ligação com a terra é também espiritual, sendo às vezes um local especial escolhido pelos antepassados daquele grupo, o lugar onde repousam seus ancestrais, seus guerreiros valorosos, ou ainda um presente dado por suas divindades.

Para os guaranis, por exemplo, o *tekoha* é uma instituição divina criada por Nande Ru. Deles desalojados com a chegada do homem branco, procuram ali permanecer, inclusive trabalhando para este nos ervais e em roças. Consideram-se, dessa forma, de posse de seu território tradicional.¹⁵⁰

Tendo em vista esta especial relação estabelecida com o território pelos grupos tradicionais a Convenção 169, nos artigos 13 e 14, prevê o reconhecimento da propriedade e da posse dos locais por eles ocupados:

Artigo 13

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.

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.¹⁵¹

Além da questão da terra, o indígena possui um vasto conhecimento dos elementos da natureza. Esse saber é fundamental para a conservação e uso ordenado de diversos espécimes da fauna e da flora, devendo ser protegido e inventariado. É uma sabedoria inestimável, resultado de práticas reiteradas e transmitidas desde tempos imemoriais. As formas de obtenção e utilização desses recursos certamente constituem um meio eficiente de manejo ambiental sustentável.

¹⁵⁰ DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade /multiculturalidade. DUPRAT, Deborah (org.). **Pareceres Jurídicos** – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. Manaus: UEA, 2007, p.18.

¹⁵¹ Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit169.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2010.

O Brasil não possui políticas e leis de proteção do conhecimento tradicional dos Povos Indígenas. É necessário sensibilizar a sociedade, os Institutos de Pesquisa, as Universidades, o estado e as próprias Organizações Indígenas, para a elaboração de políticas públicas que visem a proteção do conhecimento tradicional associado à Biodiversidade.¹⁵²

Desta forma as populações tradicionais são agentes na conservação dos recursos naturais, que utilizam seus conhecimentos para o emprego mais racional e eficiente do que é disponibilizado pela terra. O estudo e valorização dessas técnicas, os incentivos ao seu uso consciente se tornam ferramentas muito úteis na preservação ambiental.

Infelizmente o modelo de exploração da terra realizado pelos indígenas não é considerado em seu aspecto prático na economia, talvez por ser fragmentado, demasiado específico e limitado. O que se mostra no cenário produtivo brasileiro é o modelo de agricultura intensiva, em larga escala, que exige grandes extensões de terras, tecnologia de ponta e mecanização. As técnicas tradicionais são criticadas como inviáveis, rudimentares e pouco lucrativas, devendo ceder espaço à produção otimizada.

As chamadas “populações tradicionais” ou povos e grupos sociais que controlam as chamadas “terras tradicionalmente ocupadas” – consoante a Convenção 169 aprovada pela OIT em 7 de junho de 1989 e ratificada pelo Congresso Nacional em junho de 2002 – através de suas entidades representativas e de diversos movimentos sociais, apregoam que este conhecimento intrínseco não pode ser assim expropriado, não pode ser subdividido e retalhado entre laboratórios, desagregando os domínios de saberes em que são socialmente produzidos. O esfacelamento não apenas colide com processos de afirmação étnica como pode destruir as unidades culturais e ter, por extensão, um impacto negativo sobre centenas de experiências produtivas, de povos indígenas, comunidades quilombolas, ribeirinhos e pequenos produtores agroextrativistas em toda a Amazônia. Além dos aspectos simbólicos, têm-se os aspectos econômicos desta contradição que apontam para dois circuitos de mercados que se opõem frontalmente: o mercado segmentado versus o mercado de “commodities”. A noção de “commodity” vinculada a produtos homogêneos, produzidos e transportados em grandes volumes, por grandes empreendimentos, tanto no setor mineral (ferro, ferro-gusa, bauxita, estanho, manganês...), quanto na extração madeireira,¹⁴ na coleta de plantas com propriedades medicinais e nos produtos industriais (soja, óleos vegetais, celulose, ...), contrasta

¹⁵² ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Amazônia: a dimensão política dos “conhecimentos Tradicionais”. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas**. v. 2. Manaus: Programa de Pós-Graduação da Universidade do Amazonas – UEA / Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Cultura da Amazônia / Fundação Ford / Fundação Universidade do Amazonas, 2008, p. 47.

e colide com a produção baseada na extração através do trabalho familiar, em cooperativas de produtores diretos, de base artesanal ou que incorpora tecnologia simples, agregando valor aos produtos da floresta, e que é comercializada em circuitos específicos de mercado.¹⁵³

Porém, a atual forma de exploração agrícola e de matérias primas tem um custo social e ambiental alto: esgotamento dos recursos naturais, o que exige a destruição de cada vez mais espaços de mata nativa, desemprego e subemprego, já que a produção é mecanizada, êxodo rural pela inviabilização da agricultura familiar, conflitos rurais e redução da biodiversidade.

Neste cenário, os grupos tradicionais se mostram como alianças de resistência, lutando para continuar existindo em uma situação cada vez mais desfavorável e excludente.

A convivência harmoniosa dos direitos indígenas e do meio-ambiente deve ser alcançada por intermédio de ações preventivas, de educação e conscientização, que proporcionem a preservação do meio-ambiente e a sobrevivência dos índios pelos meios que naturalmente utilizam, de acordo com sua própria forma de viver. Com o equilíbrio na proteção do meio-ambiente e dos direitos das minorias indígenas, será obtido o desenvolvimento sustentável, com equilíbrio e respeito as presentes e futuras gerações (...).¹⁵⁴

As cooperativas de trabalho e a valorização dos saberes tradicionais no cultivo, coleta e utilização de elementos naturais podem ser formas de promover o desenvolvimento das comunidades indígenas, sem que necessariamente se sacrifique o meio ambiente. Do momento que uma atividade rentável e sustentável é realizada, incentivada na localidade originária do índio, as chances de mantê-lo em seu espaço geográfico conservando seu modo característico são maiores, adicionando-se ainda o aspecto positivo da inserção na cadeia produtiva local e regional.

Nem ecologistas naturais, nem aculturados predadores, as formas de mudança no uso dos recursos naturais pelas sociedades indígenas depende, na realidade, do leque de opções sócio-econômicas e políticas oferecidas para sua articulação com a chamada sociedade envolvente (nas suas vertentes regionais, nacionais e internacionais).¹⁵⁵

¹⁵³ Ibid., p. 14.

¹⁵⁴ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Op. cit.

¹⁵⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de et al. **Autonomias indígenas e desenvolvimento sustentável no Brasil**. p. 24. Disponível em: <http://www.latautonomy.org/EstudioPolitico_Brasil.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Mas para que ocorra essa exploração ordenada dos recursos é necessário proporcionar meios de inserção desta cultura específica no mercado, considerando as particularidades regionais, a capacidade produtiva e disponibilidade dos bens ambientais e a conscientização de toda a sequência, do planejamento ao consumidor final.

O exame de temas ligados aos índios e ao meio-ambiente deve ser efetuado também como vistas ao desenvolvimento, o que deve significar crescimento; crescimento sustentável e igualitário, com respeito às minorias, e as diversas culturas e próprias formas de viver. Não observada essa diretriz, haverá descompasso ou ruptura de sistemas, não ocorrendo, assim, efetivo crescimento, com harmonia entre o avanço da tecnologia, o direito à vida e às condições de sobrevivência das presentes e futuras gerações.¹⁵⁶

O acesso às tecnologias produtivas, para conjugá-las aos conhecimentos tradicionais e buscar sua melhoria, é uma das formas de proporcionar o desenvolvimento a essas comunidades. Os avanços científicos civilizados, por assim dizer, podem ser agregados ao elemento cultural indígena, sem contudo o descaracterizar.

O importante é apresentar propostas, opções a esses povos, para que decidam quais as ferramentas vão utilizar na busca de seu progresso econômico, social e cultural.

O socioambientalismo foi construído com base na idéia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se com base na concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade social - ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos - como também a sustentabilidade social - ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores de justiça social e equidade.¹⁵⁷

Do momento que um povo tem sua identidade valorizada e aceita, é participante ativo da cadeia produtiva e possui ao menos seus direitos fundamentais respeitados, o desenvolvimento socioeconômico é consequência.

Se lhes é oportunizado decidir o que parece correto e satisfatório, mesmo não sendo condizente com as ideias predominantes, se lhes é garantido um

¹⁵⁶ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Op. cit.

¹⁵⁷ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: IEB Instituto Internacional de Educação do Brasil e ISA Instituto Socioambiental, Editora Fundação Peirópolis Ltda., 2005.

território para habitar e viver ao seu modo, certamente o dever do Estado estará sendo cumprido. É isso que prevê a legislação nacional e o disposto na Convenção n. 169 da Organização Mundial do Trabalho. As normas estão em vigor, basta cumpri-las.

CONCLUSÕES

A Convenção n. 169 da OIT é de grande importância na defesa dos povos mais frágeis, que nem sempre têm suas necessidades consideradas, quanto mais atendidas. Do momento em que uma identidade, uma organização tribal, um passado de opressão ou uma porção territorial une um grupo de pessoas, essa carta é hábil para resguardar direitos que nem sempre são prioridades aos governos.

O direito de simplesmente existir, viver conforme os costumes que vêm de muitas gerações sempre foi tolhido pelos governos, que lançaram normas destinadas somente a uma coletividade urbana e industrial. A coexistência das regras tribais e das leis governamentais se tornou possível com as disposições da Convenção n. 169 e da Constituição Brasileira de 1988.

Um dos grandes avanços trazidos com a ratificação da referida carta da OIT foi a previsão de consulta aos povos tribais naquilo que lhes afeta diretamente. Questões territoriais, medidas legislativas e ações administrativas que tragam consequências diretas aos grupos deverão ser previamente debatidas, cabendo à comunidade a decisão de permitir ou não as intervenções pretendidas pelo Estado. Essa consulta deverá ser clara, realizada de boa-fé e buscando um consentimento legítimo por parte dos interessados.

Mais que isso, o poder de decidir o que convém ao seu progresso fica para as próprias comunidades tradicionais, que escolherão aquilo que consideram prioridade conforme seus anseios e interesses grupais. A tutela estatal, que antes decidia o que deveria ocorrer com o índio, agora se restringe em fornecer os instrumentos que o possibilitem buscar o próprio desenvolvimento.

Desta forma, o sistema jurídico teve de acompanhar tais mudanças, evoluindo no sentido de recepcionar os tratados internacionais sobre o tema, criar formas e instrumentos legais que possibilitem aos povos indígenas e tradicionais reivindicar e proteger aquilo que lhes é importante e coordenar as ações destinadas a promover o bem-estar dessas populações.

A Convenção n. 169, além de proteger o próprio indígena, protege todo seu legado cultural, sua relação com a natureza e o espaço geográfico, seus saberes e conhecimentos tradicionais ao reconhecer e respeitar a integridade dos valores, práticas e instituições dos povos.

Ainda neste sentido, lhes proporciona o a proteção aos recursos naturais existentes em seus territórios, dando o direito de utilizar, conservar e administrar suas riquezas naturais. Isso significa que, o povo tradicional, através da exploração sustentável de seus bens ambientais, pode gerar renda e desenvolvimento para sua comunidade, extraindo matérias primas da natureza e aplicando nelas seus conhecimentos para assim, fazer parte da cadeia produtiva.

Desde que realizada de forma ordenada, essa exploração não se trata da retirada predatória de elementos naturais, mas sim de um meio eficiente e organizado de cultivar e extrair da terra seus produtos, sem que se esgotem ou não se reponham. Os povos tribais têm uma ligação estreita com a natureza, geralmente agindo com sabedoria para aproveitar aquilo que ela oferece.

Assim, o indígena passa a ser um agente na preservação da biodiversidade, que em contraponto aos métodos de monocultura largamente empregados no setor agropecuário, contribui para manter um maior número de espécimes da fauna e da flora, aproveitando-os em suas melhores potencialidades.

Isso permite que o nativo possa permanecer em seu meio originário, mantendo seus costumes e hábitos, atingindo também seu desenvolvimento socioeconômico, através da inserção na estrutura econômica e do acesso aos direitos humanos fundamentais.

Em suma, Convenção n. 169 da OIT é o documento internacional de direitos humanos que reafirma e proporciona maior efeito às obrigações assumidas pelos Estados quanto à adesão de leis protetoras de direitos dos povos tradicionais abrangidos em seu território.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Amazônia: a dimensão política dos “conhecimentos Tradicionais”. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Conhecimento tradicional e biodiversidade**: normas vigentes e propostas. v. 2. Manaus: Programa de Pós-Graduação da Universidade do Amazonas – UEA / Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Cultura da Amazônia / Fundação Ford / Fundação Universidade do Amazonas, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2010.

BRASIL. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>.

Acesso em: 2 jun. 2010.

BRASIL. Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 19 jun. 2010.

DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: DUPRAT, Deborah (org.). **Pareceres Jurídicos** – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. Manaus: UEA, 2007, p. 9-19.

IOL - INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **International labour standards. Convention No. C169**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>>. Acesso em: 3 mai. 2010.

ISA – Instituto Socioambiental. **Escolas baniwa no Rio Negro ganham mitoteca**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2082.html>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

LACERDA, Rosane Freire. **A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**: Origem, conteúdo e mecanismos de supervisão e aplicação. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/zazab023/a-conveno-169-da-oit-sobre-povos-indigenas-e-tribais-origem-contedo-e-mecanismos-de-superviso-e-aplicao.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n. 29, de 10 de junho de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório**. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_29.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2010.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas e tribais**. 2.ed. Brasília: OIT, 2005.

ROCHA, Ana Flávia. **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<http://brasiloeste.com.br/noticia/725/>>. Acesso em: 9 mai. 2010.

SALGADO, Juan Manuel. **El convenio 169 de la OIT**: comentado y anotado. 1a ed. - Neuquén: EDUCO – Universidad Nacional del Comahue, 2006.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: IEB Instituto Internacional de Educação do Brasil e ISA Instituto Socioambiental, Editora Fundação Peirópolis Ltda., 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Índios**. Meio Ambiente. Desenvolvimento Sustentável. Socioambientalismo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=8499>>. Acesso em: 2 mai. 2010.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, et al. **Autonomias indígenas e desenvolvimento sustentável no Brasil**. Disponível em: <http://www.latautonomy.org/EstudioPolitico_Brasil.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2010.

_____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. Da tirania à tolerância. O Direito e os índios. In: NOVAES, Adauto (org.). **A outra margem do ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

A PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ana Paula Liberato¹⁵⁸

Ana Paula Rengel Gonçalves¹⁵⁹

INTRODUÇÃO

Antes de adentrarmos na discussão da proteção dos direitos dos índios na Constituição Federal de 1988 insta estudarmos alguns dos outros Códigos que observaram o assunto. O Código Civil de 1916, o Código Penal de 1940 e o Estatuto do Índio foram um grande retrocesso no que tange a proteção aos indígenas. Durante este período eles sofreram uma dura política integracionista e foram tratados de maneira injusta e preconceituosa nos referidos Códigos.

É importante delimitarmos os conceitos de “cultura”, “multiculturalismos”, “direitos” e “cidadania” para o estudo da cidadania multicultural ser amplamente compreendido. Cultura tem dois conceitos, pode fazer referência aos campos de saber ocidentais ou integrar uma pluralidade de culturas que juntas constituem uma sociedade. Destarte uma sociedade pode ser ou ter cultura. Santos¹⁶⁰ aduz que multiculturalismo diz respeito ao fato de vários grupos étnicos conviverem na mesma sociedade. Porém lembra o autor que esta era a ideia original que foi modificada para o entendimento de uma sociedade global

¹⁵⁸ Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR; Doutoranda pela Universidad de la Empresa em Montevideo/UY; Coordenadora da Especialização em Direito Sócioambiental da PUC/PR - Campus Curitiba e Joinville; Professora da PUC/PR; Coordenadora Geral da Ordem Mais Cursos e Concursos; Professora da LEX; Membro do Conselho Editorial da Editora Juruá; Membro do Comitê de ética e Pesquisa no Uso de Animais da APC; Membro do Grupo de Pesquisa “Direito à moradia” em parceria com o Ministério Público do Estado do Paraná e a PUC/PR; Advogada e consultora jurídica na área agrária e ambiental.

¹⁵⁹ Bacharel em Direito pela PUC-PR; Pós-Graduada em Direito Ambiental. Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR/CNPq).

¹⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26-27.

composta por várias culturas. É possível perceber a ligação dos dois conceitos abordados.

A ponderação do conceito de direito pode encaminhar a várias conclusões, porém em linhas gerais pode-se afirmar que direito é um conjunto de normas e regras que visam organizar uma sociedade, tendo como fim a pacificação social. O termo “cidadania” significa o conjunto de direitos com os quais alguém tem possibilidade de participar da vida e do governo de seu povo¹⁶¹. Novamente resta claro a influência de um termo no outro.

Cabe neste momento definirmos o significado dos termos “índio” e “silvícola” para a melhor compreensão do assunto, pois estes são amplamente utilizados na lei. O primeiro refere-se aos integrantes de diferentes grupos étnicos americanos, hoje são entendidos conceitualmente como descendentes das populações de origem pré-colombiana. Os últimos estão ligados a ideia de habitação na selva, ou criação na mesma, assim, selvagens.

1. PROTEÇÃO DOS ÍNDIOS ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1. CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 equiparou os indígenas aos pródigos e aos de idade entre 16 e 21 anos ao incluir os índios na lista dos relativamente incapazes. Primeiramente faz-se necessário determinar que prodigo é todo aquele que é gastador ou esbanjador¹⁶², ou seja, aqueles que prejudicam consideravelmente seu patrimônio. Os maiores de 16, mas menores de 21 anos de idade ao ver do legislador não possuíam seu intelecto completamente desenvolvido, no sentido que sua formação estava ainda incompleta.

Ao tratar dos índios o referido Código adotou a expressão “silvícolas” que pode fazer referencia a outros que habitem as matas, que não humanos. Os índios deveriam receber tutela jurisdicional especial, pois se entendia na época que eles tinha problemas e dificuldades maiores no que dizia respeito à educação e aos processos de aprendizagem. Para Maria Helena Diniz os índios têm educação lenta e difícil, assim necessitam de proteção especial¹⁶³.

¹⁶¹ DALLARI, Dalmo. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2.ed. São Paulo: Editora Moderna, 1998, p. 12.

¹⁶² FERNANDES, Francisco. **Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1946, p. 377.

¹⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil de 1916 Anotado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15.

Para entender a lei é importante entender o contexto histórico-cultural no qual a mesma foi elaborada. Em 1916 no senso comum as Políticas Integracionistas eram a melhor opção que a sociedade poderia ofertar aos índios, estes ainda eram vistos como sendo inferiores por terem costumes diferentes e ignorantes por priorizarem o convívio harmônico da tribo em detrimento de bens materiais. A incapacidade dos indígenas cessaria quando eles estivessem adaptados à civilização¹⁶⁴.

O idealizador do Código, o professor Clóvis Beviláqua, disse que no texto original os índios não eram listados como relativamente incapazes, alegando que a matéria deveria ser apreciada por uma legislação especial. Entretanto os índios foram incluídos nesse rol pelo Senado Federal.

Destarte houve certa evolução, uma vez que se deu fim a tutela orfanológica, que adveio com a Lei de 27 de outubro de 1831, a qual desconsiderou a Constituição vigente da época e atribuiu aos Juízes dos órfãos o poder perante os indígenas. Entretanto ao analisar o texto legal se pode perceber que não foram abordadas as comunidades indígenas, apenas os índios individualmente. Ora, com tantas comunidades que diferem tanto entre si, como na linguagem, na tradição e nos costumes, resta claro que é crucial o tratamento diferenciado.

Souza Filho, ao estudar o tema, conclui que houve uma ruptura trazida pelo Código Civil de 1916, uma vez que não se aplicava mais a tutela orfanológica e ficou entendida a necessidade de criação de um novo regime tutelar que deveria ser criado por lei¹⁶⁵.

A época era necessária a criação de uma lei que regulamentasse a situação dos indígenas nascidos no Brasil, veio então o Decreto 5.484 de 1928. Todavia este pouco inovou, mantendo as linhas gerais do Código Civil. Mas houve mérito, porque trouxe a concepção de que as relações entre índios e sociedade organizada são de natureza pública e não privada. Insta lembrar que naquele tempo o Brasil tinha pouco menos de dez milhões de habitantes e um milhão eram índios.

1.2. CÓDIGO PENAL DE 1940

À luz do entendimento vigente do Código Civil de 1916 o Código Penal de 1940 elencou os indígenas novamente como incapazes. O art. 22 da legislação criminal da época dispunha que os agentes que no momento da configuração do crime eram inteiramente incapazes de entender a ilicitude do fato, em razão de serem doentes mentais ou terem desenvolvimento mental incompleto, ficavam isentos de pena.

Se os indígenas eram vistos como incapazes no âmbito civil por óbvio assim também seriam tratados na esfera criminal. Então se os índios não entendiam porque deter-

¹⁶⁴ Id.

¹⁶⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 99.

minada ação ou omissão eram vedadas, eles, segundo a lógica do legislador do início do século XX, deveriam receber tratamento penal diverso. Para a comunidade jurídica da época a falta de desenvolvimento ou retardo deste ocorria nos índios no que diz respeito às questões éticas já difundidas na sociedade. Cabe aqui comentar a ausência de algum termo que fizesse referência expressa aos indígenas foi proposital, isto ocorreu para que os países desenvolvidos não pensassem que o Brasil estava cheio deles¹⁶⁶.

Segundo Neves¹⁶⁷ os militares tinham um “Projeto de emancipação” e este era um projeto político que aparentava para a promoção do acesso à cidadania para os índios, enquanto na verdade objetivava a alienação das terras indígenas aos interesses externos. Durante a transição dos governos militares para o neoliberalismo, ocorreu o esvaziamento político da Funai, assim, os processos de demarcação das terras indígenas restaram suspensos de maneira que os problemas existentes foram agravados¹⁶⁸. Os governos se tornaram mais autoritários, impondo medidas legais que diminuía a participação indígena nas demarcações, sendo agora apenas a legitimação através da presença formal. Também ocorreram violências físicas, como a ação policial contra a manifestação indígena contra a celebração dos 500 anos de descobrimento do Brasil.

Desta forma, sem a revogação do Decreto 5.484 de 1928, ainda havia previsão de punibilidade aos índios que cometessem crimes. Se o agente já estivesse em convívio com a sociedade civilizada por mais de 5 anos, seria calculada a pena normalmente, e então, ao fim, esta seria reduzida pela metade. Se o infrator não estivesse convivendo com a sociedade civil por mais de 5 anos ele deveria ser recolhido pelo inspetor dos índios. É importante salientar que apenas em teoria os apenados não cumpririam a pena em prisões comuns, mas sim em prisões disciplinares para os índios, no primeiro caso, e em colônia correccionais na segunda hipótese.

1.3. ESTATUTO DO ÍNDIO - LEI 6.001 DE 1973

Enquanto os militares estavam no poder, mais precisamente em 19 de dezembro de 1973 durante o governo de Garrastazu Médici, foi sancionada a Lei 6.001, comumente conhecida como Estatuto do Índio. Este dispositivo legal ainda fazia referência aos indígenas como sendo silvícolas.

Tendo se baseado nas Políticas Integracionistas a referida Lei tinha propósito de preservar a cultura indígena e integrar os índios, progressiva e harmonio-

¹⁶⁶ Ibid., p. 109-110.

¹⁶⁷ NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas do Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 116.

¹⁶⁸ Ibid., p. 126.

samente, à comunhão nacional. Ao ler esta norma, tendo em vista os dados históricos ao massacre que ocorreu com os índios, como por exemplo o extermínio dos indígenas Kanoê de Rondônia em razão do avanço das propriedades agrícolas. Assim, é possível ver o paradoxo criado entre letra de lei e realidade fática. É triste perceber como o disposto normativo não correspondia com a verdade e cabe lembrar que a sociedade apenas ganhou conhecimento de muitos destes fatos violentos somente décadas depois.

O art. 4º do Estatuto do Índio traz três fases para a integração os indígenas, primeiramente eles são isolados, pertencentes a um grupo étnico e tem cultura diversa do restante da sociedade; então se tornam em vias de integração, quando ainda conservam as características nativas, mas já estão em contato com a sociedade nacional; e por fim são considerados integrados quando estão de acordo com a comunhão nacional, ainda que mantenham resquícios de sua identidade indígena.

Estudando o referido Estatuto e o contexto no qual foi inserido, era muito preconceituoso conceder direitos civis apenas após esta integração, pois para um índio poder ter a possibilidade de proteger os direitos de sua comunidade, primeiro ele deveria fazer parte da sociedade repressora, para então poder observar seu povo. No que tange a tutela jurisdicional das comunidades indígenas que ainda não eram integradas, isto deveria ser realizado pela União.

Souza Filho¹⁶⁹ aduz que o Estatuto do Índio não foi claro quando tratou dos princípios a serem aplicados aos índios, deixando margem de questionamento se estes seriam de direito público, privado ou até mesmo familiar. Criou-se uma brecha para o tutor dos índios poder utilizar a renda como achar melhor, tendo em vista o § 1º do art. 43 o qual afirma que “a renda indígena será preferencialmente aplicada em atividades rentáveis ou utilizada em programas de assistência ao índio”. Como o Estatuto recebeu o dever de proteger os índios, concluiu o autor que este é um retrocesso, uma vez que emancipa e devolve suas terras ao Estado, e seus antigos titulares perdem a qualidade de índios.

Também é importante notar como a integração foi forçada, de maneira que foi presumida pelos líderes de governo e em realidade pela sociedade brasileira como um todo, que o estilo de vida ocidental-europeu, a estrutura difundida, é o melhor e que o melhor para os índios é serem integrados a essa sociedade. Os grandes interessados, os povos indígenas, não tiveram poder de voto.

¹⁶⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1998, op. cit., p. 102.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico no que tange os direitos dos índios, pois a partir dela foi estabelecido um novo relacionamento entre Estado e povos indígenas. A estes foi garantido o direito ao que os define como índios, como sua linguagem e tradição. Desta maneira a atual Constituição é um avanço, sendo que revolucionou posicionamento jurídico, uma vez que pela primeira vez ficou assegurado o direito de ser índio e se rompeu com as Políticas Integracionistas¹⁷⁰.

O art. 231 da Carta Magna dispõe sobre os direitos indígenas, sendo que protege o direito a cultura, tradição, religião e língua dos índios. O referido artigo ainda discorre mais especificamente sobre as terras indígenas e a capacidade de postulação para obtenção de tutela jurisdicional das comunidades, como será estudado adiante.

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

¹⁷⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1998, op. cit., p. 107.

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.

O Estado Contemporâneo, e consequentemente seu Direito, estava baseado no individualismo jurídico, em razão do instituto “pessoa jurídica”, que traz a ficção de empresas e o próprio Estado serem pessoas. Este fenômeno jurídico se estendeu para os povos indígenas, assim um direito originariamente coletivo foi transformado em individual¹⁷¹.

A Política Integracionista que regia a relação entre sociedade civil com os índios entendia que a cultura deles era inferior a cultura ocidental, assim seria vantagem para eles uma integração, mesmo que indesejada pelos povos. Ainda que as leis de meados do século XX seguissem este pensamento, os índios ganharam alguns direitos.

Neves¹⁷² sustenta que Ramos¹⁷³ garante que antes de 1998 o movimento indígena resistia em razão de uma “ilegalidade tácita”, porém a Carta Magna vigente deu as organizações indígenas roupagem de organizações sociais, pois sua constituição estava prevista em lei. Nos anos 90 a responsabilidade de proteger os índios passou a ser de diferentes órgãos governamentais, caracterizando uma mudança entre a comunicação do Estado e movimentos indígenas.

Assim, o Estado não detém mais o monopólio da interlocução com os índios. Desta forma foi abandonada a singularidade para o uso do plural do termo “indigenismos”, mas mesmo que o diálogo entre Estado e comunidades de índios fosse feito por terceiros, geralmente instituições públicas, os interesses do Estado ainda prevaleciam¹⁷⁴.

Neves¹⁷⁵ assevera que os povos indígenas brasileiros são um “grande mosaico cultural e lingüístico”, o que torna complicado o diálogo interétnico porque cada grupo tem seu próprio interesse. Porém esta comunicação é essencial para a aproximação de culturas e povos diferentes. Toda e qualquer ação neste sentido deve ter como seu norte os valores éticos¹⁷⁶.

¹⁷¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e Direitos Coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 73.

¹⁷² NEVES, Lino João de Oliveira. Op. cit., p. 119.

¹⁷³ RAMOS, Alcida Rita apud NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas do Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 119.

¹⁷⁴ NEVES, Lino João de Oliveira. Op. cit., p. 121.

¹⁷⁵ Ibid., p. 115.

¹⁷⁶ Ibid., p. 123.

Uma grande iniciativa popular das minorias da sociedade foi o Movimento “Brasil: 500 anos de Resistência Indígena, Negra e Popular – Brasil Outros 500”. O qual contou com a Marcha Indígena 2000 e com a Conferência dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil¹⁷⁷. Tratou-se de uma manifestação das raízes pluriétnicas do Brasil que foram renegadas nas festividades dos 500 anos de descobrimento, que manteve a visão europeia do Brasil para o Brasil.

O art. 232 da Constituição dispõe que “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”. De tal modo que o índio em nome próprio pode postular o direito da comunidade. Também tem legitimidade as organizações dos índios, sejam governamentais ou não, e as próprias comunidades em razão do reconhecimento da organização social indígena e de sua capacidade civil.

O constituinte de 1988 abordou vagamente a diversidade cultural e étnica do Brasil. Todavia já é um avanço, pois já foram vivenciados períodos de religião e cultura oficiais, com visão única da cultura. Os dispositivos constitucionais fazem menção a diferença cultural dos índios, mas não são claros quando falam da diversidade cultural e étnica da nação brasileira.

É necessário entender que os direitos culturais devem ir além a festas e exercícios de suas tradições, deve ser mais objetivo, visando acabar ou no mínimo diminuir o preconceito contra os povos indígenas. Souza Filho¹⁷⁸ sustenta que é incontestável que os grandes povos indígenas mantêm uma jurisdição própria. As regras são conhecidas pelos índios, assim como o sistema de julgamento, e na maior parte dos casos quem o faz é uma autoridade política, como o pajé um os anciãos.

O direito de continuar a ser índios vagarosamente vem sendo adquirido pelas tribos indígenas, encerrando mais de quinhentos anos de integração forçada através das Políticas Integracionistas. As normas constitucionais devem ser analisadas de acordo com a realidade. A Constituição vigente encampam os direitos humanos, mas difere da Constituição Liberal na forma de interpretação e aplicação desses direitos.

A concepção de Direito, a partir do ideal europeu, não reflete a realidade histórico-cultural pátria. É possível chegar à conclusão que nossa sociedade não é uma, existem diversas culturas e tradições, assim não é viável haver um só Direito. Na hipótese de o Direito ser único, resta claro que as outras de expressão não serão observadas ou serão proibidas.

As demarcações são a principal reivindicação dos povos indígenas, mas não são o fim de seu movimento, que é a territorialidade. O Estado sempre foi e ainda é contra o movimento, pois os índios sempre foram vistos a partir da dicotomia

¹⁷⁷ Ibid., p. 128.

¹⁷⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1998, op. cit., p. 160.

de isolados ou integrados à comunhão social. O movimento dos índios é justamente pela terra e seus recursos naturais.

É notável que os povos indígenas fazem uso sustentável das terras que habitam, estão constantemente mudando o local de suas aldeias, bem como o local que praticam caça e constituem suas roças. Desta forma, quando os espaços reservados aos indígenas são suficientemente grandes, a natureza tem tempo para se recompor. Assim, fica evidente que as Terras Indígenas contribuem para a proteção do meio ambiente.

Resta claro que o direito dos índios fica restrito ao seu território, mas a partir do reconhecimento da importância dos territórios foi criada uma categoria de espaços territoriais especialmente protegidos, as Unidades de Conservação. Estes são espaços protegidos em razão da relevância dos ecossistemas que ali existem, de maneira geral ou são de uso restrito ou são inacessíveis. Podem ser inacessíveis justamente por haver povos indígenas presentes que objetivam a sua posse¹⁷⁹.

Então as terras indígenas são uma espécie de Unidades de Conservação, mas com outras características. Unidades de Conservação, de acordo com o art. 225, § 1º, da Constituição são espaços territoriais que devem ser especialmente protegidos, vedada sua alteração, supressão ou utilização que comprometa a integralidade dos atributos que justificaram a sua criação.

Uma diferença entre as Unidades de Conservação, regulamentadas pela Lei 9.985 de 2.000, e as terras indígenas é que aquelas dependem do Poder Público para criá-las, enquanto estas apenas são reconhecidas pela Administração, através da demarcação. O exercício de direito de propriedade também é diferente, uma vez que para os índios o bem é indisponível e inalienável, e os direitos sobre o bem são imprescritíveis.

O disposto no Código Florestal entende que as florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas a preservação permanente, mas cabe lembrar que todos os dispositivos infraconstitucionais devem ser interpretados conforme a Carta Magna. Assim, mesmo as florestas sendo preservadas, não fica vedado seu uso para fins produtivos ou de habitação.

Para Souza Filho¹⁸⁰ é possível acontecer de uma mesma área poder ser terra indígena e Unidade de Conservação. Pode ser caracterizada como terra indígena, pois é o único local que os índios ainda se sentem ligados ao seu passado, mas pode também se encaixar nos moldes legais das Unidades de Conservação quando é apenas este espaço que manteve as características originais da região, após as alterações feitas pela civilização. Trata-se de um falso conflito, pois ambos visam proteger o local da propriedade privada e da devastação.

Em relação aos direitos individuais é importante ter em vista o Pacto In-

¹⁷⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003, op. cit., p. 103.

¹⁸⁰ Ibid., p. 104.

ternacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, os quais admitem o direito dos povos de dispor sobre si mesmos. Assim, existe uma liberdade em relação às riquezas e aos recursos naturais, mas esta liberdade está condicionada à subordinação dos povos à jurisdição de um Estado constituído, mesmo que os índios estejam na condição de cidadãos vivendo em um território nacional determinado. No Brasil a luta indígena sempre objetivou a autodeterminação, sendo protestado seu direito originário pela terra e seus recursos naturais, de tal modo que os povos se organizariam em uma sociedade autônoma tendo em vista a soberania nacional. Entretanto em razão de terem demandas iminentes e precisando do auxílio do Estado, a expressão “autodeterminação” aos poucos está sendo alterada pelo termo “parceria”.

Resta óbvia a impossibilidade jurídica de autodeterminação e independência, uma vez que os povos podem se organizar como Estados integrantes de um outro Estado soberano. Em 1989 foi produzida a Convenção 169 pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) que pacificou o assunto, aduzindo que em relação aos índios a palavra “povo” não tem a mesma conotação que no direito internacional. Esta Convenção ainda trouxe a ideia de direitos coletivos que protegem a linguagem, a cultura, a tradição e a religião dos povos¹⁸¹.

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes é um instrumento normativo que dispõe sobre os povos indígenas e tribais do mundo. No Brasil esta é aplicada como lei e foi um dos primeiros dispositivos internacionais que seguem os preceitos da Constituição vigente, e justamente por ser proveniente de um órgão internacional traz mais força para a aplicação eficaz da mesma. *In Verbis*:

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 in-

¹⁸¹ NEVES, Lino João de Oliveira. Op. cit., p. 146-147.

interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

É necessário, assim, não utilizar a lógica do capital, mas sim a lógica dos povos, pois este por vezes não tem capital. O Estado deve protegê-los e principalmente cuidar para que eles não sejam incorporados na globalização, e se mantenham na condição de indígenas.

3. TERRAS INDÍGENAS

À luz da Constituição vigente as terras indígenas são destinadas à posse permanente dos índios, mas sua propriedade pertence à União Federal. Destarte, as terras são bens públicos, mas apenas o povo indígena pode utilizá-las, segundo seus costumes e tradições. O direito às terras é originário, ou seja, anterior ao próprio direito e até mesmo à própria lei¹⁸².

Com a promulgação da Constituição de 1988 ficou bem assinalado o dever do papel social da terra e ficou completamente pacificado com o Código Civil de 2002, pois este traz a necessidade da função social na propriedade. Entretanto por razões histórico-culturais a jurisprudência ainda tem se posicionado a favor da propriedade privada. O reconhecimento das terras indígenas é mais difícil quando este vai contra o interesse dos grupos políticos dominantes. Segundo Souza Filho “o conflito se dá entre populações tradicionais e proprietários individuais, considerados pelo sistema como legítimos”¹⁸³.

Com o decorrer do tempo o Direito brasileiro nomeou os territórios indígenas de forma diversa, mostrando a forma que estes eram vistos à época¹⁸⁴. Primeiro na Lei das Terras de 1850 foi utilizado o termo “reserva”, sendo que os índios deveriam trabalhar nelas até restarem completamente integrados. Então se usou a expressão “área” até chegar em “terra indígena”. Bem como o legislador evitou utilizar “povo”, também não usou “território”, para não haver qualquer brecha para independência indígena.

Após a Constituição de 1988 aconteceu a “desindividualização” da titularidade das terras indígenas, pois passou a ser um direito coletivo. Desta forma todos os membros da comunidade indígena são titulares. Por este motivo as demarcações são questionadas, de forma que o Ministério da Justiça impôs em 1996 o Decreto 1.775, o qual trata sobre o procedimento administrativo e a Portaria n.

¹⁸² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1998, op. cit., p. 122.

¹⁸³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003, op. cit., p. 99.

¹⁸⁴ Ibid., p. 101.

14 da Funai que dispõe sobre as normas do relatório que será realizado quando da demarcação das terras indígenas.

A demarcação é necessária para a proteção física das terras indígenas, mas as terras que não são demarcadas devem ser protegidas também. A demarcação é o reconhecimento da Administração que determinado espaço territorial é de posse dos índios. Souza Filho¹⁸⁵ lembra que basta que as terras sejam tradicionalmente ocupadas para que sobre elas os povos tenham direitos originários. Assim, tendo em vista todos estes condicionamentos que as discussões saíram da esfera política para o plano jurídico.

Por se tratar de direito originário as terras indígenas não são mais possibilidade do Estado, o Estado não concede as terras para os índios, apenas legaliza o direito. É de extrema importância a consulta dos povos indígenas para a realização da demarcação, até porque é sabido que cada povo tem seu próprio conceito de território. Mas infelizmente sabe-se que os índios participam apenas como observadores, sem poder opinar. Esta consulta é tratada na Constituição no art. 231 §1º, é evidente que outras questões de cunho econômico são levadas em consideração, como as fronteiras agrícolas.

O processo de demarcação de terras vem sofrendo modificações com os anos, mas em linhas gerais se segue o preceito do art. 19 do Estatuto do Índio. Este dispõe que o órgão federal de assistência ao índio estabeleça a demarcação. A demarcação deverá obrigatoriamente ser homologada pelo Presidente da República e registrada nos livros de Serviço de Proteção da União.

Em razão da ineficácia das normas e do Estado atualmente os próprios índios estão demarcando suas terras, a exemplo dos kulina que sem o apoio da Funai, realizaram a demarcação física de suas terras utilizando placas de madeiras feitas por eles mesmos¹⁸⁶. O Estado acabou incorporando esta ação, como tantos outros procedimentos indígenas, em suas políticas públicas.

Insta tecer a diferença entre “demarcação participativa” e “autodemarcação”. A primeira ocorre quando os próprios índios, seguindo as leis, marcam os limites físicos das terras. A “autodemarcação” é a organização interna para a demarcação, que fortalece o grupo e as relações com o Estado e a sociedade. Neves¹⁸⁷ elogia a “demarcação participativa” que se utiliza de elementos da “autodemarcação” dos kulina, sendo que esta “união” já foi formulada pelo PPTAL - Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas – que tem por finalidade a proteção das florestas tropicais do Brasil. Este tipo de demarcação não é apenas a aplicação da engenharia social, pois os índios têm mais participação no processo.

A demarcação não pode ser um processo de mera aplicação das leis e das

¹⁸⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1998, op. cit., p. 122.

¹⁸⁶ NEVES, Lino João de Oliveira. Op. cit., p. 133.

¹⁸⁷ Ibid., p. 141.

técnicas de agrimensura, este deve ter uma política mais ampla, com mais voz indígena, tendo em vista que cada grupo étnico é diferente. Os conceitos ideológicos de territorialização, cidadania e participante da nação brasileira estão, assim, intimamente ligados.

A ausência de atuação estatal não deve por si só levar a autodermação, ela é mais que uma atividade topográfica e cartográfica, é, em realidade, uma reorganização das relações interétnicas. Desta forma os índios se tornam protagonistas do procedimento, na medida em que a demarcação é feita inicialmente pelo próprio povo que vive na terra a ser demarcada.

Em razão do reconhecimento da Funai, a demarcação da Terra Indígena Kulina do Médio Rio Juruá a “autodemarcação” se afirmou como a mais importante mobilização política dos povos indígenas, revolucionando todo o processo e sistemática de demarcação das terras. Assim, atingiu-se a dimensão emancipatória da “autodemarcação”¹⁸⁸.

A questão das terras indígenas deve ser tratada com seriedade, pois se os índios não as tiverem eles perdem seus vínculos históricos, pode acontecer de não se reconhecer mais como parte integrante de determinado povo desconhecendo sua etnia. Deste modo o art. 231 garante a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a indisponibilidade das terras dos índios.

O objetivo constitucional ao proteger uma terra de importância cultural não é de propriedade, mas sim de posse indígena para ocupar a terra de forma tradicional, não há a necessidade de demarcação, só é necessária sua permanência. Canotilho e Leite¹⁸⁹ afirmam que os indígenas são apenas depositários de bens que se transferem através de gerações, caracterizando uma relação intertemporal. A qualidade da relação dos indígenas com as terras é cultural, que garante sua inamovibilidade.

No que diz respeito a problemática da exploração da mineração nas terras indígenas, a legislação pátria nunca foi clara na explicação da separação de bens do solo e riquezas do subsolo. Analisando a Constituição de 1988 fica evidente que não existe diferença entre mineração das terras indígenas e não indígena, inclusive em relação aos minérios contidos no subsolo.

O Estatuto do Índio está em contradição com a doutrina e com a própria legislação, uma vez que delega para a lei vigente, no caso o Código de Mineração, o poder de legislar a respeito das riquezas dos subsolos das terras indígenas. Assim, estas terras estão subordinadas da mesma forma que outras de direito comum, público. Fica desconsiderada a posse dos índios, apenas estando garantida indenizações e participações na renda.

Sabidamente o constituinte da Carta Magna de 1988 não recepcionou tais

¹⁸⁸ Ibid., p. 142.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 289.

dispositivos e admitiu a exploração, mas esta é dependente à prévia autorização do Congresso Nacional e à ouvidoria das comunidades afetadas, mantendo a participação dos índios nos lucros dos produtos. Não é mais possível aplicar o Estatuto do Índio e, portanto, é utilizado o Código de Mineração. Nota-se que a Constituição também não dispôs a respeito da propriedade do solo, não fez referências a União. Destarte se conclui que o que mais influi é a posse dos índios.

Em relação à água, esta é um bem ambiental que tem como seu gestor a União, os Estados e a coletividade, no que versa sobre a condição jurídica dos povos indígenas este fato não muda. O que é diverge é que os povos estão ligados a sua identidade étnica, ou seja, autonomia cultural. Esta autonomia deve seguir o direito de permanecer nas terras que tradicionalmente ocupam e o direito de livre acesso aos recursos naturais existentes nas respectivas terras de ocupação tradicional.

As lutas pelas terras são comuns para os índios, uma vez que eles as vêm travando desde a colonização. É necessário entender que para eles a terra define a história, a cultura, a etnia, a religião, tradição... enfim, ela traduz seu sentimento como pertencente àquele grupo. Destarte esta não se confunde com os conceitos de “território”, no sentido de rompimento com as imposições estatais, nem de “propriedade”.

4. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Neste momento é importante vermos como estão se posicionando as duas maiores Cortes do País, quando julgam lides que envolvem direitos indígenas. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal serão nosso objeto de estudo. É habitual do STF proteger as demarcações já feitas e visar, de acordo com a lei, permitir mais demarcações.

Ementa 1 do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO PROCESSO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, XI, CF. HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA NO STJ. SÚMULA 691, STF. NÃO CONHECIMENTO. 1. A impetração deste habeas corpus objetiva sanar suposta ilegalidade na postura do relator de writ anteriormente aforado perante o STJ que, após haver indeferido o pedido de liminar, se omitiu em apreciar o pedido de reconsideração da decisão indeferitória. 2. Há obstáculo intransponível ao conhecimento deste habeas corpus eis que, cientes da decisão monocrática do relator do STJ, o impetrante deixou de interpor agravo regimental, limitando-se a pedir a reconsideração da decisão. 3. A Súmula 691, do STF, se fundamenta

na impossibilidade de o STF, no julgamento de ação de sua competência originária, suprimir a instância imediatamente anterior, eis que não houve decisão colegiada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 4. Ainda que não fosse por tais motivos, seria hipótese clara de denegação da ordem, eis que não há elementos suficientes nos autos que permitam aferir a alegada nulidade do ato de recebimento do aditamento à denúncia. 5. A competência da justiça federal em relação aos direitos indígenas não se restringe às hipóteses de disputa de terras, eis que os direitos contemplados no art. 231, da Constituição da República, são muito mais extensos. O fato dos acusados terem se utilizado da condição étnica das vítimas para a prática das condutas delituosas, o que representa afronta direta à cultura da comunidade indígena. 6. HC não conhecido.

Decisão

A Turma, por votação unânime, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 02.09.2008.

No caso desta ementa, a autoridade coatora era o relator do HC 77.280 do STJ, pois supostamente o relator da decisão agiu ilegalmente quando indeferiu o pedido formulado pelos pacientes e não apreciou o indeferimento. O HC não foi conhecido.

Ementa 2 do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. LAUDO ANTROPOLÓGICO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DIRETA E FRONTAL DO ART. 5º, LV, E ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O acórdão recorrido prestou, inequivocamente, jurisdição, sem violar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tendo enfrentado as questões que lhe foram postas. Inexistência de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição, porquanto o acórdão recorrido está devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde a ora agravante. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão

Negado provimento. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. 2ª Turma, 06.04.2010.

Ementa 3 do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: ato normativo (MPr 225/04) susceptível de controle abstrato de constitucionalidade, não obstante a limitação numérica dos seus destinatários e a breve duração de

sua vigência. II. Mineração em terras indígenas: alegação de inconstitucionalidade da MPr 225/04, por alegada violação dos arts. 231, § 3º, e 49, XVI, da Constituição: carência de plausibilidade da arguição: medida cautelar indeferida. 1. É do Congresso Nacional a competência exclusiva para autorizar a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (CF, art. 49, XVI, e 231, § 3º), mediante decreto-legislativo, que não é dado substituir por medida provisória. 2. Não a usurpa, contudo, a medida provisória que - visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação e, por maioria, indeferiu a liminar, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a deferia. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Vice-Procurador-Geral da República. Plenário, 02.12.2004.

Ementa 1 do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO -PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT - REVISÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR - POSSIBILIDADE.

1. Processo administrativo regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96). Ausência de cerceamento de defesa.

2. A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.

3. Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.

4. A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF.

5. Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI,

fato que demonstra a inadequação do writ.

6. A interpretação sistemática e teleológica dos ditames da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de demarcação de terra indígena que tenha sido levado a termo em data anterior à promulgação da Constituição vigente pode ser revisto.

7. Segurança denegada.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com a Sra. Ministra Relatora. Sustentou, oralmente, o Dr. HELI LOPES DOURADO, pelos impetrantes e o Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO, pelo Ministério Público Federal.

CONCLUSÃO

Isto posto é possível concluirmos que houve grande evolução normativa desde o início do século XX, com o Código Civil de 1916, até 1988, com a promulgação da Carta Magna. Mais do que qualquer outro avanço, devemos destacar que o constituinte pela primeira vez reconheceu aos índios o seu direito de serem e permanecerem índios, rompendo, assim, com anos de integracionismo forçado e séculos de preconceito legislativo.

No que tange as demarcações das terras dos índios, cabe ressaltarmos que a letra da lei protege os índios e promove sua maior participação na realização. Entretanto, infelizmente sabemos que a opinião dos povos não é relevante no plano fático e que o Poder Executivo, como foi colocado aos estudarmos as demarcações, não se insurge efetivamente para auxiliar os indígenas, bem como prevê a Constituição.

O entendimento jurisprudencial das Cortes superiores pátrias resta favorável aos índios, pois está observando o que dispõe a Constituição vigente e legislação infraconstitucional. Em linhas gerais, é possível perceber que houve avanço tanto no pensamento da sociedade civil quanto nas leis, porém ainda há muito mais a ser atingido.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2.ed. São Paulo: Editora Moderna, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil de 1916 Anotado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1946.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas do Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

_____. Multiculturalismo e Direitos Coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

O PROJETO DE UM NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

Alaim Giovani Fortes Stefanello¹⁹⁰

Luciana Xavier Bonin¹⁹¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar os principais tópicos do Projeto de Lei apresentado pelo Ministério da Justiça à Câmara dos Deputados regulamentando o Novo Estatuto dos Povos Indígenas.

Trata-se de extenso Projeto, com cerca de 250 artigos que totalizam mais de cinquenta laudas de diversos dispositivos divididos em nove títulos, motivo pelo qual o presente trabalho terá como escopo apenas as alterações que entendemos mais significativas, além de apresentar uma visão geral da proposta apresentada ao Congresso Nacional.

O Projeto apresentado pelo Ministério da Justiça foi elaborado pela Comissão Nacional de Política Indigenista, por meio da Subcomissão de Assuntos Legislativos, após ter realizado um Seminário Nacional em Brasília para nivelar o conhecimento dos participantes acerca do assunto, ocorrido entre os dias 13 e 15 de agosto de 2008, além de 10 oficinas regionais para recolher propostas e

¹⁹⁰ Doutor em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA/AM (2007). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE/MG (2001). Ex- presidente do CEDAM - Centro de Estudos em Direito Ambiental da Amazônia. É Instrutor da Universidade Corporativa Caixa e Advogado da Caixa Econômica Federal. Vice-presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR.

¹⁹¹ Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Especialista em Docência de Nível Superior pelas Faculdades Dr. Leocádio José Correa - FALEC. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. Membro do Grupo de Pesquisa 'Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica', desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR.

reivindicações a serem incorporados no texto final¹⁹².

A proposta de Estatuto tomou por base o Substitutivo ao Projeto de Lei 2.057, de 1991, o qual pretende criar o Estatuto das Sociedades Indígenas, e que já foi discutido na Câmara dos Deputados e aprovado em Comissão Especial, mas que se encontra sem tramitação desde 1994.

Ao entregar o Projeto à Câmara dos Deputados em 05 de agosto de 2009, o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, declarou que o Novo Estatuto acaba com todos os resquícios de tutela, outorgando a plena capacidade civil da comunidade indígena, sem agredir sua origem de cultura¹⁹³.

O Estatuto proposto está estruturado em nove títulos da seguinte forma: o primeiro título trata sobre os princípios e definições; o segundo versa acerca do patrimônio e sua administração; o terceiro dispõe sobre os bens, garantias, negócios e proteção; o quarto fala das terras indígenas; o quinto assegura a consulta prévia, livre e informada; o sexto estabelece como deve ocorrer o aproveitamento dos recursos minerais e hídricos; o sétimo trata das políticas sociais; o oitavo da cultura, sendo o último capítulo destinado às normas penais e processuais a serem aplicadas aos povos indígenas.

Assim, o presente artigo inicia fazendo algumas reflexões sobre o contexto histórico dos povos indígenas, buscando estabelecer correlação com a Lei 6.001 de 1973 - Estatuto do Índio - para posteriormente adentrar nas novidades do Projeto do Estatuto dos Povos Indígenas.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEXTO HISTÓRICO DOS POVOS INDÍGENAS

Ao longo da história da humanidade foram deixadas marcas pela colonização, dominação e massacres contra os povos indígenas, com fortes cicatrizes como o extermínio de várias etnias, seja pela morte de seus membros, seja pela morte da sua cultura, língua e costumes, também conhecido como epistemicídio.

Tal contexto histórico é muito bem traduzido na dedicatória do livro “O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito”, onde o autor oferece a obra “ao povo Xetá que sobreviveu quinhentos anos tão próximo e tão isolado dos conquistadores, e foi surpreendido e exterminado na segunda metade do século XX

¹⁹² As oficinas regionais para discussão do Estatuto ocorreram entre os meses de setembro e novembro de 2008, nas seguintes cidades: Imperatriz, Recife, Campo Grande, Manaus, Belém, Fortaleza, Rio Branco, Cuiabá, Curitiba, Ilhéus, contando com a participação de aproximadamente 1.150 representantes indígenas. Fonte: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 10 de junho de 2010.

¹⁹³ Fonte: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ2498B870ITEMID8438C038E1BD4DDC-80706209849991BEPTBRIE.htm>. Acesso em: 10 jun. 2010.

pelos novos colonos que, sem lei e sem pena, invadiram o oeste do Paraná”¹⁹⁴.

A citação acima demonstra o contexto do extermínio dos povos indígenas durante a fase de expansão da colonização agrícola no Brasil, onde o incentivo do Estado era para desmatar e ocupar os espaços com a agricultura, ignorando a existência anterior de índios nas localidades colonizadas.

Porém, embora durante todo o transcurso da história, na maior parte do tempo, os índios tenham sido cerceados, achincalhados e sofrido toda forma de desrespeito, houve aqueles que os defenderam e que de algum modo contribuíram para a sua manutenção, principalmente de suas terras e culturas.

No século XVI, por exemplo, figuras como João Maior, Frei Francisco de Vitória e o Papa Paulo III, podem ser citadas. João Maior foi um afamado nominalista¹⁹⁵ da Universidade de Paris em 1510 e,

segundo ele, o reino de Cristo não é deste mundo e o papa só detém o primado espiritual, sem deter o temporal. Tampouco o Imperador é senhor do orbe. Enfim, o domínio não se fundamenta no direito divino, não depende da fé e da caridade, e sim no direito natural: os índios tinham, portanto, propriedade, liberdade e jurisdição.¹⁹⁶

No mesmo sentido, em 1537, o Papa Paulo III pronuncia-se sobre os índios na Bula *Veritas ipsa*:

(...) os índios e todas as demais nações que daqui por diante forem descobertas pelos cristãos, por mais que careçam do benefício da fé, não estão nem podem ser privados de sua liberdade e do domínio de seus bens; ao contrário, podem livre e lícitamente usar, desfrutar e gozar desta liberdade e domínio (...).¹⁹⁷

Enfim, coube ao Frei Francisco de Vitória, nas suas *Relecciones*, datadas por volta de 1539, a tarefa de estabelecer a soberania original dos povos indígenas da América¹⁹⁸.

No período colonial, século XVII, a soberania dos índios sobre suas terras e territórios volta a ser afirmada em documentos como as Cartas Régias promulgadas por Felipe III em 30 de julho de 1609 e em 10 de setembro de 1611 e no Alvará de 1º de abril de 1680 onde se “declara que as sesmarias concedidas pela

¹⁹⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

¹⁹⁵ Nominalistas eram aqueles que professavam a “doutrina filosófica segundo a qual o conceito é apenas um nome acompanhado de uma imagem individual sendo os universais (espécies, gêneros, entidades), puras abstrações sem realidade”. KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

¹⁹⁶ CUNHA, Manuela Carneiro. **Os Direitos do Índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 55.

¹⁹⁷ Papa Paulo III apud CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 57.

¹⁹⁸ CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 55.

Coroa Portuguesa não podia afetar os direitos originais dos índios sobre suas terras. Primários e naturais senhores de suas terras, eram enquanto tais isentos de qualquer foro ou tributo sobre ela”¹⁹⁹.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se reconhecia sua soberania, criavam-se meios para permitir que os índios fossem escravizados, como aqueles que fossem tomados como prisioneiros de guerra defensiva. Tanto que no mesmo alvará de 1º de abril de 1680, ordena-se que os índios tomados como prisioneiros, fossem tratados como tal (e não levados à escravidão).

Chega o século XVIII e, novamente, sua liberdade é reconhecida. Diz a Coroa: “... (os índios) são livres, e isentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que eles se não agradarão...”²⁰⁰.

Contudo, seus territórios estavam constantemente sendo tomados e seus povos reduzidos, de modo que em 1741 o Papa Bento XIV confirma os Breves de Paulo III e Urbano VIII,

excomungando *latae sententiae*, os contraventores da liberdade indígena. E, envolvendo-os todos na mesma condenação irrevogável, fulminava não somente os que de então em diante se tornassem culpados por venda, compra, troca ou dádiva de índios, separação de suas famílias, despojo de seus bens e fazendas, levada para outras terras, transporte ou qualquer outra privação de liberdade, mas ainda os que dessem conselho, favor e ajuda a quem tais coisas fizesse, qualquer que fosse o pretexto de fazê-las.²⁰¹

Mesmo assim, os contraventores não se intimidaram, perpetuando de maneira covarde e cruel o avanço sobre seus territórios e destruindo não só as aldeias, como também a identidade étnica de cada povo.

O Brasil Império no século XIX, nesse sentido, não tem muito do que se orgulhar, pois é marcado pelo “retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas: no mesmo período em que o índio se torna símbolo da nova geração, nega-se-lhe tanto a soberania quanto a cidadania”²⁰². De modo que a soberania dos índios passava a ser um problema para a Corte e, apesar de seus direitos sobre suas terras ainda permanecerem, os foreiros e os arrendatários pressionavam os governos a fim de obter os terrenos dos indígenas.

Em 1850, é promulgada a Lei de Terras (Lei nº 601 de 18/09/1850), que vai definir o que vem a ser terras devolutas e preservar “o reconhecimento da propriedade indígena dos territórios ocupados que não necessitam de legitimação

¹⁹⁹ Ibid., p. 59.

²⁰⁰ Carta Régia de 09/03/1718, apud CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 61.

²⁰¹ MIRANDA, Manuel; BANDEIRA, Alípio. Memorial Acerca da Antiga e Moderna Legislação Indígena. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Org.). **Textos Clássicos sobre Direito e os Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992, p. 35.

²⁰² CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 61.

de posse, já que seu título legítimo é o indigenato”²⁰³. Logo após a Lei de Terras, aconteceram as primeiras expropriações e extinção de aldeamentos. A Constituição de 1891, não mencionou os índios em seu texto, apenas transferiu aos Estados Federados as terras devolutas.

Em 1910, cria-se o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) em razão de uma denúncia feita em 1908, no Congresso dos Americanistas em Viena, sobre massacres de índios no Brasil. O objetivo do SPI era manter as tribos com seus costumes e suas terras, sem a pretensão de aldeá-las ou governá-las. Surge então, em 1916 o Código Civil, que vai declarar os índios como relativamente incapazes (art. 6º, IV).

A primeira Constituição a tratar sobre o tema indigenista foi a de 1934, sendo a matéria, abordada da seguinte forma: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (art. 129, CF/1934). O fundamento “era o reconhecimento dos direitos originais dos índios sobre suas terras, como ‘seus primitivos donos’”²⁰⁴. Além disso, dava exclusividade à União para legislar sobre as questões indígenas. A constituição de 1946 manteve o posicionamento da anterior nos seus artigos 5º, XV, ‘r’ e 216:

Art. 5º - Compete à União:

XV – Legislar sobre:

‘r’ – à 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.

Em 1967 a Constituição declara em seu artigo 4º, inciso IV que a propriedade das terras dos índios é da União, mantém em seu art. 5º inciso, XV, alínea ‘o’, a questão da integração do índio à “civilização” e exclui o art. 216, referente à posse dos índios sobre suas terras:

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

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas.

Art. 5º - Compete à União:

XV – Legislar sobre:

‘o’ - nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional

Com a Emenda Constitucional de 1969 foi mantida as questões sobre a propriedade das terras indígenas, bem como a competência legislativa da União, em seus arts. 4º, IV e 8º, XVIII, respectivamente. A novidade foi a inclusão do art. 198, que trouxe novamente aos índios, o direito de posse sobre suas terras.

²⁰³ Id.

²⁰⁴ Annaes apud CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 83.

Entretanto, este mesmo artigo, que fundamentará os artigos 44 e 45 do futuro Estatuto do Índio, contrariou por demais os interesses das classes dominantes e, em 1983 o então Presidente João Figueiredo assina o Decreto 88.985/83, de forma a permitir a realização de atividades de mineração em terras indígenas.

Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais 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.

A esta altura, os povos indígenas encontravam-se sob a representação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, criada em 05/12/1967 em razão da extinção do SPI, “em meio a uma série de escândalos de corrupção”²⁰⁵ em 1966.

De forma que naquele momento, visto toda esta série de conflitos tomando proporções cada vez maiores, era imprescindível que se promulgasse uma lei específica para tratar dos assuntos relacionados aos indígenas. O que foi acontecer somente em 1973, com a Lei nº 6.001/73.

2. O ESTATUTO DO ÍNDIO

Por Estatuto do Índio é como ficou conhecida a Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973 que, conforme aduz em seu artigo 1º, “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas...” do Brasil. Promulgada seis anos após o surgimento da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, ela nasce em um momento histórico-político-indigenista muito delicado, visto a carência de políticas indigenistas sérias voltadas a atender às necessidades demandadas por estes Povos.

Entretanto, o Estatuto além de tratar na maior parte do seu texto sobre assuntos relacionados às terras indígenas (Terras Ocupadas Tradicionalmente, Terras Reservadas e Terras de Domínio dos Índios), veio a consolidar uma concepção que remetia ao tempo da colonização, ou seja, a de “...integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”, conforme sugere o artigo primeiro desta Lei. Neste sentido:

²⁰⁵ CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 83.

O objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios. Tratava-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram como “sujeitos em trânsito”, portadores, por isso mesmo de direitos temporários, compatíveis com sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição.²⁰⁶

Além disso, apoia-se na noção de tutela, a qual deve o órgão oficial, exercer enquanto esta condição de “transição” perdure. Logo, cabe à União, através da FUNAI, “proteger, amparar e assistir uma parte que não tem condições ideais de cuidar de seus próprios negócios”²⁰⁷.

A noção de tutela remonta a fins do século XVIII onde surgiu “como uma solução para se garantir a mão de obra indígena em um momento de transição entre a escravidão e o trabalho assalariado”²⁰⁸. De forma que o Governo colonial colocou os índios residentes nas povoações coloniais sob o Regimento dos Órfãos. Assim, teriam que permanecer junto a seus antigos senhores por um período de seis anos, a fim de impedir a evasão dos índios em liberdade e com ela o insucesso de inseri-los na sociedade colonial.

Contudo, esta tutela orfanológica²⁰⁹ teoricamente temporária, na realidade, durou mais de um século. Extinguindo-se apenas com o Decreto nº 5.484 de 1928, instrumento pelo qual fez sua substituição pela tutela do Estado. E a ideia de tutela que antes era para sanar uma dificuldade transitória e em sociedades indígenas determinadas, passa a abarcar todas as sociedades, além de tomá-las - assim como os índios como entes individuais - de forma infantilizada.

Baseado nesta concepção, adentra-se ao século XX e a ideia de tutela confirma-se com o advento do Código Civil de 1916 em seu artigo 6º (já com a nova redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) ao tratar os índios como relativamente incapazes:

Art. 6º - São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 (dezessex) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 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.

²⁰⁶ ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 32.

²⁰⁷ BERMUDEZ, Sergio. In: SAMPAIO, Álvaro et al. **O Índio e o Direito**. Série OAB/RJ Debate. Rio de Janeiro, 1984, p. 16.

²⁰⁸ CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 110.

²⁰⁹ Os índios que viviam longe de seus grupos, eram perante o Império, considerados como se órfãos fossem e, portanto, tutelados pelo Juiz de Órfãos.

Portanto, o Estatuto do Índio de 1973 traz consigo esse “ranço” do pensamento dos homens da história, permitindo que a condição de tutelados cerceie - além de reduzir a capacidade civil dos índios, a autogestão de suas terras e a projeção de seu futuro como povos - sua livre expressão política e acesso aos serviços públicos, ao mercado de trabalho, às linhas oficiais de crédito como também de administrar diretamente seus territórios²¹⁰.

E embora tenha sido instrumento de fundamental importância jurídica concernente aos direitos dos indígenas durante todas estas décadas em que vigeu, hoje resta descontextualizado e “já não basta como instrumento adequado para a garantia e efetivação dos dispositivos constitucionais”²¹¹.

A necessidade de um novo Estatuto, agora dos Povos Indígenas e não mais do Índio – em reconhecimento à etnodiversidade existente – emerge do contexto social e jurídico decorrente do texto constitucional e das Convenções Internacionais que tratam do assunto.

3. O NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS: PRINCÍPIOS E DEFINIÇÕES

A Constituição Federal de 1988 abriu margem para uma série de discussões, não só em torno do Estatuto, como também de assuntos por ele não regulamentados, mas presentes no texto constitucional (como por exemplo, as atividades de mineração em terras indígenas, bem como a proteção de seus recursos hídricos) e que precisavam e precisam ser definidos a fim de que se tracem rotas a serem seguidas.

Em 1989, a Conferência Internacional da OIT aprovou a Convenção nº 169 que “possibilita o entendimento de que os povos indígenas são sujeitos coletivos de direitos, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescindíveis, além de definir os deveres e as responsabilidades dos Estados na sua salvaguarda”²¹².

A partir de 1990, começam a tramitar no Congresso Nacional, vários Projetos de Lei propondo a reestruturação do Estatuto do Índio e a regulamentação de outros aspectos da Constituição como a proteção do meio ambiente e da propriedade intelectual, manejo florestal, etc.

Em 1994 foi aprovada pela Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.057/91 que conciliava temas como capacidade civil dos índios, demarcação e proteção dos conhecimentos tradicionais. Porém, desde

²¹⁰ ARAÚJO, Ana Valéria et al. Op. cit., p. 47.

²¹¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.). **Série Pensando o Direito**. n. 19. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009, p. 11.

²¹² Id.

então, ela não passou das discussões no Congresso.

Neste íterim de quase vinte anos, as organizações indígenas desenvolveram cada vez mais a capacidade de intervenção nos debates sobre a revisão do Estatuto sendo de fundamental importância para o aperfeiçoamento das propostas elaboradas²¹³ tanto nas reivindicações indígenas nacionais, quanto na implementação de tratados internacionais.

Um dos resultados da mobilização e articulação dos povos indígenas é o Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas apresentado pelo Ministério da Justiça à Câmara dos Deputados em 2009, possuindo cerca de 250 artigos, enquanto o Estatuto do Índio de 1973 possui apenas 68.

Enquanto a Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973 tinha como intuito regular a “situação jurídica dos silvícolas” com o propósito de integrá-los progressivamente à sociedade, o Novo Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas tem como princípio regular a situação jurídica dos indígenas, suas comunidades e povos, fazendo respeitar sua organização social, cultura, terras que ocupam e seus bens.

Não se pode dizer, mesmo assim, que o Projeto apresentado pelo Ministério da Justiça seja o ideal, até mesmo porque o ideal, talvez, fosse um Estatuto para cada Povo, a exemplo do que Carlos Frederico Marés de Souza Filho teria defendido, conforme explica Márcio Santilli:

Ao assumir a função, o Marés agregou valor ao conceito propondo um programa para cada povo. Ou seja, a aproximação do Estado em relação ao chão bem poderia tomar como referência o próprio chão, no caso, os povos indígenas, ou cada povo indígena, e não exatamente estruturas administrativas descentralizadas, ou regiões administrativas, embora tais estruturas acabassem inevitavelmente tendo que se construir, mas na lógica de cada povo.²¹⁴

De qualquer forma, por mais avanços que o Projeto de Estatuto apresente, mesmo assim não é possível olvidar que o mesmo fora construído dentro da lógica da racionalidade ocidental, partindo das premissas de legislação e direito monistas, que são lógicas distintas e muito diversas daquelas construídas no mundo coletivo e solidário dos povos indígenas.

De igual forma, importante fazer um alerta: ainda que o Novo Estatuto contenha importantes mudanças, o mesmo não deixa de ser reflexo da política indigenista produzida pela sociedade dominante e excludente que impera nas relações de poder, seja no Congresso Nacional, seja nos diversos tribunais.

²¹³ ARAÚJO, Ana Valéria et al. Op. cit., p. 47.

²¹⁴ SANTILLI, Márcio. Um programa para cada povo. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de; (Coordenadores): **Socioambientalismo – Uma Realidade** – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2007, p. 184.

Neste sentido, cabe mencionar a fala de Márcio Santilli, pois muito esclarecedora e oportuna: “política indigenista é coisa de branco. É coisa de como a sociedade colonial dominante lida com os outros – os povos indígenas”²¹⁵.

De qualquer forma, os méritos do Projeto de Estatuto dos Direitos dos Povos merecem ser destacados, pois apresentam muitos avanços na proteção dos Direitos Indígenas, apresentando como base uma política de proteção baseadas em oito tópicos a seguir destacados:

- I - garantir aos indígenas o acesso aos conhecimentos da sociedade brasileira e sobre o seu funcionamento;
- II - garantir meios para sua auto-sustentação, respeitadas as suas diferenças culturais;
- III - assegurar a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e de subsistência;
- IV - assegurar o seu reconhecimento como grupos etnicamente diferenciados, respeitando suas organizações sociais, usos, costumes, línguas e tradições, seus modos de viver, criar e fazer, seus valores culturais e artísticos e demais formas de expressão;
- V - garantir a posse e a permanência nas suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos nelas existentes;
- VI - garantir o pleno exercício dos direitos civis e políticos;
- VII - proteger os bens de valor artístico, histórico e cultural, os sítios arqueológicos e as demais formas de referência à identidade, à ação e à história dos povos ou comunidades indígenas;
- VIII – proteger os povos em risco de extinção, em situação de isolamento voluntário ou não contatados.

Os princípios acima transcritos traduzem uma evolução da legislação que em parte já está positivada, a exemplo dos incisos IV e V que se assemelham muito com o texto Constitucional Brasileiro, em seu artigo 231²¹⁶. Aliás, tornou-se relativamente comum a legislação infra-constitucional repetir o texto da Constituição, como forma de reafirmação, o que não faz muito sentido, pois se a matéria já está disciplinada na Lei maior, não haveria necessidade de repetição literal do texto, mas tão somente de regulamentação complementar.

Outra interessante novidade da proposta de Estatuto é que não se farão restrições ou exigências aos indígenas quanto a indumentárias, trajes e pinturas tradicionais, para fins de ingresso e permanência em espaços públicos e em dependências de quaisquer dos Poderes da República ou órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

²¹⁵ Ibid., p. 183.

²¹⁶ 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.

Na história recente do Congresso Nacional, por exemplo, ganhou notoriedade casos de Deputados Gaúchos e Nordestinos que foram barrados no plenário da Câmara dos Deputados por tentarem ingressar vestidos tipicamente conforme a cultura dos seus Estados.

Para casos como este, por exemplo, ou mesmo para a participação dos Povos Indígenas em visitas e audiências em órgãos públicos, seja do Judiciário, Legislativo ou Executivo, a proposta do Estatuto assegura que os mesmos possam se apresentar vestidos da forma como seus costumes mandarem, assegurando-lhes a plena manifestação cultural inclusive no uso das indumentárias típicas.

O Projeto de Estatuto propõe definições para Povos Indígenas, Comunidade e Indígena, enquanto a Lei 6.001 de 1973 apresenta conceitos de Índio ou Silvícola e Comunidade Indígena ou Tribal²¹⁷, subdividindo os Índios em isolados, em vias de integração e integrados.

Por Povos Indígenas, o projeto estabelece que são as coletividades de origem pré-colombiana que se distinguem no conjunto da sociedade e entre si, com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam.

Como comunidade, o Novo Estatuto reconhece como o grupo humano local, parcela de um ou mais povos indígenas com organização própria.

Por fim, como Indígena, entende-se o indivíduo que se considera como pertencente a um povo ou comunidade, e é por seus membros reconhecido como tal.

Tanto no Estatuto do Índio como no novo Projeto consta a necessidade de identificação e reconhecimento como indígena por si próprio e pelo grupo ao qual pertence como “condição” para “ser” indígena.

Porém, no Estatuto do Índio de 1973 é necessário que as características culturais do indígena sejam o distingam da sociedade nacional, ou seja, o texto fora concebido dentro do conceito colonialista que era necessário integrar os índios para torná-los cidadãos.

No projeto proposto pelo Ministério da Justiça, portanto, constam dois requisitos para que o sujeito seja considerado indígena: se considerar pertencente a um povo ou comunidade indígena e ser reconhecido por seus membros como tal.

Aqui o projeto de Estatuto diferencia-se dos critérios estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre os direitos dos “Povos Indígenas e Tribais”, tendo sido promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004. A referida Convenção foi aprovada pelo

§ 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.

²¹⁷ Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

Congresso Nacional em 20 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143, entrando em vigor no Brasil em 25 de julho de 2003, doze meses após o registro da sua ratificação, na forma estipulada pelo artigo 38 da Convenção.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho constitui-se num importante instrumento jurídico internacional a auxiliar os diversos povos a terem reconhecidos seus direitos de manterem sua própria cultura, bem como de serem consultados sobre a utilização dos recursos existentes em suas terras, participando dos benefícios que possam advir dessa exploração²¹⁸.

Cabe destacar que a Convenção 169 adota o critério de auto-identificação para reconhecimento dos povos indígenas ou tribais. Tal previsão encontra-se no item 2 do artigo 1º, o qual estabelece 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 referida Convenção.

Este critério de consciência da própria identidade, na opinião de Joaquim Shiraishi Neto, foi adotado acertadamente pela Convenção, pois se tivesse, ao contrário, definido exatamente quem eram os povos a que se estava fazendo referência, estaria de antemão afastando todos os demais que eventualmente guardassem algumas diferenças próprias, excluindo uma infinidade de povos e grupos sociais desse precioso dispositivo²¹⁹.

Entendemos que o Estatuto atuou, nesse particular, de forma conservadora em comparação com a Convenção 169 da OIT, ao propor um conceito reducionista numa tarefa que nada tem de fácil: traduzir num conceito jurídico a complexa definição de quem é ou não indígena.

A conceituação da complexidade da vida é algo que os legisladores não se furtam, por mais difícil que seja. Assim, apenas para citar um exemplo, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente apresenta a sua definição, como se trouxesse

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.

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.

²¹⁸ STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. **Direito, Biotecnologia e Propriedade Intelectual**: acesso, apropriação e proteção jurídica dos elementos da biodiversidade amazônica. 2007. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2007, p. 157.

²¹⁹ SHIRAISHI NETO, Joaquim. Reflexão do Direito das “Comunidades Tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 2, n. 3, p. 190, 2006.

à realidade algo novo que antes era inexistente. Na verdade, sempre que um assunto passa a ter relevância jurídica, principalmente por questões econômicas, o legislador trata logo de apresentar definições para o tema sob a ótica que melhor lhe aprouver.

4. O PATRIMÔNIO INDÍGENA E SEUS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS NO PROJETO DE ESTATUTO DOS POVOS

Na parte que trata do patrimônio a proposta de Estatuto dos Povos Indígenas preocupou-se, dentre outros temas, com um importante e cada vez mais cobiçado valor: o patrimônio imaterial. Tanto é que apresentou um capítulo detalhado sobre os Conhecimentos Tradicionais.

Sob tal ótica, integram o patrimônio indígena, dentre outros, os seguintes bens e direitos:

- I - os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e a posse permanente dessas terras e das reservadas;
- II - o usufruto exclusivo de todas as riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, inclusive do patrimônio genético e da biodiversidade, incluídos os acessórios e os acrescidos e o exercício de caça, pesca, coleta, garimpagem, faiscação e cata;
- III - os bens móveis e imóveis dos povos ou comunidades indígenas, adquiridos a qualquer título;
- IV - o direito autoral, e sobre obras artísticas de criação das próprias comunidades ou povos indígenas, incluídos os direitos de imagem;
- V - os direitos sobre as tecnologias, obras científicas e inventos de criação das comunidades indígenas;
- VI - os bens imateriais concernentes às diversas formas de manifestação sociocultural das comunidades indígenas;
- VII - o patrimônio genético, a biodiversidade das terras indígenas e os conhecimentos tradicionais associados.

Como pode ser observado no novo Estatuto, 50% dos bens e direitos relacionados referem-se ao imenso e rico patrimônio imaterial dos povos indígenas, secularmente construído de forma coletiva e solidária através das gerações.

O modo de vida dos povos da floresta, em especial dos povos indígenas, faz com que desenvolvam conhecimentos únicos sobre a utilização da imensa diversidade biológica existente no país, com destaque relevante para a vasta e cobiçada região amazônica.

Conforme explica Fernando Antonio de Carvalho Dantas, os saberes destas populações tradicionais, indígenas e não-indígenas, constituem fenômenos complexos construídos socialmente a partir de práticas e experiências culturais, relacionadas ao espaço social, aos usos, costumes e tradições, cujo domínio geralmente é difuso²²⁰.

Tais saberes são construídos secularmente, passados de geração em geração, aperfeiçoados, modificados e melhorados conforme as crenças, necessidades, habilidades e história de cada povo, em diferentes épocas, bem como de acordo com suas convicções espirituais e visão alternativa de mundo.

Os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas historicamente foram ignorados pelo Estado e, conseqüentemente, pelo direito, que não se preocupavam em protegê-los ou garantir aos seus detentores a prerrogativa de continuar cultuando e preservando seus costumes livremente.

Nesse sentido, Jean-Claude Fritz comenta que a lógica do sistema de desenvolvimento capitalista, baseado nos modelos colonialistas tradicionais, considerava os saberes tradicionais dos povos da floresta como superstições e folclores de povos primitivos, isto quando não eram descartados e destruídos por não interessar ao conhecimento científico²²¹.

O Estado, dentro da perspectiva da racionalidade ocidental, do capitalismo e da supremacia do conhecimento científico, nada conseguia ver de útil nas práticas culturais e rituais espirituais dos povos da floresta, os quais deveriam ser integrados à sociedade para serem civilizados na cultura do mundo moderno, baseado na razão da ciência e na completude jurídica do direito.

A suposta integração cultural dos povos indígenas ao “Estado Nacional” e ao seu modo de vida civilizado, na verdade, tinham outros interesses a legitimar juridicamente, além da negação às diferenças e de retirar os indígenas do caminho desenvolvimentista, apropriando-se das suas terras e riquezas.

Percebe-se, agora, uma nova forma de apropriação e espoliação dos direitos

²²⁰ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 1, n. 1, p. 85, 2003.

²²¹ “En la lógica de desarrollo capitalista en su dimensión colonial, los saberes “diferentes” que no estaban engendrados por el sistema Del desarrollo científico y técnico que lo acompañaba fueron descartados y a veces destruidos, y en el mejor de los casos, fueron considerados como supersticiones de poblaciones rurales retardadas, o de pueblos primitivos, o en una hipótesis un poco menos positiva, como “folklore”, como creaciones de nuestro pasado o Del presente contemporáneo de poblaciones atrasadas, que podíamos recoger, eventualmente, para colocarlas en museos “de arte y de tradiciones populares” o de etnología: leyendas, creencias, cuentos, objetos y técnicas sin interés para La humanidad contemporánea o futura, de las cuales había que conservar ciertas manifestaciones, aislándolas lo más posible de un contexto global que hubiera permitido tomarlas en cuenta con más profundidad”. FRITZ, Jean Claude. Las múltiples finalidades del sistema de propiedad intelectual. Puesta en perspectiva de un elemento del conflicto entre el derecho internacional de los negocios y el derecho de los pueblos. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID, Isabel V. Lucena (orgs). **Nuevos colonialismos del capital**. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos. Barcelona: Icaria Editoria, 2004, p. 257.

dos povos indígenas: a transformação de práticas e conhecimentos coletivos em patrimônio privado. Assim, já não interessa mais tanto a terra indígena, a floresta na qual eles vivem e retiram seu sustento, a madeira que pode ser explorada, etc.

O maior patrimônio a ser explorado na atualidade é o conhecimento secularmente cultivado por estes povos na relação com a natureza, transmitido de geração em geração e utilizado em prol do grupo, mas que pode ser transformado em propriedade intelectual na indústria farmacêutica e de cosméticos.

Neste sentido, Carlos Frederico Marés de Souza Filho explica que desta forma se pode dizer que os novos direitos são intangíveis, e a nova economia valoriza mais o conhecimento, sempre que ele possa ser transformado em produto de consumo. Nesta contradição, interessa menos a terra indígena, como um direito sobre um bem físico, e então é possível ao sistema aceitar o direito coletivo indígena sobre esta terra, do que o conhecimento que o grupo tenha sobre as substâncias e poderes das plantas e dos animais, por exemplo. Este direito coletivo dos povos o sistema reluta em aceitar²²².

Nesta perspectiva, o conhecimento científico, baseado na racionalidade ocidental, que antes em nada se interessava pelo modo de vida tido como primitivo aos olhos reducionistas do capitalismo, agora busca a apropriação destes conhecimentos construídos de forma coletiva e solidária para transformá-los em mercadorias e produtos que atendam aos interesses econômicos e privados do sistema capitalista²²³.

Em face da apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, o Projeto de Estatuto dos Direitos dos Povos apresenta importantes dispositivos de proteção, reconhecendo tais saberes como de natureza coletiva, não podendo ser objeto de direito privado ou exclusivo, sendo inalienáveis, impenhoráveis, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Porém, quando o novo Estatuto afirma que a proteção dos conhecimentos tradicionais não afetará, prejudicará ou limitará outros direitos relativos à propriedade intelectual, permite que toda a apropriação que tenha ocorrido destes saberes, também chamado de biopirataria, mantenha-se impune e garantida legalmente.

Aqui o legislador deixa de regulamentar um importante tema que se constitui num verdadeiro vácuo jurídico, não contemplado nem pela Medida Provisória 2186-16/2001, que trata do acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, tampouco pela Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

²²² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2005, op. cit., p. 176.

²²³ STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A proteção jurídica da sociobiodiversidade amazônica. In: Congresso Nacional CONPEDI, 16. **Anais**. Belo Horizonte, 2007. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 4107.

5. A PROTEÇÃO TERRITORIAL, AMBIENTAL E AS TERRAS INDÍGENAS NO NOVO ESTATUTO

De acordo com o projeto, a autorização para o ingresso nas terras indígenas será concedida pelas comunidades indígenas devendo, quando necessário, o ato ser informado ao órgão indigenista federal. O ingresso nas terras indígenas é garantido independentemente da autorização dos povos indígenas, nos seguintes casos: I - para as Forças Armadas em terras indígenas, em cumprimento de sua missão constitucional; II - por ordem judicial ou flagrante delito.

O novo Estatuto prevê, ainda, a responsabilidade civil objetiva da União, Estados e Municípios pela ação ou omissão na proteção dos recursos ambientais localizados em terras indígenas, o que, na prática, poderá representar conseqüências indenizatórias das mais diversas ordens em razão da atual incapacidade dos Entes da Federação em fiscalizar e proteger os recursos ambientais onde quer que se encontrem.

O projeto garante, ainda, as mesmas prerrogativas processuais da União relativos a prazos, custas e impenhorabilidade de bens, rendas e serviços aos povos e comunidades indígenas.

Outra previsão processual prevista no tópico da proteção territorial e ambiental de grande abrangência estabelece que nenhuma medida judicial será concedida liminarmente nas causas em que os povos ou comunidades indígenas figurem no pólo passivo da relação processual, sem a sua prévia audiência e da União, do Ministério Público Federal e do órgão indigenista federal.

Em que pese ser evidente o intuito de proteção aos índios no tocante ao aspecto territorial e ambiental, uma vez que a norma acima citada encontra-se no capítulo que trata desse tema, a abrangência que tal dispositivo pode tomar preocupa, pois sua disposição genérica ao proibir que liminares sejam concedidas contra os índios sem a audiência deles próprios, além da União, do Ministério Público Federal e do órgão indigenista, esvazia todo o sentido processual da urgência que reveste a concessão de uma medida liminar.

Seria possível arriscar dizer que, caso o projeto tramite no Congresso Nacional sem alteração no dispositivo em comento, o que será difícil ocorrer, muito provavelmente venha a ser vetado em razão do seu evidente conflito com o instituto jurídico da tutela de urgência.

No tocante às terras indígenas o projeto faz menção expressa ao artigo 231 da Constituição Federal, além de reafirmar que os direitos que os indígenas possuem sob suas terras são originários e independem de reconhecimento por parte do poder público.

Relativamente à gestão ambiental em terras indígenas, o projeto estabelece políticas e diretrizes congruentes com o artigo 225 da Constituição Federal. Ao

mesmo tempo concede autonomia aos povos indígenas para fazer a gestão ambiental das suas terras na forma dos seus usos, costumes e tradições (artigo 51).

Porém, o texto da proposta de Estatuto é confuso no presente tópico, pois afirma que se aplicam às terras indígenas as normas jurídicas de proteção ambiental naquilo que não contrariem o disposto no Estatuto (artigo 54). Depois, logo a seguir, prevê que atividades que causem impacto negativo ao meio ambiente em terras indígenas somente serão admitidas em caso de relevante interesse público da União (artigo 55 do projeto). Por fim, acrescenta nova exceção ao dizer que o dispositivo referido não se aplica as atividades necessárias à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas (parágrafo único do artigo 55).

Ora, a exceção disposta no parágrafo único do artigo 55 nada mais é do que a repetição do disposto no artigo 51 do projeto de Estatuto dos Povos Indígenas, o qual é contraditório com o teor do artigo 55 que admite impacto ambiental negativo por interesse da União, quando, na verdade, deveria admitir impacto negativo tão somente no caso de necessidade de sobrevivência física e cultural dos indígenas.

Por fim, há ainda outro dispositivo no artigo 62 que veda o incentivo a atividades econômicas em terras indígenas que não sejam consideradas sustentáveis do ponto de vista ambiental e cultural. Decorre, logo, a pergunta: e se tais atividades econômicas estiverem de acordo com os usos e costumes das comunidades indígenas, mas não forem sustentáveis? A resposta, queremos acreditar, é que será permitido qualquer atividade em terra indígena, desde que seja relativa à sua sobrevivência física ou cultural e esteja de acordo com seus usos e costumes.

Outro dispositivo inovador está no artigo 76 do projeto, o qual reconhece aos povos indígenas o direito à contraprestação pelos serviços ambientais das suas terras em função da conservação e uso sustentável dos recursos naturais, cabendo ao Estado garantir e regular as formas de remuneração desta contraprestação.

Tal remuneração já ocorre, por exemplo, no Estado do Amazonas, onde o Governo do Estado criou a chamada “bolsa-floresta” para incentivar a permanência das comunidades que vivem na floresta e contribuem para a preservação ambiental.

Em relação à mineração em terras indígenas o projeto prevê um sistema misto de regulamentação estabelecida pelo Código de Mineração – Decreto-Lei 227, de 28 de fevereiro de 1967 – com os vários e extensos dispositivos previstos no próprio Estatuto, a exemplo da previsão de procedimentos licitatórios para atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em áreas indígenas, onde poderá haver participação das próprias comunidades por meio de cooperativas, tanto isoladamente quanto em conjunto com empresas.

6. A PROPOSTA DO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS NA ÁREA DA CULTURA

O texto do projeto de Estatuto apresenta importantes marcos de afirmação da cultura e da diversidade dos Povos Indígenas, estabelecendo formas de protegê-la, preservá-la e incentivar sua reprodução.

O inciso II do artigo 215, por exemplo, assegura que os povos indígenas são iguais em direitos a todos os demais povos e, se reconhece, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a ser diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a ser respeitados como tais.

Os povos indígenas do Brasil possuem um imenso patrimônio sociocultural constituído secularmente por centenas de etnias, dentre as quais cerca de 250 povos que atualmente habitam o país. São costumes, tradições, conhecimentos acumulados por séculos sobre o cultivo de plantas medicinais, seleção de sementes para agricultura, técnicas não predatórias de caça e pesca, arte em cerâmica, artesanato, desenhos corporais, etc.

Conforme opinião de Guilherme José Purvin de Figueiredo, num plano geral, não há como negar que a cultura brasileira deve muito aos povos indígenas e africanos, cuja influência cultural está presente em toas as regiões do país, sem exceção²²⁴.

Seus rituais e crenças, formas de expressão, de criar e fazer, são consideradas patrimônio cultural nacional, sob a proteção do Estado, conforme parágrafo 1º do artigo 215, além dos incisos I e II do artigo 216 da Constituição.

O maior destaque constitucional para os povos indígenas, contudo, consta no artigo 231, onde a Constituição trouxe num capítulo próprio e de importante proteção ao seu patrimônio sociocultural, reconhecendo expressamente, entre outros direitos, os seus costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União proteger e fazer respeitar os seus bens culturais. O Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas apresenta-se congruente com os preceitos constitucionais, complementando-os.

Outro importante documento jurídico na área cultural é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, a qual reconhece em seu artigo 11 que os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais, incluindo o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.

²²⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José de PURVIN. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

Ainda, segundo a Declaração, os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes.

Trata-se de um importante dispositivo para os povos indígenas, uma vez que cada vez mais seus conhecimentos e bens culturais vêm sendo alvo de apropriação pela indústria, principalmente biotecnológica, para prospecção de novos produtos, sem que haja um conhecimento e consentimento prévio desses povos²²⁵. A Declaração é válida no Brasil, uma vez que o país a aprovou na Assembleia da Organização das Nações Unidas.

O Novo Estatuto dos Povos Indígenas proposto está em consonância também no âmbito internacional com a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, da UNESCO, que reconhece a profunda interdependência que existe entre o patrimônio cultural imaterial e o patrimônio material cultural e natural.

No âmbito interno, em sintonia com a proposta do Novo Estatuto dos Povos Indígenas, possui especial harmonia com o assunto o Decreto 3551, de 04 de agosto de 2000, que institui o registro de “Bens Culturais de Natureza Imaterial” que constituem patrimônio cultural brasileiro e cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

O Decreto 3551 se destacou por proteger os bens culturais que não estavam abrangidos pelo Decreto 25 de 30 de novembro de 1937, que estabelece o processo de tombamento e organiza a proteção do conjunto dos bens móveis e imóveis do patrimônio histórico e artístico nacional.

Nesse intuito, o projeto de Estatuto dos Povos Indígenas prevê em seu inciso IV, do artigo 215, a proteção aos bens do patrimônio cultural material e imaterial que os indígenas, comunidades e povos reconhecem como parte integrante de sua cultura, que se transmite de geração em geração, e que são constantemente recriados em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade, por meio de inventários, registros e salvaguarda.

De grande importância simbólica e afirmativa é constituído o artigo 218 do novo Estatuto, o qual estabelece que os indígenas e seus povos têm o direito a não sofrer assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura por parte da sociedade envolvente e a União estabelecerá mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de toda forma de assimilação e de propaganda que tenha como finalidade promover ou incitar a discriminação étnica.

²²⁵ A respeito, ver STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes. A Propriedade Intelectual como instrumento jurídico internacional de exploração: a luta do direito socioambiental contra a biopirataria. **Revista de Direito da AD-VOCEF** – Associação Nacional dos Advogados da CAIXA. Londrina: v. 1, n. 1, p. 185-197, 2005. Disponível em: <<http://www.advocef.org.br/upload/revistas/rd1.pdf>>.

Ante o histórico de destruição da cultura indígena na tentativa da sua assimilação ao “Estado Nacional”, o disposto no artigo citado reveste-se de especial relevância, pois constitui-se num reconhecimento, mesmo que implícito, de todos os erros praticados pelo Estado contra os Povos Indígenas, gerando um epistemicídio cujas consequências negativas permanecem até a atualidade.

7. NORMAS PENAIS E PROCESSUAIS DA PROPOSTA DE ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

O Estatuto reconhece como legítimas as resoluções de conflitos entre os membros das comunidades indígenas na forma dos seus usos, costumes e tradições, inclusive as que resultem em sanções ou absolvições.

Do texto depreende-se que mesmo as decisões das tribos indígenas que envolvam punições com pena de morte estariam respaldadas, sob o mesmo amparo do artigo 231 da Constituição Federal que assegura aos povos indígenas que mantenham seus usos, tradições e costumes.

Não pretendemos entrar na polêmica sempre existente entre a possível antinomia existente entre o artigo 231 do Texto Constitucional quando comparado com o dispositivo no artigo 5º, inciso XLVII, que proíbe a pena de morte, uma vez que o assunto é tão vasto e complexo que mereceria estudos próprios, dignos de teses e dissertações.

No Estatuto do Índio de 1973, no seu artigo 57, está disposto 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.

Como se vê, há uma parte do texto que converge no mesmo sentido. Contudo, no Estatuto de 1973 há uma ressalva em relação a penas cruéis, infamantes e proibida a pena de morte, o que não acontece no texto do Projeto de Lei do Novo Estatuto dos Povos Indígenas elaborado pelo Ministério da Justiça e entregue à Câmara dos Deputados.

Para entender a gama de diferenças existentes na cultura indígena, convém mencionar a explicação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o qual explica que dentro de cada comunidade ou povo existe um complexo sistema penal que reprime condutas consideradas antissociais, onde muitas vezes o conceito de crime é diferente entre as comunidades, já que estes conceitos são históricos e sociais. Portanto, nem sempre aquilo que é considerado crime pela lei estatal também será dentro da comunidade indígena, bem como, muitas vezes o que é considerado legal pelo Estado é tido como crime em algumas culturas²²⁶.

O Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas prevê, ainda, que o juiz fede-

²²⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2005, op. cit. p. 118.

ral deterá a competência para julgar os indígenas na esfera criminal, sendo que poderá, ao fixar a pena por infração, além de observar o disposto no artigo 68 do Código Penal, considerar a sanção aplicável pela comunidade indígena, podendo, inclusive, deixar de aplicar a pena quando considerar que aquela foi suficiente para a reprovação do delito.

O cálculo da pena, de acordo com o artigo do Código Penal citado ocorre da seguinte forma:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59²²⁷ deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Ou seja, de acordo com o projeto do Novo Estatuto, o juiz poderá substituir a pena que seria aplicada pela penalidade que é prevista na comunidade indígena, deixando que os costumes, usos e tradições do indígena prevaleçam sob o direito estatal.

Percebe-se, pois, o reconhecimento e validação de microssistemas jurídicos existentes dentro do ordenamento jurídico, os quais poderão ser inclusive divergentes do texto legal positivo, com base no artigo 231 da Constituição Federal que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Outra previsão existente no projeto é que será isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo, ou seja, prevê uma hipótese onde haverá uma excludente de punibilidade se o crime praticado tenha ocorrido em razão dos valores da comunidade indígena onde o sujeito está inserido.

CONCLUSÃO

O Projeto do Novo Estatuto dos Povos Indígenas apresentado pelo Ministério da Justiça contém avanços importantes para o reconhecimento dos direitos indígenas, apresentando congruência com o texto constitucional de 1988 e, na maioria das vezes, com as Convenções Internacionais que tratam do assunto.

Trata-se de relevante instrumento jurídico que, apesar de ainda conter algumas contradições e omissões que poderiam ter sido supridas, mesmo assim pode se constituir num marco histórico e jurídico de referência para os direitos dos povos indígenas.

²²⁷ Fixação da pena

A aprovação do referido projeto, caso ocorra, seria um passo importante do Estado para saldar uma pequena parte da imensa dívida existente com os índios, seja pela morte indiscriminada e cruel a que muitas etnias foram submetidas, seja pelo epistemicídio que ainda ocorre na atualidade.

Porém, como já existe um Projeto de Lei (2.057 de 1991) com aprovação em comissão especial da Câmara dos Deputados e que está parado desde 1994, resta o questionamento se os Povos Indígenas terão articulação suficiente junto ao Congresso Nacional para aprovar o Novo Estatuto.

A esperança na aprovação ainda persiste, em que pese a dura realidade da forma como os interesses sociais são tratados no Congresso Nacional faça com que o Novo Estatuto dos Povos Indígenas continue sendo uma utopia.

De uma forma ou de outra, uma interpretação sistêmica dos instrumentos jurídicos disponíveis na atualidade, sob o manto da Constituição Federal, devem ser invocados para que busque maior efetividade na aplicação das Convenções Internacionais que tratam do tema, assegurando aos povos indígenas a subsistência, manutenção e reprodução dos seus usos, costumes e tradições, seja no aspecto físico e material, seja no aspecto cultural e espiritual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BERMUDES, Sergio. In: SAMPAIO, Álvaro et al. **O Índio e o Direito**. Série OAB/RJ Debate. Rio de Janeiro, 1984.

CUNHA, Manuela Carneiro. **Os Direitos do Índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 1, n. 1. p. 85-119, 2003.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

FIGUEIREDO, Guilherme José de PURVIN. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRITZ, Jean Claude. Las múltiples finalidades del sistema de propriedade intelectual. Puesta en perspectiva de un elemento del conflicto entre el derecho internacional de los negocios y el derecho de los pueblos. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID, Isabel V. Lucena (orgs). **Nuevos colonialismos del capital**. Propriedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos. Barcelona: Icaria Editoria, 2004.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

MIRANDA, Manuel; BANDEIRA, Alípio. Memorial Acerca da Antiga e Moderna Legislação Indígena. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Org.). **Textos Clássicos sobre Direito e os Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992.

SANTILLI, Márcio. Um programa para cada povo. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de; (Coordenadores): **Socioambientalismo – Uma Realidade** – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2007.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. Reflexão do Direito das “Comunidades Tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 2, n. 3, 177-195, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.). **Série Pensando o Direito**. n. 19. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A proteção jurídica da sociobiodiversidade amazônica. In: Congresso Nacional CONPEDI, 16. **Anais**. Belo Horizonte, 2007. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 4096-4117.

_____. **Direito, Biotecnologia e Propriedade Intelectual**: acesso, apropriação e proteção jurídica dos elementos da biodiversidade amazônica. 2007. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2007.

_____. A propriedade intelectual como instrumento jurídico interna-

cional de exploração: a luta do direito socioambiental contra a biopirataria. **Revista de Direito da ADVOCEF**, v. 01, 2005. Disponível em <<http://www.advocef.org.br/upload/revistas/rd1.pdf>>.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Ana Valéria Araújo²²⁸

INTRODUÇÃO

Embora o Brasil não possua uma estimativa precisa²²⁹ sobre a população indígena em seu território, considerar alguns dados numéricos é fundamental para entender a situação de fato dos índios no país, assim como os desafios e as perspectivas para a consolidação dos seus direitos. Os povos indígenas constituem uma parcela muito pequena, aproximadamente 0,2%²³⁰ da população na-

²²⁸ A autora é advogada especializada em Direito Socioambiental e Coordenadora Executiva da Fundação Fundo Brasil de Direitos Humanos.

²²⁹ Nunca houve um censo indígena. A partir de 1991, o censo nacional realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) passou a introduzir a variante “indígena” na categoria “cor da pele”, sem entretanto agregar à pesquisa qualquer informação que permita uma compreensão qualificada dos dados demográficos obtidos. As contagens existentes baseiam-se em informações e fontes muito heterogêneas. No plano governamental, além do IBGE, a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) e o Ministério da Saúde (MS) – em fase de transição da gestão exercida pela FUNASA (Fundação Nacional de Saúde) são fontes de dados populacionais sobre os índios no Brasil, gerados a partir de informações colhidas por seus agentes que atuam no campo, em âmbito nacional. No plano não-governamental, há também organizações que trabalham com dados populacionais. A autora optou por utilizar apenas as informações disponibilizadas pelo ISA, que faz um monitoramento detalhado de dados sobre a população indígena a partir das informações de uma rede não-uniforme de colaboradores que trabalham junto às comunidades indígenas.

²³⁰ Segundo dados do ISA (2010), a população indígena é de aproximadamente 600 mil índios, sendo cerca de 450 mil indivíduos em terras indígenas e outros 150 mil que vivem em cidades. O MS adota número semelhante e faz referência às 4.774 aldeias cadastradas no sistema da FUNASA em 2010. Já a FUNAI trabalha com percentual similar, mas números totais mais flexíveis, numa escala de 560 mil a 650 mil pessoas. O censo populacional realizado em 2000 pelo IBGE indicou que a parcela da população brasileira que se autodeclarou genericamente como “indígena” teria aumentado muito, alcançando a marca de 734 mil indivíduos. Como se

cional. Conforme Ricardo²³¹, compõem um imenso mosaico cultural distribuído pelo território brasileiro. A população tem aumentado nos últimos anos e há um número crescente de comunidades emergentes que passaram a reivindicar a condição de indígenas, possivelmente em função de contextos mais favoráveis à retomada de suas identidades coletivas, após longa história de violência e discriminação. Apesar disso, há também no país alguns povos ameaçados de extinção.

Hoje há registro de mais de 225²³² povos indígenas em situações diversas de contato com a sociedade à sua volta, além das evidências quanto a índios isolados, que não se sabe ao certo quem são e onde estão. Há povos divididos pela fronteira internacional, de modo que outra parte de suas populações encontra-se em países vizinhos. Os povos indígenas no Brasil falam 180 línguas diferentes, com usos, costumes e tradições próprias. A grande maioria de sua população distribui-se por milhares de aldeias, situadas no interior de mais de 600 terras indígenas²³³ de norte a sul do Brasil. As terras indígenas equivalem a aproximadamente 13% do território nacional, estando sua maior parte localizada na Amazônia.

Como se sabe, os direitos dos povos indígenas foram sendo conquistados ao longo de uma história nem sempre justa ou generosa. Por muito tempo, aos índios sequer foi permitido se fazerem ouvir. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 foi um marco substancial e mudou o curso das coisas, permitindo que o panorama do país fosse pouco a pouco alterado para dar lugar à consolidação dos direitos de seus primeiros habitantes. Desde então, muito se avançou especialmente no reconhecimento formal dos direitos territoriais dos povos indígenas. É verdade, porém, que os avanços também fizeram crescer, pelo menos em algumas regiões do país, o clima de reação e animosidade contra os índios. Isso coloca novas questões para esses povos, que precisam afastar os entraves ora existentes – e os que se pretenda criar – no ordenamento jurídico brasileiro para se verem reconhecidos como sujeitos históricos com pleno controle sobre as suas vidas.

Em razão do crescimento econômico que o país vem experimentando nos últimos anos, onde a agricultura desponta como a grande geradora de divisas, é possível vislumbrar um cenário em que a chamada fronteira agrícola vai encostar em breve nas terras indígenas situadas na Amazônia, criando um ambiente de maior pressão contrá-

trata de um registro genérico, este número tem sido utilizado com cuidado.

²³¹ RICARDO, Beto. Povos Indígenas. In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Almanaque Brasil Socioambiental**. São Paulo: 2008, p. 226-233.

²³² A FUNAI (2010) refere-se a 225 sociedades indígenas, enquanto o ISA (2010) identifica 234 povos.

²³³ A FUNAI (2010) dá detalhes sobre 611 terras e informa que há outras “presumivelmente ocupadas por índios e que estão por serem pesquisadas”. Enquanto isso, os números do ISA (2010) consideram 672 terras indígenas. Segundo o ISA, praticamente 99% das terras indígenas estão localizadas na Amazônia brasileira, onde vive cerca de 60% dos índios do país. Os outros 40% da população indígena vive no pouco mais que 1% restante de terras, ao longo das regiões Nordeste, Sudeste, Sul e do estado do Mato Grosso do Sul. As terras indígenas fora da Amazônia, em geral, são áreas muito pequenas e maciçamente povoadas, palco de constantes conflitos entre índios e não-índios.

ria à manutenção e controle desses territórios. No dia 08.12.2010, o IBGE divulgou o primeiro mapa nacional do uso da terra no Brasil²³⁴, revelando que a pecuária se expande da região Centro-Oeste em direção ao Norte, concentrando-se principalmente nos estados do Maranhão e Rondônia. O mapa indica que a expansão da agricultura e da pecuária na região Norte já se aproxima dos limites das terras indígenas. Segundo Ricúpero²³⁵, a agricultura brasileira espera crescer mais de 40% nos próximos anos. Estima-se que o país controlará um terço do comércio mundial de carne e metade do de açúcar, consolidando-se ainda como o celeiro do mundo. Não é difícil imaginar que isso vai agravar a pressão sobre as terras indígenas, inclusive sob a alegação de que a agricultura precisa de espaço para se expandir.

Esses cenários colocam para os índios o desafio de criar novas articulações para defesa de seus direitos e interesses junto às instâncias de governo e aos diferentes setores da sociedade. Neste sentido, os índios têm assumido cada vez mais os espaços políticos existentes para a discussão das questões de seu interesse em todo o país. Destaque-se a participação indígena na Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI)²³⁶, criada pelo Presidente Luis Inácio Lula da Silva como instância amplamente representativa de elaboração da política indigenista nacional a partir de 2006. No âmbito da CNPI, não raro o próprio Presidente Lula compareceu às reuniões para debater diretamente com os índios a solução dos seus problemas nos últimos quatro anos.

Vale dizer também que as organizações indígenas se multiplicaram e passaram a investir na capacitação técnica de seus quadros, atuando em todos os níveis de discussão – do local ao global, passando pelo regional e pelo nacional. Em todos os campos do conhecimento surgem estratégias e despontam profissionais indígenas qualificados para levá-las adiante. Ao longo desses anos, por exemplo, o país testemunhou diversas iniciativas na área de educação, desde as escolas indígenas de Ensino Fundamental bilíngue, os cursos de formação e treinamento de professores indígenas especializados, até a criação de uma universidade indígena no estado do Mato Grosso. Na área do Direito, há hoje pelo menos 35 profissionais, entre bacharéis e advogados indígenas²³⁷, atuando em defesa dos seus próprios direitos e em temas que vão da proteção dos direitos territoriais até a questão do acesso aos recursos genéticos em terras indígenas e aos conhecimentos tradicionais a eles associados.

²³⁴ Em 08.12.2010, a jornalista Clarissa Thomé divulgou, no Jornal O Estado de São Paulo, o mapa feito pelo IBGE, comentando a pressão sobre a Região Norte em razão do avanço das pastagens no país.

²³⁵ RICÚPERO, Rubens. **Medo e Confiança**. Folha de São Paulo. São Paulo: 12 dez. 2010. p. A22 Mundo.

²³⁶ A Comissão foi instituída no âmbito do Ministério da Justiça, conforme Decreto de 22 de março de 2006.

²³⁷ Em 1988 não havia um único advogado indígena no país. Hoje, o Observatório dos Direitos Indígenas (ODIN), vinculado ao Centro Indígena de Estudo e Pesquisas (CINEP), organização indígena sediada em Brasília, constitui uma rede articulada de advogados, bacharéis e estudantes de direito indígenas, oferecendo-lhes condições para atuar com eficiência nas diversas regiões do país. A atuação desses profissionais indígenas perante o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo tem feito a diferença, abrindo espaço para a discussão direta com os agentes responsáveis pela implantação das políticas públicas que dizem respeito aos índios.

Em parceria com setores da sociedade que historicamente os apoiaram, os povos indígenas têm buscado colocar a lei em prática para encontrar, para além do formalismo de nossas instituições e suas normas, as soluções para a implantação de seus direitos e para a garantia da viabilidade de seus projetos de futuro. Os direitos dos povos indígenas sobre os seus territórios e sobre os recursos naturais neles existentes; a necessidade de encontrar formas sustentáveis de gestão de suas terras e riquezas; bem como de buscar alternativas para os casos em que as terras indígenas não comportam minimamente os povos que nelas vivem; aliados à necessidade de proteção da sua integridade cultural e garantia do seu direito à diferença, constituem o rol de temas prioritários para os povos indígenas no Brasil nos dias de hoje. Os desafios dessa pauta ainda são imensos e quase sempre levam a enfrentamentos desproporcionais, colocando os povos indígenas frente a frente com forças políticas representativas de interesses econômicos cada vez mais poderosos. Este artigo trata de alguns desses temas e, nesse contexto, faz uma rápida avaliação das perspectivas para os direitos indígenas nos próximos anos.

1. UM NOVO OLHAR SOBRE AS TERRAS INDÍGENAS

Muitos dos problemas hoje enfrentados pelos povos indígenas no Brasil estão diretamente relacionados às práticas sistemáticas de violação dos seus direitos territoriais. O Estado, desde o início de nossa história, sempre deu com uma mão e retirou com a outra, estabelecendo normas de proteção enquanto, paralelamente, criava exceções a ponto de torná-las letra morta²³⁸. Muitas vezes fez isso de forma premeditada, pois entendia estar legislando para uma situação temporária, que apenas perduraria até que o índio fosse assimilado e integrado à

²³⁸ No período colonial, ao ordenar a ocupação dos índios sobre as suas terras, a Coroa Portuguesa em verdade pretendeu segregar os índios em espaços territoriais mínimos, liberando grandes extensões de suas terras de ocupação tradicional para o processo de colonização. Foram criados os chamados “Aldeamentos”, locais onde comunidades indígenas eram reunidas sob a administração de uma dada ordem religiosa (especialmente os Jesuítas), visando facilitar o trabalho de catequese. Começa nessa época uma prática que vai de alguma forma perdurar durante o Império e também por boa parte da nossa história republicana, cuja tônica estava em confinar os índios em pequenas extensões de terras, não raro limitada ao entorno de suas aldeias, sem qualquer preocupação com as condições necessárias à sua reprodução sociocultural. Todos os demais espaços eram então considerados terras devolutas, permitindo-se com isso a sua titulação para terceiros e dando início ao caos fundiário no qual ainda hoje os índios se veem envolvidos. ARAÚJO, Ana Valéria. Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: RICARDO, Fany (org). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza** – o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 26-36.

No período do Império, isso se agrava ainda mais quando a legislação passa a considerar os índios como órfãos, sem qualquer vontade, nomeando para representá-los os chamados “Juizes de órfãos”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 94. Isso deu margem a todo tipo de abuso de poder, quando foram praticados atos que transferiam a titularidade das terras dos índios para particulares.

sociedade nacional²³⁹. Sendo assim, não se falava em direitos permanentes e nem mesmo havia preocupação em cumprir à risca o que estava escrito. O que se via eram práticas recorrentes de geração de fatos consumados, que desconsideravam a existência dos índios e tinham como objetivo torná-los o mais invisível possível, enquanto segmento social.

Isso explica uma série de conflitos atuais acerca da demarcação das terras indígenas, por exemplo. Hoje, quando vêm à tona, esses conflitos podem até parecer demandas recentes e infladas à luz das disputas que ensejam, mas em verdade representam o ato final de um trágico capítulo dessa história mal redigida. Infelizmente, muitas das pendências ainda hoje existentes no tocante ao reconhecimento dos direitos indígenas decorrem de uma visão distorcida sobre os índios e do papel das terras indígenas no contexto geral do país. Às vezes interessa a alguns fomentar falsas concepções, mantendo os índios no papel de eternos vilões contrários ao desenvolvimento, ou de obstáculos a serem removidos. Esta postura, que não beneficia os índios nem o Brasil, na verdade pretende viabilizar o interesse de grupos que não partilham do entendimento de que o verdadeiro processo civilizatório é aquele que assegura a diversidade socioambiental²⁴⁰.

O momento exige que se lance um novo olhar sobre as terras indígenas, reconhecendo a sua importância para a preservação dos recursos naturais e da biodiversidade, um dos maiores patrimônios de nosso país. Imagens de satélite demonstram que, na Amazônia hoje, as áreas de florestas mais preservadas estão dentro dos limites de unidades de conservação e terras indígenas, o que coloca os índios uma vez mais no centro das atenções²⁴¹.

²³⁹ Até 1988, todos os direitos indígenas eram concebidos como direitos especiais temporários, que vigorariam enquanto os índios vivenciassem a transição para a condição de "cidadãos regulares" plenamente integrados à comunidade nacional. Com o Código Civil Brasileiro de 1916, os índios foram considerados pessoas relativamente incapazes, equiparadas aos menores de 16 a 21 anos, devendo perder a de índio quando devidamente aculturados. Esta concepção se fundava na visão preconceituosa de que os índios seriam seres inferiores, primitivos, carentes de educação e por isso mesmo incapazes de manifestar suas opiniões e determinar suas próprias vidas.

²⁴⁰ O Almanaque Brasil Socioambiental explica que o Brasil "é marcado por uma variedade étnica composta não apenas de gente de origens distintas, mas ainda de milhares de comunidades nativas, também muito diferentes entre si... O país abriga cerca de 225 povos indígenas e inúmeros outros (quilombolas, caboclos, extrativistas etc), que se caracterizam por traços culturais, étnicos ou econômicos peculiares. Em comum, eles vivem na periferia da sociedade nacional. Os povos tradicionais resguardaram até agora territórios próprios e estratégias alternativas de uso da terra e dos recursos naturais. O acesso a esses espaços e saberes foi condicionado por laços de parentesco, compadrio ou vizinhança, por uma história e uma memória partilhadas. Ao longo do tempo, tais grupos não só protegeram os ecossistemas, como podem ter contribuído, por meio de suas práticas, para sua diversidade". RICARDO, Beto. Op. cit., p. 215.

²⁴¹ O mapa Amazônia Brasileira 2007, produzido pelo ISA, informa que "38% de áreas protegidas na região – 30% habitadas por índios ou comunidades tradicionais e 8% de proteção integral – têm exercido importante função na manutenção da floresta" amazônica. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Amazônia Brasileira 2007**. Mapa elaborado pelo Laboratório de Geoprocessamento do Instituto Socioambiental. São Paulo: jun. 2007. Tomando por base os dados de 2005, segundo Sá e Ferreira, citado por Ferreira, Venticinque e Almeida, "a proporção de área desmatada dentro das áreas protegidas variou de 1,5 a 4,7%, enquanto a proporção de desmatamento fora delas variou de 29,2% a 48,1% nos três estados. A diferença do desmatamento dentro ou fora das áreas protegidas variou de aproximadamente dez vezes nos estados de Mato Grosso e Rondônia a apro-

Na atualidade, nenhuma estratégia de proteção do meio ambiente e de conservação da biodiversidade pode deixar de considerar a proteção das terras indígenas, em benefício dos próprios índios, mas também do país como um todo. As terras indígenas tornam-se grandes alvos da pressão econômica que pretende a exploração da floresta a qualquer preço. Por outro lado, passamos a compreender que a relação harmoniosa que os povos indígenas mantiveram com o seu ambiente ao longo dos tempos responde pela preservação das florestas e de seus recursos nos dias hoje. Isso tem levado grande parte dos que buscam soluções sustentáveis para o futuro do país a estender os seus esforços às terras indígenas, em promissoras parcerias com os povos que nelas habitam.

1.1. CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS E RESPOSTA A NOVAS DEMANDAS

Com respeito aos índios, as políticas públicas do Estado brasileiro ainda hoje são confusas. Em grande parte, isso é fruto da necessária convivência entre um texto constitucional avançado e algumas leis modernas, com um Estatuto do Índio arcaico, fundado em conceitos superados, que não obstante ditam as regras do dia a dia da aplicação dessas políticas, ou são resgatados sempre que interessa a alguém restringir a participação indígena ou o alcance do devido reconhecimento dos seus direitos. Apesar disso, muitos avanços ocorreram nos últimos anos na questão do reconhecimento territorial indígena²⁴² e outros temas.

A questão territorial, no entanto, ainda exige políticas consistentes que permitam consolidar na prática o que está formalmente reconhecido, criando-se formas sustentáveis para que os povos indígenas exerçam os seus direitos plenos e permanentes. Isso delineia uma vertente de atuação que demanda ações específicas do Estado, no sentido de proporcionar aos índios os mecanismos adequados à gestão territorial de suas terras, principalmente na Amazônia, onde a complexa

ximadamente vinte vezes no estado do Pará. Esses resultados demonstram claramente a importância das áreas protegidas (Unidades de Conservação e Terras Indígenas) como uma das ferramentas para conter ou diminuir o processo de desmatamento nos três estados que mais contribuíram com o desmatamento na Amazônia legal e contraria parcialmente a hipótese generalizada de que as áreas protegidas na Amazônia não estão cumprindo sua função principal na conservação e uso racional dos recursos na região, pelo fato de que muitas não estão ainda implementadas e apresentam diferentes graus de vulnerabilidade". FERREIRA, Leandro Valle; VENTICINQUE, Eduardo; ALMEIDA, Samuel. O desmatamento na Amazônia e a importância das áreas protegidas. **Revista de Estudos Avançados**, v. 19, n. 53. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados (IEA/USP), p. 163, jan./abr., 2005.

²⁴² Os dados do ISA identificam as terras indígenas que, do governo do ex-presidente José Sarney ao do presidente Luis Inácio Lula da Silva, foram objeto de algum ato de reconhecimento oficial, culminando no total de 672 terras indígenas que somam 110.386.708 hectares distribuídos pelo território nacional.

mistura de grandes extensões, enormes riquezas naturais, inserção geopolítica delicada e a pressão constante de frentes predatórias abrigadas ou não por projetos de desenvolvimento governamentais torna o tema de natureza obrigatória. Este artigo tratará deste assunto em detalhes ao discorrer sobre a gestão ambiental em terras indígenas.

Por outro lado, a partir do final dos anos 90, surgem novas reivindicações por demarcações de terras nas regiões Centro-Oeste, Sul e Nordeste, e cresce o impacto em termos de potenciais conflitos sociais envolvendo os índios e os atuais ocupantes dessas regiões. Trata-se aqui da situação de povos indígenas que, em razão de processos históricos de opressão e discriminação, além de terem sido expulsos de suas terras tradicionais, viram-se obrigados a esconder a sua própria identidade enquanto índios, como condição mesma para a sua sobrevivência. Em função do advento da Constituição de 1988 e da consolidação do processo de redemocratização do país, vários desses povos puderam resgatar as suas histórias e reassumir as suas identidades, iniciando uma luta pelo reconhecimento da sua condição de povos indígenas com a consequente garantia de seus direitos territoriais²⁴³.

Como a legislação não faz distinção para efeitos das garantias dos direitos indígenas, além do fato de que a Constituição estabelece que esses são imprescritíveis, há aqui uma outra vertente de atuação que se delineia para o Estado hoje, consubstanciada no desafio de lidar com o conjunto de reivindicações de reconhecimento das identidades indígenas e do consequente direito a terras tradicionais. Isso é particularmente delicado dado o grau de ocupação e povoamento das regiões em questão, diferentemente da Amazônia, onde o cobertor fundiário ainda é um pouco mais longo. Nesses casos, os índios enfrentam grave preconceito, consubstanciados em tentativas de simplesmente desqualificar a sua pretensão, para que essa afinal não se traduza na garantia do território e de outros direitos.

A situação, ainda pendente de tratamento específico, alimenta o surgimento de problemas fundiários em distintas regiões do país. Hoje, ao se anunciar uma reivindicação relativa a uma dada terra indígena, a tendência é o imediato acirra-

²⁴³ Esses povos têm sido chamados de “identidades (ou povos) emergentes”, “povos resistentes”, ou “ressurgidos”. E tal situação tampouco se limita aos índios que vivem fora da Amazônia. Segundo Andreello, “os [índios] Baré vieram a se transformar em caboclos e hoje avaliam que vale a pena voltar a ser Baré. Ao longo da década de 80 passaram, assim, a novamente se assumir como índios, em um processo de retomada da identidade indígena articulada à luta pelo reconhecimento das Terras Indígenas situadas no Rio Negro abaixo da cidade de São Gabriel [da Cachoeira, AM] (Meira, 1991). Este é o único caso de uma identidade indígena emergente na região. Trata-se de um caso análogo aos processos de retomada da identidade indígena que vem sendo documentados entre índios do Nordeste do Brasil (Oliveira, 1999). Acredito, porém, que o caso Baré tenha particularidades muito distintas daquilo que vem se passando entre os grupos do Nordeste. Uma situação evoca a outra porque sua principal característica é a mesma, isto é, trata-se, nos dois casos, de grupos que retomaram suas identidades à medida que reivindicavam terras. Mas esse fenômeno tem dado margem, no Nordeste, ao ressurgimento de vários grupos, ao passo que no Rio Negro diz respeito apenas aos Baré”. ANDREELLO, Geraldo. **Cidade do índio: transformações e cotidiano em Iauaretê**. São Paulo: Editora UNESP: ISA; Rio de Janeiro: NUTI, 2006, p. 123-124.

mento dos conflitos locais, colocando desde logo, para os órgãos governamentais encarregados, a tarefa de considerar a extensão das terras que podem ser reivindicadas, o número de famílias a serem possivelmente reassentadas e o que precisa ser feito para garantir que a solução do problema seja alcançada de forma pacífica.

1.1.1. REVISÃO DE TERRAS INDÍGENAS JÁ DEMARCADAS

Vale aqui uma reflexão sobre a solicitação de revisão de demarcações feitas anteriormente, as quais, aparentemente consolidadas, são questionadas pelos índios. Há hoje no órgão indigenista inúmeros pedidos de revisão de terras indígenas, sendo que alguns deles implicam necessariamente ampliação da extensão territorial.

O caso mais emblemático dessa situação é o dos índios Guarani no Mato Grosso do Sul, que tiveram suas terras demarcadas em diminutas porções na primeira metade do século XX, deixando de fora a maior parte dos seus territórios tradicionais. Isso os levou a viver em condições degradantes, exigindo que várias aldeias se submetessem a um regime de confinamento em terras que não asseguram sequer o espaço necessário para o plantio de roças. Com isso, os índios tiveram que buscar trabalho fora do território, o que resultou em inúmeros casos de trabalho em condições análogas à escravidão nas usinas de cana-de-açúcar daquele Estado, objeto inclusive de apuração por parte do Ministério Público Federal. As consequências desse processo se traduziram em desagregação cultural e falta de perspectivas para uma vida digna, gerando problemas como alcoolismo e uma alta taxa de suicídios principalmente entre os jovens Guarani da região, objeto de denúncia da imprensa dentro e fora do Brasil.

Para o Ministro da Justiça Luiz Paulo Barreto, o caso Guarani é a principal pendência da política de demarcação de terras indígenas no país²⁴⁴. Segundo ele, como os índios “estão espremidos em pequenas faixas de terra entre fazendas, em áreas de difícil desenvolvimento de produção”, será necessário que o governo adote uma solução diferenciada para o problema. Na visão do Ministro, a solução passa por “um programa de aquisição de terras; ou seja, formação de reserva indígena não necessariamente à base de demarcação de um território nacional”. Isso quer dizer que o governo admite não aplicar o artigo 231 da Constituição Federal, que determina o

²⁴⁴ Em entrevista ao Jornal O Estado de São Paulo, em 03 de outubro de 2010, o Ministro Luiz Paulo Barreto fala da necessidade de mudanças na política indigenista do país, destacando que chegou a hora de “pôr fim à era do paternalismo e da tutela”. Dentre outras coisas, o Ministro destaca a importância de solucionar a questão territorial dos Guarani do Mato Grosso do Sul, que tem sido objeto de atenção especial do governo. O Ministro fala da possibilidade de se buscar uma alternativa para o caso fora dos parâmetros do Capítulo do Índio da Constituição de 1988, dizendo que “seria importante aprovar uma emenda constitucional (PEC n.º 3/04), que tramita no Congresso, para resolver legalmente a situação”. Segundo o Ministro, a emenda, que permitirá a concessão de indenização integral pela terra e não só pelas benfeitorias nela realizadas, “já foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado e está pronta para ser votada no plenário, com apoio do governo e dos setores envolvidos na questão”.

reconhecimento de terras tradicionais por meio de um procedimento demarcatório que tem como consequência a anulação dos eventuais títulos de propriedade incidentes sobre a terra em questão, com a indenização apenas de eventuais benfeitorias. O Ministro apresenta a solução como “uma saída justa” para o caso, que envolve uma ocupação territorial que data de até 80 anos, com fazendeiros que apresentam títulos de propriedade recebidos do próprio Estado e colonos que dizem só saírem mortos das terras em que estão. Nas palavras do Ministro, há que haver “um processo de paz”.

Apesar da sedução que a proposta do governo faz recair sobre o caso dos índios Guarani, que poderiam obter uma solução aparentemente mais rápida para um problema que se arrasta há anos, deve-se avaliar com cuidado as consequências da adoção de um programa de aquisição de terras indígenas. Aplicar essa medida como regra geral pode revogar na prática o direito dos índios terem reconhecidos os seus territórios tradicionais sem que o Estado seja obrigado a pagar por eles. Uma vez estabelecido o precedente, tornar-se-á difícil, senão impossível, evitar que a compra de terras seja o meio exigido para a solução de todo e qualquer impasse envolvendo a demarcação de terras indígenas no futuro. O precedente também é grave porque pode abrir uma janela de oportunidades para que os que se sentiram prejudicados por demarcações realizadas nos moldes constitucionais reclamem na Justiça idêntico tratamento, com o consequente pagamento das indenizações correspondentes.

Acreditar em uma solução de mercado para a questão das terras indígenas pode revelar um grau de esperança maior do que a realidade autoriza. Se uma operação de desapropriação de terras por parte do Estado fosse simples, o problema dos Sem Terra no Brasil já deveria estar, há muito, equacionado. Em um país em que a propriedade privada é elevada a um grau de direito praticamente “divino”, onde os preços das terras estão elevadíssimos e a reforma agrária só consegue se realizar na Amazônia em face do estoque abundante de terras públicas, a via da aquisição de terras para os índios pode se revelar uma medida de eficácia duvidosa.

1.2. INTERESSE NACIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição de 1988 define as terras indígenas, mesclando elementos culturais, ambientais e fundiários que devem ser considerados necessária e simultaneamente, a fim de garantir a efetiva proteção dos povos indígenas. Os direitos territoriais indígenas são originários e imprescritíveis, podendo ser reclamados a qualquer tempo. Além disso, independem de reconhecimento formal – sempre que um povo indígena ocupar tradicionalmente determinada área, a União está obrigada a promover o seu reconhecimento, declarando o caráter indígena da terra em questão e realizando a demarcação física de seus limites. Surge desta obrigação um procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas,

previsto em decreto presidencial, que simplesmente traduz para a burocracia estatal o conceito constitucional aplicado no caso concreto.

Como se sabe, o direito à terra está na essência dos direitos dos povos indígenas – da sua garantia dependem todos os demais direitos e a própria continuidade e reprodução cultural desses povos. Por isso mesmo é que é em torno da aplicação deste direito que ocorrem os maiores conflitos e onde se opera uma fábrica de preconceitos que procuram deslegitimá-lo e desqualificá-lo. Sob o mote “há muita terra para pouco índio”, interesses contrariados com a demarcação das terras indígenas no país procuram apresentar os índios como privilegiados em relação aos demais setores da sociedade brasileira. Na verdade, o mote não tem qualquer amparo em fatos concretos, mas se traduz em imensa pressão sobre o governo para que não demarque, ou demarque em menor extensão, as terras às quais determinado povo tem direito. Não bastasse, muitas dessas terras enfrentam problemas de invasão por madeireiros, garimpeiros e fazendeiros, não conseguindo o Estado adotar as providências necessárias para garantir a plena posse dos índios sobre os seus territórios²⁴⁵.

Como as terras indígenas são alvos de cobiça para a exploração de recursos naturais, tais como madeira e minérios, além da utilização dos recursos hídricos nelas existentes para a construção de hidrelétricas, a Constituição fixou regras para impedir que essa exploração ignore a necessidade de garantir os modos de vida dos povos que ali vivem, como historicamente sempre se fez em nosso país. Decorre daí a necessidade de que leis específicas regulem a exploração por terceiros de tais recursos, além da obrigatoriedade de obtenção de autorização por parte do Congresso Nacional nos casos de mineração e hidrelétricas.

Os índios têm direito ao usufruto exclusivo sobre os recursos naturais existentes em suas terras. Este direito opera de acordo com os usos, costumes e tradições dos próprios índios, regulado pelas disposições gerais da legislação brasileira sem que se esqueça da necessidade de respeitar as diferenças culturais existentes. Isto quer dizer que o direito indígena nem pode ser minimizado pelo conteúdo de uma norma que, aplicável em outro contexto, afastaria por completo o controle dos índios sobre os seus territórios, nem tão pouco pode se pautar pela visão do absoluto, ou de que “para os índios tudo é possível”. É preciso dizer que este último argumento também tem sido falsamente utilizado para gerar uma impressão deturpada de que os índios têm privilégios, colocando-os no centro de uma disputa política que visa, na maior parte das vezes, liberar as suas terras para uma

²⁴⁵ Em 30.11.2010, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu o direito do povo Xavante à Terra Indígena Maráiwatsédé, Mato Grosso, garantindo-lhe o direito de voltar a ocupá-la. Apesar da demarcação da referida terra ter sido homologada em 1998, os Xavantes foram impedidos de voltar ao seu território em razão da presença ilegal de criadores de gado e produtores de grãos, que ocupam cerca de 80% da sua extensão. Desde a decisão, os fazendeiros da região organizam represálias armadas contra os índios. O que se anuncia é um conflito bastante grave, que vai exigir uma atuação firme do Estado, a quem compete estruturar um plano de reocupação da terra indígena.

exploração econômica indiscriminada, que beneficia a poucos e não necessariamente interessa à nação.

No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, isso ficou bem marcado, quando plantadores de arroz que haviam se instalado indevidamente na terra indígena procuraram revestir o seu interesse particular com o manto do interesse nacional, ao mesmo tempo em que veiculavam a idéia de que o direito dos índios se constituía em obstáculo ao desenvolvimento do país. O debate, que teve ampla repercussão, gerou uma intensa discussão sobre o alcance dos direitos indígenas em face do interesse nacional. Ao final, o Supremo reconheceu o direito dos índios sobre a terra Raposa Serra do Sol, afastando a pretensão dos arroteiros de nela permanecerem. Paralelamente, porém, definiu uma série de condições que poderão nortear outras demarcações de terras indígenas no país de agora em diante, principalmente no que diz respeito à definição do interesse nacional.

O parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição determina que a proteção integral das terras indígenas poderá ser excepcionada em caso de “relevante interesse público da União”, a ser definido por meio de lei complementar, até hoje inexistente. Entre as condições fixadas pelo STF no caso da Raposa Serra do Sol está a de que “o usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União...”.

As condições estabelecidas pelo STF preocupam. O então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Souza, ao se pronunciar sobre o julgamento do caso, observou que o STF ultrapassou os limites de sua atividade normativa impostos pelos princípios do Estado Democrático de Direito e da separação de Poder. Em outras palavras, passou a regular o conceito de interesse público da União que caberia exclusivamente ao Congresso fazer, inclusive pela via da Lei Complementar que exige maioria absoluta para aprovação. Para o Procurador, só o Congresso poderia definir a condição acima destacada e todas as demais estabelecidas pelo STF, anunciadas pelo seu então presidente Ministro Gilmar Ferreira Mendes sob a denominação de “estatuto da demarcação de terras indígenas”, como se isso fosse uma decorrência natural das atribuições do órgão.

O julgamento da Raposa Serra do Sol foi extremamente importante porque colocou fim a uma disputa de anos e reconheceu aos índios a prevalência dos seus direitos sobre interesses individuais e privados. Por outro lado, ao estabelecer condições cuja regulamentação seria da competência exclusiva do Poder Legislativo, o STF retira da sociedade o poder de decidir sobre temas de extrema relevância e de seu total interesse. É por meio dos representantes eleitos, de acordo com o parágrafo único do Artigo 1º da Constituição Federal, que o povo delega o exercício do Poder. Como a sociedade não elege os Ministros do STF – e não se

discute aqui se deve ou não vir a fazê-lo –, é salutar para o equilíbrio democrático do país que estes não devam legislar.

A Constituição reconheceu aos índios os direitos sobre suas terras tradicionais, que ao STF compete fazer valer. Quanto ao relevante interesse público da União, só ao Congresso Nacional cabe então dizer em que condições deverá excepcionar a proteção desses direitos. Infelizmente, apesar dos vários projetos de lei apresentados, o Congresso não conseguiu até hoje regulamentar o assunto, sobre o qual pairam agora as controvérsias em relação à decisão do STF.

1.3. A FAIXA DE FRONTEIRA E A RELAÇÃO COM AS FORÇAS ARMADAS

Em relação às terras indígenas, há ainda a questão do reconhecimento dos direitos territoriais dos povos que tradicionalmente vivem nas regiões situadas na faixa de fronteira²⁴⁶. Durante muito tempo se argumentou que o reconhecimento de extensas terras indígenas na faixa de fronteira inviabilizaria uma efetiva atuação das Forças Armadas na vigilância do território brasileiro. O receio era de que isso se materializasse principalmente na restrição da instalação de unidades militares dentro dessas terras.

Considerando-se que tanto a defesa das fronteiras internacionais como o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas têm status constitucional e que, portanto, a garantia de um não significa a negação do outro, em verdade o que se percebe é que o problema reside em outro fato: o setor militar no Brasil tem dificuldade de conceber os povos indígenas como sujeitos políticos com os quais deveria estabelecer relações de diálogo. Na maioria das vezes, as unidades militares estão instaladas próximas das aldeias, o que acarreta uma inevitável interferência na vida comunitária. Não obstante, não há diálogo no processo de instalação das bases militares em territórios indígenas, assim como não se discutem os efeitos da presença de soldados no cotidiano das comunidades indígenas. Na prática, em muitos casos, isso tem gerado muitos problemas.

Os povos indígenas têm tentado criar canais de diálogo direto com as Forças Armadas, mais especificamente com o Exército, sem muito sucesso. A construção de um código de conduta que regule a presença dos militares em terras indígenas tem sido objeto de discussão e pode servir como instrumento da mudança de comportamento. Infelizmente, ainda hoje a posição institucional dessas instituições reflete o propósito de refutar padrões mais abertos de diálogos,

²⁴⁶ Conforme o artigo 1º da Lei 6.634, de 02/05/79, “é considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 Km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como Faixa de Fronteira.”

que são essenciais para um processo eficaz. Parece que há enorme dificuldade para aceitar a diferença, além da necessidade de insistir em uma visão de Estado onipotente, que colocam para os índios um desafio de proporções imensas.

2. GESTÃO AMBIENTAL DAS TERRAS INDÍGENAS

A Constituição de 88 garantiu aos índios direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, com usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes. Com o avanço da demarcação das terras indígenas, em especial na Amazônia, onde representam cerca de 20% do território, tornou-se indispensável o debate sobre a gestão dos recursos naturais nelas existentes.

Em primeiro lugar, a gestão ambiental das terras indígenas é condição indispensável para que os povos que nelas habitam tenham assegurado o espaço necessário para a realização das suas atividades produtivas, bem como para a preservação dos recursos naturais que garantirão a sua reprodução física e cultural na forma do artigo 231 do texto constitucional. Ou seja, se por exemplo não houver rios de água limpa e peixe farto, além de áreas disponíveis para o plantio da mandioca, que constitui a base da alimentação tradicional de inúmeras comunidades, as condições de reprodução sociocultural dos povos indígenas no Brasil estarão comprometidas. Um futuro à base de cestas básicas contendo macarrão, charque e enlatados pode assegurar a sobrevivência física, nunca a sobrevivência cultural dos povos indígenas. Além disso, a gestão ambiental das terras indígenas é fundamental para que os índios possam utilizar seus recursos naturais de forma sustentável e economicamente responsável. A história da destruição do meio ambiente no Brasil se confunde com a crônica da expulsão dos índios cujas terras tradicionais se situavam na Mata Atlântica e que receberam o primeiro choque do contato com o colonizador português. Para os povos indígenas no Sul, Sudeste e Nordeste não sobrou apenas terras diminutas, mas terras em sua imensa maioria devastadas.

No caso da Amazônia, em que pesem as invasões e os problemas de exploração indevida de recursos naturais, a verdade é que as terras indígenas ainda são ricas em madeira e em recursos da biodiversidade. Isso demanda que o governo ofereça aos índios a adequada capacitação técnica para o manejo desses recursos, que garantirão o futuro desses povos e a integridade ambiental de áreas fundamentais ao equilíbrio climático do Brasil e do mundo.

Aqui é preciso ressaltar que o problema do aquecimento global, responsável pelo fenômeno das mudanças climáticas, decorre do aumento da concentração dos chamados gases de efeito estufa na atmosfera²⁴⁷. Entre as razões apon-

²⁴⁷ Paciornik e Machado Filho ensinam que “existem naturalmente na atmosfera gases conhecidos como ‘gases

tadas para esse aumento de concentração está, além da queima de combustíveis fósseis, o desmatamento e as queimadas utilizadas na conversão do uso do solo para agricultura, principalmente na região amazônica, que respondem por aproximadamente 70% das emissões brasileiras desses gases. Assim, a preservação das florestas existentes nas terras indígenas assume um papel primordial também nos esforços de combate ao aumento dessas emissões²⁴⁸. Como o governo brasileiro, por meio do Decreto 7.390 de 2010²⁴⁹, assumiu o compromisso de cortar 36,1% do total de suas emissões até o ano de 2020, o que, de acordo com o editorial do jornal Folha de São Paulo de 15.12.2010, significa limitar a emissão total em aproximadamente 2.068 bilhões de toneladas de CO₂, manter as florestas existentes nas terras indígenas preservadas ajudará o Brasil a cumprir com a sua meta.

Embora a preservação da floresta e dos recursos naturais em terras indígenas seja de todo relevante, o governo até hoje não conseguiu elaborar um programa de gestão dessas áreas, que, diga-se de passagem, precisa ser planejado com a participação dos próprios índios. Há no país uma série de iniciativas em curso que podem servir de modelo para o desenvolvimento de um programa de gestão ambiental em larga escala. São projetos de comunidades indígenas em parceria com organizações da sociedade civil e universidades em diversas regiões, que têm o caráter de iniciativas-piloto, as quais, com o apoio governamental, poderão ser multiplicadas para o conjunto das terras indígenas da Amazônia e de todo o país.

Sem isso, os índios dificilmente conseguirão fugir do ciclo vicioso que lhes cerca, onde são permanentemente acusados de ocuparem terras que não contribuem para o desenvolvimento do país. Infelizmente, esse argumento só tende a se reforçar nos próximos anos, com o avanço da fronteira agrícola em direção à Amazônia.

de efeito estufa'. O vapor d'água, dióxido de carbono (CO₂), o ozônio (O₃), o metano (CH₄), o óxido nitroso (N₂O) retém a energia da mesma forma que os vidros de um carro fechado ou uma estufa. Esse efeito estufa natural tem mantido a atmosfera na terra por volta de 30°C mais quente do que ela seria na ausência dele, possibilitando a existência de vida no planeta. Contudo, as atividades do homem (antrópicas) estão acentuando as concentrações desses gases na atmosfera, ampliando, assim, a capacidade que possuem de absorver energia devido ao acúmulo de radiação". PACIORNIK, Newton; MACHADO FILHO, Haroldo. Política e Instrumentos Legais Internacionais da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. In: MOREIRA, Adriana G.; SCHWARTZMAN, Stephan (editores). **As Mudanças Climáticas Globais e os Ecossistemas Brasileiros**. Brasília: Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia; The Woods Hole Research Center; Environmental Defense, 2000, p. 13.

²⁴⁸ Para Fearnside, o Brasil é o único país que "tem um estoque enorme de carbono alocado na floresta que não está em risco de ser lançado na atmosfera a curto prazo, mas pode-se esperar que seja liberado em períodos longos". A floresta é um grande depósito de carbono que é liberado quando ocorre o desmatamento. Na opinião do pesquisador, a grande contribuição do Brasil para a solução do problema das mudanças climáticas está na manutenção dos estoques de carbono armazenados na floresta. FEARNSIDE, Philip M. O Potencial do Setor Florestal Brasileiro para a Mitigação do Efeito Estufa sob o "Mecanismo de Desenvolvimento Limpo" do Protocolo de Kyoto. In: MOREIRA, Adriana G.; SCHWARTZMAN, Stephan (editores). **As Mudanças Climáticas Globais e os Ecossistemas Brasileiros**. Brasília: Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia; The Woods Hole Research Center; Environmental Defense. 2000, p. 59.

²⁴⁹ O Decreto 7.390/2010 regulamentou a Lei 12.187 de 2009, que estabelece a Política Nacional de Mudança do Clima (PNMC).

2.1. SERVIÇOS AMBIENTAIS, VALOR ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE

Nos dias de hoje, a discussão da proteção do meio ambiente está ligada ao debate sobre os serviços ambientais; ou seja, aqueles que a natureza presta aos seres humanos, como regulação do clima, controle do fluxo de água, proteção do solo, controle de pragas e doenças na agricultura etc. Esses serviços têm valor e demonstram que a proteção do meio ambiente não é obstáculo ao desenvolvimento econômico, antes pelo contrário, é condição para a sua existência. Atribuir valor à conservação da fauna e da flora é tão importante quanto o uso econômico que se pode fazer da natureza. A questão é saber que valor é esse, quem deve receber e quem deve pagar pela prestação dos serviços ambientais.

Se é de certa maneira fácil reconhecer a existência dos serviços ambientais, é na resposta às questões acima mencionadas que o consenso acaba. Atribuir valor econômico aos serviços da natureza pode significar torná-los mercadorias. Isso poderia levar à conclusão precipitada de que aquilo que não pode ser valorado economicamente, não precisaria ser protegido, reduzindo-se tudo a uma equação do tipo *diga-me para que serves, que eu te direi quanto vales*. Por outro lado, não falta quem discuta que o pagamento dessa conta encarecia por demais as atividades econômicas e acabaria por gerar uma reação contrária da própria sociedade, que, em última instância, deverá arcar com os custos.

Embora ainda incipiente, esse debate interessa bastante aos índios por ser uma possível via de acesso aos recursos financeiros necessários à gestão ambiental de suas terras. Um dos mecanismos financeiros hoje em debate é o do chamado REDD (Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação), que remuneraria comunidades indígenas e tradicionais que protegessem as suas florestas, evitando o desmatamento e a consequente emissão de gases do efeito estufa. A ideia é que a remuneração provenha de países ou empresas que tenham obrigação de reduzir as suas emissões, as quais seriam compensadas com o pagamento àqueles que mantêm a sua floresta em pé.

Há controvérsias sobre a validade do mecanismo. Se ele pode se constituir em excelente incentivo financeiro para que os povos indígenas preservem os seus recursos ambientais, em relação ao problema da mudança climática, alega-se que ele pode resultar em um jogo de soma zero. A analogia que se usa neste caso é a de que o REDD funcionaria como alguém que, precisando perder peso, paga outro para fazer o regime em seu lugar. Se é verdade que é preciso reduzir as emissões, o REDD no máximo poderia evitar que elas cresçam. Entre as propostas, há os que defendem que o REDD seja implementado sem o benefício da compensação para aqueles que precisam reduzir suas emissões, ou que essa compensação seja limitada por um teto.

Na última Conferência sobre Clima ocorrida em Cancún, México, o debate sobre REDD foi um dos poucos que avançou. Ângelo e Leite²⁵⁰ comentam os resultados da reunião internacional, relatando a oposição feita pelo governo boliviano, que vê no mecanismo uma forma de mercantilizar os recursos naturais. Para Smeraldi, o que caracteriza o mercado de carbono é o fato deste não ter como objeto um bem físico a ser recebido e distribuído no mercado, e sim um compromisso de não fazer alguma coisa, ou seja, emitir gases estufa, em determinado volume e por um período específico, por meio de um instrumento contratual validado e verificado. Trata-se, portanto, de um mercado para mercadorias fictícias, na definição de Polanyi, ao referir-se ao mercado do trabalho, da terra e da própria moeda, commodities virtuais que embasam contratos aos quais é reconhecido valor de mercado.²⁵¹

Vale dizer que o mecanismo de REDD também enseja uma disputa jurídica sobre a titularidade do carbono estocado nas terras indígenas. A quem pertence esse carbono? Aos índios? À União, quem tem o domínio sobre as terras indígenas nos termos da Constituição Federal? A verdade é que, por se constituir em uma nova categoria de bem imaterial, o carbono não tem a sua titularidade definida em lei. Por conta disso, e em razão do possível afluxo de dinheiro que poderá ser destinado aos países detentores de florestas tropicais, instalou-se a chamada “guerra do carbono”, que em última instância visa definir quem é o titular do direito sobre esse bem²⁵².

O mecanismo de REDD ainda não está plenamente incorporado à Convenção do Clima e, portanto, não há regras ou formatos oficiais estabelecidos, apenas circulação de créditos em um chamado “mercado voluntário”. Não obstante, é importante considerar que já há iniciativas em várias partes do mundo que pretendem garantir a redução do desmatamento com recursos obtidos nesse mercado. A esse respeito, Valle salienta que o mecanismo de REDD:

(...) já é uma realidade que vem gerando projetos, contratos e, em ainda alguns poucos casos, pagamentos pelo desmatamento evitado. Para terras indígenas, onde a ameaça do desmatamento é evidente por conta da expansão de áreas desmatadas em seu entorno, esse pode ser um mercado importante, que pode auxiliar financeiramente à fiscalização e proteção das terras indígenas e dos recursos naturais que são de suma importância para os povos indígenas.²⁵³

²⁵⁰ ÂNGELO, Claudio; LEITE, Marcelo. **Países criam fundo bilionário do clima**. Folha de São Paulo. São Paulo: 12 dez. 2010. p. A23 mundo.

²⁵¹ SMERALDI, Roberto. **O Novo Manual de Negócios Sustentáveis**. São Paulo: Publifolha, 2009, p. 113.

²⁵² VALLE, Raul Silva Telles do (org). **Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas: experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico**. São Paulo: Instituto Socioambiental; Washington, EUA: Forest Trends, 2010.

²⁵³ *Ibid.*, p. 81.

Como se viu, a discussão do pagamento por serviços ambientais é relevante para o tema da gestão ambiental das terras indígenas no país – o mecanismo de REDD é um exemplo. Interessa, pois, aos índios participar desse debate, até porque os povos indígenas deverão ser sujeitos da relação estabelecida em qualquer projeto dessa natureza que porventura venha a ser implantado em suas terras.

Finalmente, vale salientar que a gestão ambiental é fundamental e poderá contribuir para evitar o esgotamento de recursos naturais das terras indígenas. Dentre outros fatores, é esse esgotamento que já levou algumas comunidades indígenas a solicitarem a revisão da demarcação de suas terras comentada anteriormente neste artigo. Em regiões como o Sul, onde as terras indígenas são muito pequenas e o processo de ocupação territorial está consolidado, o tema enseja conflitos, projetando a necessidade de que os próprios povos indígenas, para além da correção de situações injustas, viabilizem a implementação de modos de uso dos seus territórios em bases sustentáveis e ambientalmente equilibradas, sob pena de não conseguirem alcançar na prática qualquer outra solução que lhes permita implementar os seus projetos de futuro.

No curto prazo, isso é relevante especialmente para as terras indígenas localizadas no Sul, Sudeste e Nordeste, estranguladas em regiões altamente povoadas, nas quais a alternativa da revisão da demarcação não é de fácil implementação. Mas é possível imaginar que, a médio e longo prazos, isso possa se tornar uma preocupação até mesmo para as terras indígenas na Amazônia, onde a sustentabilidade precisa ser pensada desde já, evitando assim que a estratégia drástica do pedido de revisão se afigure como a via a ser buscada no futuro.

3. REVISÃO DO ESTATUTO DO ÍNDIO E REGULAMENTAÇÃO DE TEMAS ESPECÍFICOS

Decorridos mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição Federal, permanece o desafio de se aprovar no Brasil uma lei que supere definitivamente a perspectiva integracionista ainda hoje vigente no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) e que passe a regulamentar os direitos indígenas em absoluta conformidade com o texto constitucional. Em 1991 foram apresentados ao Congresso Nacional três projetos de lei²⁵⁴ para substituir o Estatuto do Índio, os quais foram reunidos em um texto substitutivo aprovado por uma Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados em 1994. No entanto, desde 1995, a análise do mencionado pro-

²⁵⁴ Um dos projetos de lei decorreu de iniciativa do Poder Executivo, o outro foi elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e o terceiro, pelo então Núcleo de Direitos Indígenas (NDI), que posteriormente veio compor o Instituto Socioambiental (ISA).

jeto substitutivo está bloqueada na Câmara dos Deputados e nenhum esforço foi suficiente para garantir aprovação de uma nova lei²⁵⁵. Por ser um texto com várias abordagens, a aprovação de um novo Estatuto parece ainda muito difícil, pois o projeto de lei acaba por atrair resistências dos mais diferentes campos.

Nas discussões sobre a reformulação do Estatuto do Índio, merece breve consideração o tema da capacidade civil dos índios e as consequências da alteração do atual sistema tutelar. As propostas de substituição do instituto da tutela sempre foram combatidas sob o argumento de que a Funai, criada justamente para fazer o papel de tutor, ficaria condenada ao desaparecimento com o fim do instituto, deixando os índios desprotegidos²⁵⁶.

Uma nova forma de proteção precisa ser esboçada, pautando-se pela necessidade de convivência harmônica de universos culturais diferentes. Isso pressupõe normas de direito capazes de garantir os direitos dos povos indígenas e sua autonomia na gestão de seus modos próprios de vida, impedindo a exploração e violação de tais direitos seja por particulares ou pelo próprio Estado. Infelizmente, o debate se polariza nas palavras dos que dizem não mais se justificar qualquer prerrogativa para os índios, deixando claro uma intenção escusa de retirar do ordenamento quaisquer mecanismos de proteção especial.

O fato é que, em decorrência da demora na aprovação de um novo Estatuto, outras leis que tratavam de assuntos específicos relacionados aos direitos indígenas foram sendo aprovadas. É o caso da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que trouxe um enfoque dirigido à Educação Escolar Indígena, e da Lei de Saúde Indígena, que tratou, dentro do Sistema Único de Saúde, do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. Outro instrumento importante é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁵⁷, ratificada pelo Brasil em 2002, que reconheceu aos índios uma série de direitos.

²⁵⁵ Em 2000, o Governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, por ocasião das chamadas comemorações dos 500 anos do Brasil, apresentou ao relator do projeto de revisão do Estatuto que estava parado na Câmara dos Deputados uma proposta alternativa àquele texto, que permitiria o desbloqueio da sua tramitação. A proposta alternativa do Executivo resultava das discussões havidas, durante a gestão Carlos Marés, na Presidência da Funai, entre o Ministério da Justiça e a Casa Civil da Presidência da República, mediadas pela Assessoria Especial do Presidente da República, com a participação e consulta a diversos outros órgãos federais. Já no Governo Lula, a Funai encomendou estudos para elaboração de uma nova proposta de revisão do Estatuto do Índio, que até agora não foi apresentada oficialmente.

²⁵⁶ Neste sentido, vale observar o que dizem Souza Lima e Barroso-Hoffmann: “assim, pode-se, por um lado, reconhecer sem dificuldade que o modelo tutelar que constituiu a FUNAI encontrou seu fim legal com a Constituição de 88 e seus desdobramentos, e, por outro, que sem avaliações claras e objetivas da complexidade da situação indígena no Brasil, sem novos projetos de futuro decorrentes de um padrão de diálogo intercultural e inter-social e sem um novo instrumento de regulação das relações com os povos indígenas no Brasil, alguns dos piores aspectos da tutela podem aflorar”. SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas.** Uma apresentação. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Etnodesenvolvimento e políticas públicas:** base para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 17.

²⁵⁷ O Decreto Federal nº 5.051/04 transformou em lei federal a Convenção 169 da OIT.

Nesse cenário, até mesmo o governo parece se aproveitar dos impasses gerados em relação à aprovação de um novo Estatuto, para tentar fazer aprovar leis específicas, contrariando a vontade das organizações indígenas, que lutam por uma lei nova por inteiro. É o que se viu no caso da iniciativa do governo Lula que discutiu, na Câmara dos Deputados, uma lei apenas para regulamentar a mineração em terras indígenas²⁵⁸.

Para acelerar a tramitação de uma lei específica sobre o tema, o governo e a Presidência da Câmara dos Deputados criaram uma Comissão Especial para a qual foram carreados todos os projetos de lei existentes. A verdade é que sempre que o preço dos minérios está valorizado – o que ocorreu nos últimos anos, o tema mineração em terra indígena volta a ser discutido. A alta dos preços serve como um indutor para que governo e parlamentares se movimentem em razão dos interesses que rondam as terras indígenas, ricas em minérios. Na prática, a impressão é de que, até agora, as terras indígenas têm sido mantidas como uma espécie de reserva estratégica mineral do país. Não se explora o que nelas está guardado, esperando que o preço compense a aventura. Quando isso acontecer, a lei será priorizada.

É preciso dizer que, sobre o tema da mineração em terras indígenas, no âmbito de um novo Estatuto ou fora dele, há desafios específicos a serem enfrentados. Sabe-se que, tal como na hipótese de aproveitamento dos recursos hídricos, a mineração só pode ser efetivada mediante autorização do Congresso Nacional, após a manifestação dos povos indígenas afetados, nos termos do artigo 231, § 3º da Constituição Federal. Durante os debates ocorridos na Comissão Especial acima referida, cuja relatoria coube ao Deputado Eduardo Valverde (PT/RO), ficou claro que será necessário consolidar um texto que especifique como e quando deverá ocorrer a consulta dos povos indígenas e qual o impacto disso; isto é, como o Congresso Nacional deve considerar o que for levantado e decidido pelas comunidades indígenas afetadas. Em outras palavras, de pouco adiantaria uma consulta meramente protocolar, que não seja capaz de incorporar à ação do Estado a manifestação daqueles que irão sofrer o impacto imediato da mineração.

Outro assunto pendente de regulamentação é a proteção dos conhecimentos tradicionais indígenas. O tema é objeto da Medida Provisória (MP) 2.186-16/2001, que dita as normas relativas ao acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado no país. A MP é alvo de críticas dos mais diversos setores. De um lado, há os que entendem que ela burocratiza em excesso a possibilidade de se usar os conhecimentos indígenas associados aos recursos da biodiversidade para fins industriais²⁵⁹. Enquanto isso, entre outras questões, as

²⁵⁸ Com o fim da Legislatura, é preciso verificar se a iniciativa terá continuidade no próximo ano.

²⁵⁹ Para Carlucci (2010), diretor-presidente da empresa de cosméticos Natura, “é necessário um marco legal claro e estável. Infelizmente, ainda estamos longe disso. A norma em vigor é a medida provisória 2.186/16. Ela lança por terra os três fundamentos da Convenção [da Biodiversidade] e coloca à frente um único: a autorização da burocracia estatal. Imperfeita e contraditória, a medida cerceia a pesquisa e a livre iniciativa, não protege

organizações indígenas reclamam a necessidade de se garantir aos índios o direito de negar acesso aos seus conhecimentos, quando não for do seu interesse. Durante o governo Lula, por iniciativa da ex-Ministra do Meio Ambiente Marina Silva, foi formado um grupo de trabalho interministerial para elaborar um projeto de lei para substituir a MP. Devido a divergências entre o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Ciência e Tecnologia, o projeto acabou não sendo enviado ao Congresso Nacional.

Embora alguns passos tenham sido dados na direção da consolidação legislativa dos direitos indígenas, por outro lado cresceu significativamente o número de projetos apresentados por parlamentares que procuram restringir os direitos indígenas. As perspectivas aqui são complexas e vão exigir atuação permanente dos povos indígenas, por conta de uma reação quase previsível ao reconhecimento efetivo dos seus direitos. Neste tema, destaca-se o projeto de autoria dos Deputados Federais Aldo Rebelo (PCdoB/SP) e Ibsen Pinheiro (PMDB/RS), ambos ex-presidentes da Câmara dos Deputados, que transfere para o Congresso Nacional a palavra final sobre a demarcação das terras indígenas²⁶⁰. A aprovação desse projeto pode inviabilizar a demarcação das terras indígenas, porque irá deixar na mão das bancadas de deputados e senadores dos estados onde se localizam as referidas terras o poder de decisão. É possível imaginar desde logo a pressão que recairá sobre os parlamentares por parte dos interesses contrariados com a demarcação dessas terras.

4. O DIREITO DE CONSULTA

Em junho de 2002, o Congresso Nacional ratificou a Convenção 169 da OIT, que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. A Convenção foi o primeiro instrumento internacional a tratar dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas, estabelecendo padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação no que diz respeito a esses povos. Neste sentido, a Convenção alinhou-se com a Constituição Federal, que já

comunidades indígenas e tradicionais, nem promove o desenvolvimento sustentável". CARLUCCI, Alessandro. **O desafio da biodiversidade**. Folha de São Paulo. São Paulo: 23 dez. 2010. p. A3.

²⁶⁰ O Projeto 4791/09, de autoria dos Deputados Aldo Rebelo e Ibsen Pinheiro, foi aprovado em dezembro de 2010 na Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, devendo agora tramitar pelas Comissões de Direitos Humanos e de Constituição e Justiça. Se aprovado, seguirá para apreciação no Senado Federal. Conforme noticiado pela Câmara dos Deputados em 10.12.2010, Aldo Rebelo que a demarcação de terras indígenas é polêmica e que o Congresso é a instância adequada para tratá-la. Para ele, "precisamos de uma mediação entre os interesses legítimos e necessários, como a demarcação das terras indígenas, e outros que estão envolvidos, como acontece atualmente na cidade de Amarante, no Maranhão, quando milhares de pessoas estão sendo expulsas de suas terras - assentados do INCRA, da reforma agrária, pequenos proprietários - por uma reivindicação da FUNAI de ampliar uma área de terra indígena sem que os índios estejam reivindicando essas terras. Ou seja, a mediação do Congresso ajuda a administrar os conflitos decorrentes da demarcação das terras indígenas."

antes disso havia estabelecido uma nova forma de pensar a relação com os povos indígenas no Brasil, reconhecendo serem eles detentores do direito à diferença, calcado na existência de especificidades culturais, e quebrando o dogma da integração que até então dominava o nosso ordenamento jurídico.

Para Anaya²⁶¹, Relator da Organização das Nações Unidas para os direitos dos povos indígenas, a Convenção 169 constitui uma mudança de paradigma, que se verifica logo no preâmbulo de seu texto, o qual reconhece “as aspirações desses povos para assumirem o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico, mantendo e fortalecendo suas identidades, línguas e religiões, no âmbito dos Estados onde vivem”. Dentre outras coisas, a Convenção estabelece o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas.

Em que pese ser lei no Brasil, a implantação do direito de consulta previsto na Convenção 169, temos assistido a um continuado desrespeito aos direitos dos índios em face das seguidas decisões de implantar projetos de infraestrutura com sérios impactos sobre as terras indígenas, sem que haja qualquer preocupação em estabelecer canais de diálogos com as comunidades a serem afetadas. O caso da Usina de Belo Monte, no Pará, ilustra bem este ponto. O Congresso Nacional, com o Decreto Legislativo 788, de julho de 2005, autorizou a construção da obra sem realizar as audiências públicas para colher a opinião dos povos indígenas afetados, conforme exigência expressa do artigo 231, parágrafo terceiro, da Constituição Federal. A questão foi levada ao Judiciário pelo Ministério Público Federal e está até agora pendente de solução, o que alimenta os argumentos de sempre de que os índios travam o desenvolvimento nacional²⁶².

A construção e o funcionamento da Usina de Belo Monte, no rio Xingu, em cuja bacia corre 7% das águas do país, com previsão de gerar entre 4 e 11 mil megawatts de energia, irá afetar os povos indígenas Juruna, Assurini do Xingu, Araweté, Parakanã, Kararaô, Xikrin do Bacajá, Arara, Xipaia, Kuruaia e Kaiapó. Para o pesquisador Jansen Zuanus, do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (Inpa), o impacto de Belo Monte é generalizado, “pois mexe na raiz de todo o funcionamento do ciclo ecológico da região” onde ela será construída. Quando o Estado não aplica ao caso os mecanismos de consulta, deixa de considerar o direito de todos esses povos.

²⁶¹ ANAYA, S. James. Cenário Internacional: os Direitos Humanos dos Povos Indígenas. In: ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, LACED/Museu Nacional, 2006, p. 171.

²⁶² A obra figura dentre as prioridades do PAC (Plano de Aceleração do Crescimento) por ser considerada fundamental para a produção de energia para o país nos próximos anos. A construção de Belo Monte também integrou o programa de obras estratégicas do governo Fernando Henrique Cardoso, denominado Avanço Brasil.

5. ÍNDIOS NAS CIDADES E CIDADES INDÍGENA

Estes temas integram um capítulo à parte na discussão dos direitos indígenas em nosso país. Com relação aos índios que vivem em cidades, trata-se de um fenômeno em geral resultado de processos de expulsão, que levou grupos inteiros, ou partes deles, a migrar das terras tradicionais inicialmente para cidades próximas, deslocando-se posteriormente para cidades maiores ou centros urbanos que se constituem em polos históricos de atração de migração, como é o caso da cidade de São Paulo.

Exemplo disso é o caso dos índios Pankararu, do sertão de Pernambuco, que em razão dos impasses no processo de demarcação de suas terras tradicionais, viram parte de sua população se deslocar para a cidade de São Paulo, onde se concentraram na Favela Real Parque, localizada no bairro do Morumbi, um dos mais nobres da capital paulista, bem como em três outras áreas.²⁶³ Os Pankararu tentam hoje reproduzir, no exíguo espaço da favela, a sua condição de povo, buscando manter traços mínimos de sua identidade cultural, seja como estratégia de sobrevivência em meio às difíceis condições da cidade grande, seja pela deliberada intenção de não quebrar os elos com a origem distante, que lhes garante a continuidade e a reprodução sociocultural.

Situação semelhante enfrentam os índios Terena, que em razão da redução de seus territórios tradicionais, migraram em grande parte para Campo Grande, capital do Mato Grosso do Sul, aonde chegam a constituir um bairro. Manaus, capital do Amazonas, Boa Vista, capital de Roraima, e Altamira, no Pará, são outras cidades que receberam grandes contingentes de população indígena, que ali vivem ainda procurando manter traços de suas identidades culturais.

O governo federal, a quem compete a gestão da política indígena no Brasil, não consegue traçar programas de assistência aos índios nessa situação, visto que todo o desenho de suas atividades está voltado ao atendimento dos índios que vivem em aldeias, mormente os que habitam as regiões mais afastadas dos grandes centros. Além disso, os índios vivendo em cidades encontram-se numa espécie de limbo jurídico, tendo dificuldades para fazer valer qualquer direito na

²⁶³ A edição de 09 set. 1996 do Diário Popular citada em Ricardo informa que “quase um quarto dos 6,5 mil Pankararu, de Pernambuco, está vivendo em quatro favelas de São Paulo. A maior parte (aproximadamente 500) dos que migraram mora no Real Parque, Zona Sul, e outros 700 se espalharam pelas favelas do Parque Santa Madalena, Zona Leste, Paraisópolis e Grajaú, Zona Sul. O grupo Pankararu, da família Tupinambá, situa-se entre os maiores que ainda sobreviveram no país e se concentra na aldeia Brejo dos Padres, uma área demarcada de 8,1 mil m² entre os municípios de Petrolândia e Tacaratu, no sul de Pernambuco, divisa com Bahia e Alagoas. Expulsos do local, também ocupado por posseiros, os Pankararu começaram a migrar para São Paulo a partir da década de 50. O fluxo continua intenso nos dias atuais. Diariamente, de dois a três índios, em média, desembarcam na Capital, em busca de trabalho”. RICARDO, Carlos Alberto (editor). **Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000, p. 551.

medida em que também a legislação está construída para proteger os índios que vivem em seus territórios tradicionais ou afastados do convívio com o chamado “mundo dos brancos”. Viver em cidades tem sido equivocadamente entendido como um dado revelador da perda da intenção de manter a condição de indígena, o que implicaria numa certa renúncia tácita à proteção especial garantida pela legislação. Infelizmente, este entendimento desconsidera os processos históricos mencionados, dando margem a novos tipos de preconceito ainda não vislumbrados por nosso ordenamento jurídico.

Outra questão que demanda soluções inovadoras são as “cidades indígenas” em terras indígenas. Isso é também resultado de processos históricos pelos quais o Estado, desde o período colonial, procurou agrupar os índios em espaços territoriais limitados que facilitassem inicialmente o trabalho de conversão dos índios à fé católica e posteriormente, a prestação de serviços de assistência, como educação e saúde. Quase sempre, estes processos tinham por objetivo a liberação dos espaços de terras restantes para o processo de colonização, bem como a concentração de mão de obra indígena com vistas à facilitação do acesso e da exploração.

Isto fez surgirem grandes aglomerados populacionais dentro de terras indígenas em algumas regiões do país, que assim permanecem até os dias de hoje, enfrentando grande parte dos problemas de um núcleo urbano, com a agravante de estarem submetidos ao status jurídico de uma terra indígena, que, em razão da legislação vigente, não dá conta de atender às demandas específicas de suas populações. Por exemplo, a necessidade de prestação de serviços públicos, como atendimento na área de saúde, educação, comunicação e saneamento básico, que pressupõe estruturas mínimas por parte de órgãos públicos não apenas da esfera federal, mas também estadual e municipal, cria impasses que impedem a satisfação das necessidades desses núcleos populacionais, o que, pelo menos em tese, é assegurado a todos os brasileiros. No entanto, por se tratar de terra indígena, onde a jurisdição é fundamentalmente federal e o acesso é restrito, os estados e municípios têm constantemente se omitido na prestação dos serviços que lhe competem, sem que o poder federal, por sua vez, o supra.

Situações como essas são encontradas, por exemplo, na região de Iauaretê²⁶⁴, no Alto Rio Negro, Amazonas. Merece também destaque a região do Alto

²⁶⁴ Em maio de 2010, o Banco do Brasil publicou generosos anúncios na primeira página de grandes jornais brasileiros, como O Valor, da cidade de São Paulo, para anunciar a abertura de sua agência bancária no Distrito de Iauaretê, situado no município de São Gabriela da Cachoeira, AM. Andrello explica que Iauaretê é um núcleo urbano situado dentro da Terra Indígena do Alto Rio Negro, habitado pelos povos Tariano, Tukano, Desana, Pira-Tapuia, Arapasso, Tuyuka, Wanano, Cubeu e Hupda. Para ele, quando estudou a região para a confecção de seu trabalho de doutoramento, “era preciso escolher algum tema de pesquisa que permitisse ajustar o foco nas diferentes modalidades de relações sociais que pareciam se cruzar naquele povoado e, se possível, definir provisoriamente Iauaretê: Uma comunidade? Várias comunidades? Uma missão? Uma vila? Uma cidade? Ao visitar

Solimões, onde comunidades Ticuna, como Feijoal, contam com mais de 2.000 habitantes²⁶⁵. São verdadeiras cidades indígenas dentro de terras indígenas, reclamando modelos criativos capazes de garantir direitos e permitir a continuidade sociocultural desses povos.

A legislação não trata desta questão, pois como já se disse, os direitos indígenas estão desenhados para as situações em que os índios vivem em estado de maior isolamento, de forma que não contemplam a necessidade de atendimento de situações diferenciadas e complexas como as relatadas acima. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro se mostra defasado em relação ao que já é feito em países como Colômbia e Dinamarca, entre outros, onde os territórios indígenas ganham status assemelhado ao de unidades administrativas, o que permite a organização de sua estrutura de funcionamento e a conseqüente prestação dos serviços públicos fundamentais aos seus habitantes.

O Brasil precisaria fazer coisa similar, sob pena de perpetuar uma situação de discriminação e cerceamento dos direitos de cidadania dos índios em “cidades indígenas”. A montagem deste arranjo institucional desafia os nossos legisladores, posto que implica reconhecer certo grau de autonomia dos índios na gestão de suas terras, tema que sempre traz à tona o fantasma da criação de quistos ou enclaves étnicos, instigado por aqueles que teimam em ver no reconhecimento dos direitos indígenas, principalmente quando se trata de terras na faixa de fronteira, uma ameaça à soberania nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história dos índios no Brasil está sendo reescrita a partir de 1988, quando a Constituição Federal rompeu com paradigmas profundamente preconceituosos até então vigentes. Isso se traduziu no aumento vertiginoso da demarcação de terras indígenas, especialmente na Amazônia e no protagonismo dos índios que passaram a estar presentes nas esferas públicas onde os seus direitos e interesses são discutidos.

No momento em que o país ingressa em um cenário de efervescência, onde o número de pobres caiu de 30, 4 milhões para 17 milhões entre 2003 e 2009, projetando o Brasil como uma economia igual à da Alemanha em 2029, é fundamental discutir o uso da imensa base de recursos naturais de que se dispõe para

Iauaretê pela primeira vez, em novembro de 1997, saí com a impressão de que o mais sensato seria deixar essa definição em aberto, pois as pessoas de lá pareciam fazer as mesmas perguntas – *Maká*, palavra que designa um lugar habitado, um povoado, não se aplicava automaticamente. Ora, se essas eram as perguntas nativas, como poderiam ser também as do pretendente à posição de etnógrafo? Não seria mais sensato perguntar por que eles se faziam essa pergunta? ANDRELLO, Geraldo. Op. cit., p. 17 e 41.

²⁶⁵ Dados referentes ao ano 2000. RICARDO, Carlos Alberto (editor). Op. cit.

sustentar a expansão econômica e o seu eventual impacto sobre as terras indígenas e o meio ambiente como um todo.

Como ressalta Leirão (2010), o Brasil deverá, como todas as nações desenvolvidas, informar a sociedade sobre o custo ambiental e econômico do seu processo de crescimento, para que essa possa debater as opções de desenvolvimento disponíveis, de modo que as escolhas se façam de forma democrática, justa e pluralista. Esse debate é o que servirá de anteparo para que os povos indígenas e suas terras tenham lugar assegurado no futuro, sendo reconhecidos pelos valores que interessa a todos cuidar e proteger.

Não faltarão argumentos para questionar a posse de 13% do território nacional por uma parcela de menos que 1% da população. No entanto, a equação “espaço x gente” já se provou por demais limitada e não oferece resposta às necessidades do país que se pretende diferente daquele em que o sonho de um Brasil grande se erguia à qualquer custo. É fundamental construir o país que é capaz de realizar a utopia escrita no preâmbulo da Constituição Federal sobre um Estado democrático destinado a assegurar “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

REFERÊNCIAS

ANAYA, S. James. Cenário Internacional: os Direitos Humanos dos Povos Indígenas. In: ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, LACED/Museu Nacional, 2006, p. 167-202.

ANDRELLO, Geraldo. **Cidade do índio: transformações e cotidiano em Iauaretê**. São Paulo: Editora UNESP: ISA; Rio de Janeiro: NUTI, 2006.

ÂNGELO, Claudio; LEITE, Marcelo. **Países criam fundo bilionário do clima**. Folha de São Paulo. São Paulo: 12 dez. 2010. p. A23 Mundo.

ARAÚJO, Ana Valéria. Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: RICARDO, Fany (org). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza** – o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 26-36.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Notícias. Rádio Câmara. Últimas Notícias. **Comissão subordina demarcação de terra indígena à aprovação do Congresso**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/radiocamara/?lnk=1716->

COMISSAO-SUBORDINA-DEMARCAÇÃO-DE-TERRA-INDÍGENA-A-APROVAÇÃO-DO-CONGRESSO-343&selecao=MAT&materia=114532&programa=41>. Acesso em: 18 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Funai. In: Índios do Brasil. **O índio hoje**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Funai. In: Índios do Brasil. **As terras indígenas: situação atual**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

_____. Ministério da Saúde. Funasa. In: Saúde Indígena – Transição. **Sistema de Informações da Atenção à Saúde Indígena: Demografia dos Povos Indígenas**. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/internet/desai/sistemaSiasiDemografiaIndigena.asp>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

CARLUCCI, Alessandro. **O desafio da biodiversidade**. Folha de São Paulo. São Paulo: 23 dez. 2010. p. A3.

CENTRO INDÍGENA DE ESTUDO E PESQUISAS (CINEP). **Observatório dos Direitos Indígenas: Perfil dos advogados indígenas**. Disponível em: <<http://www.cinep.org.br>> Acesso em: 18 dez. 2010.

DOSSA, Derli. In: Seminário: Rumo a 2022: desafios estratégicos para a segurança da Amazônia. **Desafios da agricultura brasileira na região Norte**. Manaus: 12-14 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/seminarioamazonia/wp-content/uploads/2010/08/Artigo-Derli-Dossa-Min-agricultura.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

FEARNSIDE, Philip M. O Potencial do Setor Florestal Brasileiro para a Mitigação do Efeito Estufa sob o “Mecanismo de Desenvolvimento Limpo” do Protocolo de Kyoto. In: MOREIRA, Adriana G.; SCHWARTZMAN, Stephan (editores). **As Mudanças Climáticas Globais e os Ecossistemas Brasileiros**. Brasília: Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia; The Woods Hole Research Center; Environmental Defense. 2000. p. 59.

FERREIRA, Leandro Valle; VENTICINQUE, Eduardo; ALMEIDA, Samuel. O desmatamento na Amazônia e a importância das áreas protegidas. **Revista de Estudos Avançados**, v. 19, n. 53. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados (IEA/USP), p. 157-166, jan./abr., 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. Editorial. **Baixo Carbono**. São Paulo: 15 dez. 2010. p. A2.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Amazônia Brasileira 2007**. Mapa elaborado pelo Laboratório de Geoprocessamento do Instituto Socioambiental. São Paulo: jun. 2007.

_____. **Povos Indígenas no Brasil**: No Brasil Atual. Quem são. Introdução. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quantos-sao/introducao>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

_____. **Povos Indígenas no Brasil**: Terras indígenas. Localização e extensão das TIs. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

LEITÃO, Sergio. **O Brasil e a questão energética**. In: [r]evolução energética: a caminho do desenvolvimento limpo. São Paulo: Greenpeace. 2010, p. 3-4.

PACIORNIK, Newton; MACHADO FILHO, Haroldo. Política e Instrumentos Legais Internacionais da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. In: MOREIRA, Adriana G.; SCHWARTZMAN, Stephan (editores). **As Mudanças Climáticas Globais e os Ecossistemas Brasileiros**. Brasília: Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia; The Woods Hole Research Center; Environmental Defense. 2000.

RICARDO, Carlos Alberto (editor). **Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000.

RICARDO, Beto. Povos Indígenas. In: ISA. **Almanaque Brasil Socioambiental**. São Paulo: 2008. p. 226-233.

_____. Diversidade Socioambiental. In: ISA. **Almanaque Brasil Socioambiental**. São Paulo: 2008. p. 215.

RICÚPERO, Rubens. **Medo e Confiança**. Folha de São Paulo. São Paulo: 12 dez. 2010. p. A22 mundo.

SMERALDI, Roberto. **O Novo Manual de Negócios Sustentáveis**. São Paulo: Publifolha, 2009, p. 113.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARROSO-HOFFMANN, Maria. Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas. Uma apresentação. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: base para

uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 7-28.

THOMÉ, Clarissa. **Região Norte sofre pressão do avanço das pastagens.** O Estado de São Paulo. São Paulo: 09 dez. 2010. p. A28 Vida.

VALLE, Raul Silva Telles do (org). **Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas:** experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico. São Paulo: Instituto Socioambiental; Washington, EUA: Forest Trends, 2010.

TERCEIRA PARTE

**DIREITOS E POVOS INDÍGENAS:
OS PROBLEMAS
ATUALMENTE ENFRENTADOS**

TERRAS INDÍGENAS

Theo Marés²⁶⁶

INTRODUÇÃO

Uma das principais demandas dos povos indígenas brasileiros diz respeito ao Direito à terra. Para a cultura dominante a terra tem um valor de mercado. É um objeto, uma coisa, algo que pode ser comprado e vendido. O capitalismo moderno transformou a terra em uma commodity, em uma forma de investimento. Para os indígenas, no entanto, a terra tem um significado de sobrevivência física e cultural. Os povos indígenas estão profundamente conectados com a terra. Eles mantêm uma relação de amor, de fé e de respeito com a terra. Portanto, de nada importam todos os demais direitos indígenas conquistados se a posse permanente de suas terras não lhes for garantida.

Tanto a Constituição como a legislação infraconstitucional e até mesmo atos internacionais em que o Brasil é signatário se propõem a proteger as terras indígenas defendendo-as e preservando-as sob o domínio de seus ocupantes tradicionais. Questiona-se, todavia, a efetividade dessa proteção a cada notícia de expurgos e invasões por multinacionais, madeireiros, garimpeiros e fazendeiros e até mesmo decisões judiciais ordenando *reintegração* de posse em favor de não índios em terras indígenas.

A história da colonização brasileira pelos europeus é marcada pela expulsão dos povos indígenas de seus territórios. E este avanço sobre as terras tradicionalmente ocupadas ainda ocorre no presente, impulsionado pela valorização dos imóveis rurais no mercado e pelo crescimento das fronteiras do agronegócio.

O presente artigo visa analisar a efetividade da proteção oferecida pelo Direito às terras indígenas.

²⁶⁶ Procurador do Município de Pinhais (PR). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professor da Faculdade Metropolitana de Curitiba (FAMEC). Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental da PUCPR. Membro honorário da Academia Paranaense de Direito Ambiental (APDA). E-mail: theomares@gmail.com

1. AS TERRAS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1. LEGISLAÇÃO COLONIAL

Apesar da expulsão dos povos indígenas de suas terras, a colônia reconheceu, tanto em sua doutrina como na legislação, os seus direitos territoriais. Na legislação lusitana para o Brasil, o primeiro ato normativo de proteção às terras indígenas que se tem registro foi a Carta Régia de 10 de setembro de 1611, promulgada por Felipe III, rei da Espanha e de Portugal, que garantia que as terras pertencentes às populações indígenas não poderiam ser tomadas, nem mudadas contra suas vontades. Referidos como “gentios”, a Carta Régia estabelecia que os índios eram “senhores de suas fazendas”:

Os *gentios* são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre *ellas* se lhes fazer *molestia* ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando *elles* livremente o *quizerem* fazer...²⁶⁷

Posteriormente, o Alvará Régio de 1º de Abril de 1680, editado pela Coroa Portuguesa, determinava que os governadores do Grão-Pará e do Maranhão concedessem aos índios “lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem”, sem poderem ser mudados desses lugares. A este instituto jurídico luso-brasileiro deu-se o nome de indigenato. Além disso, o Alvará Régio de 1º de Abril de 1680 reconhecia que os indígenas foram “os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras”²⁶⁸.

A Carta Régia de 9 de março de 1718, escrita por Dom João V, o Rei-Sol português, declarava: “[Os índios] são livres e *izentos* de minha jurisdição, que não os pode obrigar a *sahirem* das suas terras, para tomarem um modo de vida de que *elles* não se agradação”²⁶⁹.

Conforme a Lei Pombalina (nome atribuído à Lei de 6 de julho de 1755), nas outorgas de terras a particulares deveriam ser observados os direitos dos índios.

Manuela Carneiro da Cunha ainda destaca que na Carta Régia de 26 de março de 1819 e em duas provisões de 8 de julho de 1819, Dom João VI reconhece que as terras das aldeias são inalienáveis e que nelas são nulas as concessões de

²⁶⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaio e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 58.

²⁶⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 9.

²⁶⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Op. cit., p. 61.

sesmarias e declara que devem ser demarcadas as terras indígenas “nos lugares em que se *achão* arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras”²⁷⁰.

1.2. LEGISLAÇÃO DO IMPÉRIO

Segundo João Mendes Junior, o ato mais importante da legislação indígena do império foi a Lei de 27 de outubro de 1831, que revogou as Cartas Régias de 1808, que mandavam declarar guerra aos índios de São Paulo e Minas Gerais, e aboliu a escravidão indígena.²⁷¹

Para Manuela Carneiro da Cunha, a independência brasileira ficou marcada por um retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas. A antropóloga relata a manifestação do então deputado Montesuma na Constituinte de 1823, de que os índios “não são *brazileiros* no sentido político em que se toma; *elles* não entram *commosco* na família que constitui o império”²⁷².

A Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850) regulamentou o regime de propriedade territorial no Brasil, tratando da transferência das terras devolutas ao patrimônio privado e transformando as sesmarias em propriedade plena. A lei determinava que seriam “reservadas” terras para a colonização dos indígenas, como observa Carlos Marés:

Esta “reserva” era, na verdade a reafirmação do indigenato, instituto da colônia, que nos vem desde 1680, com o alvará de 1º de abril, que garantia, quando das concessões de terra, sempre “reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores dela”.²⁷³

1.3 TERRAS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Desde a Carta de 1934, todas as Constituições brasileiras reconheceram aos índios a posse das terras por eles ocupadas. A Constituição de 1934 estabelecia, em seu art. 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

A Lei Maior de 1937, da mesma forma estabelecia, no art. 154: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter

²⁷⁰ Ibid., p. 63.

²⁷¹ MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. Edição fac-similar. São Paulo: Typografia Hennies Irmãos, 1912, p. 55.

²⁷² CUNHA, Manuela Carneiro da. Op. cit., p. 63-64.

²⁷³ MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 125.

permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

Com o mesmo teor, novamente com alteração apenas na redação, rezava a Carta promulgada em 1946: “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

A Constituição de 1967 trouxe pequena inovação, tratando do usufruto dos recursos naturais e demais utilidades: “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”. O texto de 1969 trouxe mudanças mais substanciais

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos 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.

Finalmente, a Constituição de 1988, que dedicou todo um capítulo aos povos indígenas, reconheceu o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam os índios. Direito originário, explica Marés, “quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei”²⁷⁴.

A própria Constituição se encarrega de definir as terras tradicionalmente ocupadas, no parágrafo 1º do artigo 231:

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.

Portanto, compõem-se as terras tradicionalmente ocupadas de quatro elementos, que devem ser reconhecidos à luz dos usos, costumes e tradições indígenas: 1) as terras habitadas em caráter permanente; 2) as utilizadas em atividades produtivas; 3) as imprescindíveis à preservação ambiental; e 4) as necessárias à reprodução física e cultural da comunidade.

Além de reconhecer o direito originário, a Magna Carta de 1988 declarou

²⁷⁴ Ibid., p. 122.

nulos e extintos os atos que visem a ocupação, posse ou domínio das terras indígenas. O parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal estabelece:

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.

Ao analisar a situação dos Direitos Humanos no Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu:

Ao considerar os direitos indígenas como direitos "originais", a Assembléia Constituinte aceita o princípio de que os indígenas eram os proprietários originais das terras e, portanto, que seus direitos antecedem todo ato administrativo do governo. Além disso, a Constituição estabeleceu que o Ministério Público Federal deve defender os direitos dos indígenas perante os tribunais, e que os grupos indígenas podem, por si mesmos, promover ações judiciais.²⁷⁵

1.4. TERRAS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

O Estatuto do Índio, como ficou conhecida a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, divide as “terras dos índios” em três categorias. As terras tradicionalmente ocupadas, as terras reservadas e as terras de domínio das comunidades ou de indígenas. As terras tradicionalmente ocupadas são aquelas definidas pela Constituição como as terras 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.

A segunda categoria, as terras reservadas, são aquelas em que a terra não é tradicionalmente ocupada por determinado povo, mas, por interesse da comunidade, o Estado a destina aos indígenas, através de desapropriação ou utilização de terras devolutas.

As terras de domínio privado das comunidades ou de indígenas são aque-

²⁷⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado em 27 set. 1997. Washington: CIDH, 1997. Capítulo VI. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/brazil-port/Indice.htm>>. Acesso em: nov. 2010.

las, conforme o artigo 32 da Lei nº 6.001/1973, “havidas por qualquer das formas de aquisição de domínio, nos termos da legislação civil”. As três categorias de terras indígenas devem ser destinadas ao uso e posse direta dos indígenas e, conforme as tradições das etnias indígenas que as ocupem, devem ser permitidas a caça, a pesca e a extração e coleta de frutos.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais em países independentes, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, e aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, determina, em seu art. 14, item 1, que devem ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

2. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

A demarcação é um instituto desenvolvido pela sociedade envolvente para determinar os limites de uma área através de marcos físicos. É uma delimitação física que separa diferentes proprietários ou diferentes usos da terra. A demarcação de Terras Indígenas presta-se, nas palavras de Antônio Carlos de Souza Lima, a “estabelecer fronteiras claramente discriminadas e fechadas para os grupos indígenas”²⁷⁶.

Carlos Marés define o processo de demarcação de terras indígenas como “a forma procedimental pela qual o poder público federal reconhece a incidência dos elementos descritos no artigo 213, parágrafo primeiro da Constituição Federal sobre uma sorte de terras”²⁷⁷.

Importante ressaltar que a demarcação é um ato secundário. Ainda que a terra indígena não esteja demarcada, o fato de existir ocupação tradicional já é suficiente para que as terras sejam protegidas pela União. Na lição de Carlos Marés, “o que define a terra indígena é a ocupação, ou posse ou ‘estar’ indígena sobre a terra” e não a demarcação.²⁷⁸

A demarcação é uma exigência da modernidade e serve, especialmente, para que o Estado e seus cidadãos saibam que determinado território é indígena, pois os índios conhecem seu próprio território. A importância da demarcação está na segurança física e jurídica que ela proporciona. Segurança jurídica que, para ser integral, demanda a perenidade das áreas demarcadas, devendo ser admitida

²⁷⁶ LIMA, Antônio Carlos de Souza. A identificação como categoria histórica. In: OLIVEIRA, João Pacheco (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. p. 208.

²⁷⁷ MARÉS, Carlos Frederico. O processo de demarcação de terras indígenas: o poder público federal deve aplicar o artigo 231 da Constituição. In: **Terras indígenas no Brasil**. São Paulo: CEDI/PETI, 1990, p.11.

²⁷⁸ MARÉS, Carlos Frederico. 2006, op. cit., 148.

apenas a revisão dos limites da terra indígena demarcada quando for para ampliá-la, ou seja, quando a área demarcada for menor do que aquilo que os índios consideram “seu território”, evitando o confinamento.

A demarcação de terras indígenas é um ato administrativo de competência do Poder Executivo e de natureza declaratória, pois não constitui, transforma, extingue ou modifica direitos, apenas reconhece um direito existente antes do ato. Neste sentido, entende Sérgio Leitão:

A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia, do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la [...].²⁷⁹

Há quase cem anos, João Mendes Junior já advertia sobre a natureza declaratória do reconhecimento de terras ocupadas por indígenas: “não há posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado”²⁸⁰.

O Supremo Tribunal Federal acompanha o entendimento de Sérgio Leitão e João Mendes Junior, pelo que se pode extrair do julgamento da Ação Cível Ordinária nº 312-BA, cujo trecho se transcreve a seguir:

Terras Indígenas não demarcadas pela União. Desnecessidade de prévia demarcação administrativa. Prosseguimento do julgamento pelo Tribunal para emissão de juízo conclusivo sobre a situação jurídico-constitucional das áreas abrangidas pelos títulos. Questão de ordem que assim se resolve: 1) a demarcação prévia da área abrangida pelos títulos não é, em si, indispensável ao ajuizamento da própria ação; 2) o Tribunal pode examinar se a área é indígena ou não para decidir pela procedência ou pela improcedência da ação.²⁸¹

O procedimento para demarcação de Terras Indígenas é regido pelo Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que o divide em dez fases:

1. Inicialmente, um antropólogo de qualificação reconhecida é nomeado pela FUNAI, através de Portaria, para elaborar estudo antropológico de identificação;
2. Elaborado o estudo antropológico de identificação, a FUNAI designa

²⁷⁹ LEITÃO, Sérgio Raimundo Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena: a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 67.

²⁸⁰ MENDES JUNIOR, João. Op. cit., p. 59.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Ordinária nº 312**. Relator: Nelson Jobim, julgado em 27 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382300>>. Acesso em: nov. 2010.

um grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores de seu quadro próprio, coordenado por um antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessário à delimitação, podendo solicitar a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos;

3. Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará à FUNAI um relatório circunstanciado caracterizando a terra indígena a ser demarcada;

4. Recebendo o relatório circunstanciado, a FUNAI pode aprovar ou desaprovar. Se aprovar, publicará o resumo do relatório, do memorial descritivo e do mapa da área no Diário Oficial da União e dos Estados envolvidos, devendo a publicação ser afixada nas sedes das Prefeituras Municipais da situação do imóvel;

5. Publicado o resumo do relatório circunstanciado, com memorial descritivo e mapa da área, abre-se prazo de noventa dias para manifestação dos Estados, Municípios e demais interessados;

6. Findo o prazo de manifestações, a FUNAI remeterá, em até sessenta dias, ao Ministério da Justiça, para decisão;

7. O Ministério da Justiça pode aprovar, desaprovar ou requerer diligências;

8. Aprovando, o Ministério da Justiça declara, mediante portaria, os limites da terra indígena e determina a demarcação física;

9. O procedimento é encaminhado, então, ao Presidente da República, que homologa a demarcação mediante Decreto;

10. Após a homologação, a FUNAI promove o registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União.

Por seu caráter declaratório, tal como o ato que reconhece ao idoso o direito de utilizar gratuitamente o transporte público pelo simples fato de ter completado sessenta e cinco anos, o procedimento de demarcação não deveria ser tão burocrático. A burocratização do processo demarcatório prejudica os indígenas e contribui com a morosidade nas demarcações pela União que, há mais de quinze anos, as deveria ter concluído, conforme o prazo estabelecido pelo Ato das Disposições Transitórias da Constituição.

3. PRAZO PARA A CONCLUSÃO DAS DEMARCAÇÕES

O Estatuto do Índio, em seu artigo 65, determinava que o Poder Executivo concluísse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos de sua publicação, que ocorreu em 21 de dezembro de 1973. O prazo não foi cumprido.

O artigo 67 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal renovou o prazo para a União concluir a demarcação das terras indígenas por mais cinco anos, contados a partir da promulgação da Constituição. O prazo se esgotou em 5 de outubro de 1993 e a União não concluiu a demarcação de todas as terras indígenas. Trata-se, todavia, de um prazo impróprio, em que seu descumprimento não gera qualquer sanção, mas que gera o direito subjetivo dos povos indígenas de buscar no Poder Judiciário o cumprimento da ordem Constitucional. Carlos Marés menciona uma das consequências do descumprimento do prazo estabelecido pela Constituição Federal:

Ao não ter havido o cumprimento do prazo das disposições transitórias, a União está em débito para com os povos indígenas e persiste, ainda com mais intensidade a obrigação de promover a demarcação que o *caput* do artigo 231 determina à União.²⁸²

Outra consequência foi ressaltada em decisão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Na Ação Civil Pública 1998.04.01.054349-4/RS, proposta pelo Ministério Público Federal contra a União Federal e a FUNAI, objetivando a demarcação da Terra Indígena Serrinha, no município de Ronda Alta (RS), a União Federal e a FUNAI a contestaram alegando que teriam discricionariedade para “eleger o momento oportuno” para realizar o procedimento demarcatório da Terra Indígena. O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em seu acórdão, rechaçou a tese da discricionariedade administrativa, uma vez que está esgotado o prazo fixado pelo Constituinte:

No que se refere à discricionariedade administrativa que estaria reservada à União e à Funai em fazer a demarcação, bem como eleger o momento oportuno, a discricionariedade não mais existe. Expirou o prazo dado pelo constituinte originário fixado no artigo 67 do ADCT. O prazo de cinco anos a partir de outubro de 1988 de há muito está escoado e apenas dentro do aludido prazo haveria discricionariedade, o que se poderia cogitar como discricionário até 1993, de lá para cá revela omissão administrativa que contraria expresso preceito constitucional. Não tendo a União e a Funai cumprido o que a Constituição estatui, submete-se ao controle judicial,

²⁸² MARÉS, Carlos Frederico. 2006, op. cit., p. 150.

vedado, então, para justificar a inação, alegar inconveniência, face à norma paramétrica do artigo 67 da ADCT.²⁸³

4. BENFEITORIAS SUSCETÍVEIS DE INDENIZAÇÃO

Como todos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não há possibilidade de haver um real proprietário em terra indígena. Assim, não há necessidade de desapropriação nem de indenização por lucros cessantes. Há, apenas, a obrigação de indenizar algumas benfeitorias do imóvel, desde que a ocupação seja de boa-fé.

Benfeitorias são aditamentos a um determinado bem com a intenção de conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo. O Direito Civil divide as benfeitorias em voluptuárias, úteis e necessárias. Conforme reza o artigo 96 do Código Civil, voluptuárias são as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor; úteis são as que aumentam ou facilitam o uso do bem e necessárias são as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

A regra do Direito Civil (que não se aplica às terras indígenas por sua especialidade) é de que a indenização pela retirada de possuidores, pelo real proprietário, de um determinado imóvel seja conforme a lisura da posse: se o possuidor for de boa-fé, fará ele jus à indenização de suas benfeitorias úteis e necessárias e, conseguindo levantá-las sem o detrimento do bem, terá direito à retenção das benfeitorias voluptuárias (art. 1219 do Código Civil); de outra sorte, se o possuidor for de má-fé, conforme o artigo 1220 da lei civil, serão ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias.

Como forma de evitar ao máximo a ocupação de terras indígenas, o artigo 231, §6º da Constituição Federal apenas confere a obrigação de indenização à ocupação de boa-fé. Ou seja, não serão indenizados os possuidores de má-fé.

Identificado que apenas o possuidor de boa-fé faz jus à indenização por suas benfeitorias, resta saber quais benfeitorias serão indenizadas. A Constituição Federal e a legislação indigenista são silentes, portanto, subsidiariamente, deve-se seguir a regra do direito privado, indenizando-se as benfeitorias úteis e necessárias e facultando ao ocupante a retenção das benfeitorias voluptuárias, caso sua retirada não deteriore o imóvel ou o meio ambiente.

²⁸³ BRASIL. Tribunal Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 1998.04.01.054349-4/RS**. Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler, votação unânime, julgado em 16 maio 2007. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/terras-indigenas/trf-4/ACi_1998.04.01.054349-4-RS.pdf>. Acesso em: nov. 2010.

Deve-se atentar, como lembram Tânia Mara Campos de Almeida e Luiz Edson Fachin, que “melhoramentos advindos sem a intervenção do titular da ocupação não são benfeitorias”²⁸⁴, portanto acessões naturais e a cobertura arbórea natural não são benfeitorias e, assim, são insuscetíveis de indenização.

5. CASO RAPOSA SERRA DO SOL, UM JULGAMENTO PARADIGMÁTICO

O julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” pelo Supremo Tribunal Federal representou uma vitória aos movimentos indigenistas, pois reconheceu a legalidade da demarcação contínua e determinou a retirada dos invasores não-indígenas, embora alguns pontos, em questões suplementares, tenham representado um retrocesso nos Direitos Indígenas.

5.1. ASPECTOS DA ÁREA

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol está localizada no extremo norte de Roraima. Lá, vivem cerca de 20 mil indígenas das etnias Macuxi, Ingarikó, Patamona, Taurepáng e Wapixana em uma área de 1.678.800 hectares, abrangendo a porção brasileira do Monte Roraima, em cujo topo se encontra a tríplice fronteira entre Brasil, Guiana e Venezuela.²⁸⁵

Segundo Felipe Milanez, o nome faz referência à aldeia Raposa, na região do lavrado, do povo Macuxi, o mais numeroso dos que habitam na área, e à bela aldeia Serra do Sol, dos Ingarikó, no alto das serras, o extremo Norte do país.²⁸⁶

²⁸⁴ ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; FACHIN, Luiz Edson. O índio e o outro: comentários sobre a ocupação de não-índios em terras indígenas. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria. **Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI, 1999, p. 132.

²⁸⁵ MILANEZ, Felipe. Filhos de Makunaima. **Brasil Indígena**, Brasília: FUNAI, v.3, n. 1, p. 16, mar./abr. 2006.

²⁸⁶ Id.

5.2. POLÊMICAS E ENTRAVES NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A primeira tentativa de demarcar a área da Raposa Serra do Sol ocorreu em 1919, quando o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) iniciou o trabalho para demarcação na região, que estava sendo invadida por fazendeiros. Porém, o trabalho não teve êxito e só foi retomado no final da década de 1970, pela sucessora do SPI, a FUNAI. Depois de inúmeros trabalhos, em 21 de maio de 1993 o parecer do Grupo de Trabalho da FUNAI, propondo o reconhecimento da terra indígena em áreas contínuas, foi publicado no Diário Oficial da União. A demarcação contínua se justificou pela grande mobilidade existente entre os índios das várias etnias que vivem na região.

Com a expedição do Decreto 1.775/1996, a terra que já estava delimitada desde 1993, foi colocada em contestação administrativa. O governo do Estado de Roraima, a Prefeitura Municipal de Normandia, alguns fazendeiros e uma mineiradora apresentaram 46 contestações, todas analisadas e indeferidas pelo Ministro da Justiça.

O processo administrativo foi submetido a pareceres jurídicos do Ministério Público Federal, da Advocacia-Geral da União (AGU), e do Ministério da Defesa sobre a questão da demarcação em faixa de fronteira. Ouvidos todos os possíveis interessados, não restando dúvida sobre a ocupação tradicional dos índios e a harmonia entre princípios constitucionais, o Ministro da Justiça assinou a Portaria MJ nº 820, publicada no Diário Oficial da União de 14 de novembro de 1998, que declarou a terra como posse permanente indígena.

Em abril de 2005, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, assinou a Portaria nº 534, revogando a Portaria nº 820/1998, que estava sendo questionada judicialmente. Em seguida, o Presidente Lula assinou o decreto de homologação da terra indígena.²⁸⁷

O Senador da República por Roraima Augusto Affonso Botelho Neto ajuizou, em 20 de maio de 2005, ação popular contra a União com o objetivo de impugnar a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e pedir a declaração de nulidade da Portaria do Ministério da Justiça nº 534/2005, alegando que o processo administrativo de demarcação continha vícios, por não terem sido ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela controvérsia, e que o laudo antropológico havia sido assinado por apenas um profissional, a antropóloga Maria Guiomar Melo, o que poderia favorecer uma parcialidade.

²⁸⁷ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. O caso da demarcação da Raposa-Serra do Sol. In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acesso em: out. 2010.

Para o autor da ação popular, a demarcação em área contínua traria consequências “desastrosas” para o Estado de Roraima e “mutilaria” parte do território do Estado. O autor alegava, também, o comprometimento da segurança e da soberania nacionais.

5.3. UM JULGAMENTO HISTÓRICO

O julgamento do caso Raposa Serra do Sol, pelo Supremo Tribunal Federal, é um paradigma para outras áreas indígenas. A apreciação teve início em 27 de agosto de 2008, quando o ministro-relator Ayres Britto votou pela manutenção integral da Portaria do Ministério da Justiça que determina a demarcação contínua da área. Entretanto, a sessão foi suspensa pelo pedido de vista do processo pelo ministro Menezes Direito, que apresentou o seu voto em dezembro do mesmo ano.

Assim, em 10 de dezembro de 2008, a ação voltou ao plenário e o posicionamento do ministro Menezes Direito sobre a demarcação das terras foi o que prevaleceu. Nesta data, que pode ser considerada histórica, oito dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, confirmaram a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena em área contínua.

Porém, mesmo depois de oito ministros da corte terem votado a favor da demarcação contínua, a decisão final sobre a legalidade da homologação da terra indígena foi adiada mais uma vez, devido a um pedido de vista feito pelo ministro Marco Aurélio Mello. Em 19 de março de 2009, apesar de Mello ter solicitado a regularização da ação devido a alguns “vícios do processo” e votado contra a demarcação contínua, os outros ministros foram favoráveis a demarcação em área contínua da área em litígio.

A decisão confirmada em 19 de março de 2009 constituiu um avanço, pois a inquietação maior era saber se a demarcação da área seria contínua ou em “ilhas”, já que a demarcação em ilhas limitaria a movimentação constante dos indígenas entre uma aldeia e outra e esse processo acabaria fazendo com que os grupos saíssem das áreas demarcadas; como também permitiria a entrada de ocupantes não indígenas, fomentando conflitos, invasões e dificultando o controle dos grupos indígenas e da FUNAI, desestruturando as redes de relações de parentesco entre as aldeias.

5.4. CONDIÇÕES IMPOSTAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O ministro Menezes Direito, em seu voto-vista, pronunciou-se favorável à manutenção do decreto homologatório, mas, ao mesmo tempo, inseriu no corpo de sua argumentação dezoito condições a partir das quais as demarcações das próximas áreas indígenas deveriam estar pautadas, criando uma espécie de diretriz sumular, a qual a União poderá seguir quando analisar o caso das demais terras indígenas que ainda estão à espera de definição. Ao final dos debates, foram fixadas 19 ressalvas, conforme o acórdão publicado em 25 de setembro de 2009, com republicação em 01 de julho de 2010:

1. o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;
2. o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
3. o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;
4. o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
5. o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
6. a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
7. o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;
9. o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos

- indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
10. o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
11. devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
12. o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
13. a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;
14. as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);
15. é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);
16. as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;
17. é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
18. os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e
19. é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.²⁸⁸

As cinco primeiras restrições, somadas às condicionantes 7, 12 e 13, possibilitam a realização de grandes empreendimentos nas terras indígenas sem que os povos sejam consultados ou que venham a obter benefícios compensatórios pelos

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Petição nº 3388**. Relator: Ministro Ayres Britto, julgado em 13 mar 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2576665&tipoApp=RTF>>. Acesso em: nov. 2010.

impactos que estes empreendimentos causarão ao meio ambiente e à vida social e cultural de tais comunidades. E, caso os povos indígenas necessitem explorar algum recurso das terras, como o garimpo, devem obter autorização do Congresso Nacional.

O STF estabelece condições para o usufruto das terras por parte dos indígenas e, ao mesmo tempo, libera a União de qualquer obrigação com relação aos danos que esta venha a causar em função de empreendimentos, tais como malhas viárias, de geração de energia, de exploração mineral e para a instalação de unidades, pelotões e guarnições militares entre outros.

Além disso, a negação da necessidade de consulta às comunidades (ou ao órgão indigenista) para diversas atividades direta ou indiretamente vinculadas à política de defesa nacional ou qualificadas como de cunho estratégico também caminha em sentido oposto ao que está pacificado na Convenção nº 169 da OIT, que garante aos povos indígenas o direito à posse permanente de suas terras, estabelecendo a necessidade de consulta sobre todas as medidas suscetíveis de afetá-las.

O mesmo ocorre com a condição de número 6, que assegura a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na terra indígena independentemente de consulta, e as condições 10 e 11, que admitem o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no Parque Nacional e no restante da terra indígena, sem consulta às comunidades.

Além disso, as condições 8, 9 e 10 remetem à sobreposição de Unidades de Conservação a Terras Indígenas, com orientações gerais, a partir do caso do Parque Nacional Monte Roraima, cuja área está totalmente sobreposta à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Ao atribuir ao Instituto Chico Mendes a responsabilidade sobre a gestão do Parque Nacional, sobre o usufruto dos índios em sua área de abrangência e sobre o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios, o STF agravou as restrições já sofridas pelos indígenas em razão da implantação do Parque Nacional Monte Roraima.

A sobreposição de Unidades de Conservação com Terras Indígenas é uma questão complexa e ainda não resolvida pelo Direito. Unidades de Conservação são espaços territoriais especialmente protegidos por suas características naturais relevantes e regidos pela Lei nº 9.985/2000. Os espaços territoriais especialmente protegidos estão previstos no artigo 225, §1º, III da Constituição Federal. Portanto, tanto Unidades de Conservação como Terras Indígenas têm previsão Constitucional, mas com uma diferença substancial: a cláusula de nulidade e extinção em favor de terras indígenas constante no já citado §6º do artigo 231. Se está estabelecido que são nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, qualquer ato administrativo que crie Unidade de Conservação em terra indígena – ainda que não demarcada – é

nulo por força do dispositivo constitucional mencionado. Paulo Oliveira destaca:

Indubitavelmente, trata-se de um conflito de princípios constitucionais. Portanto, é correto aplicar o princípio da razoabilidade para resolver a questão de acordo com o caso concreto. Ressalte-se que tal solução deve ser destinada a harmonizar o direito ambiental com os direitos indígenas. Ademais, não se pode sobrepor o direito ambiental aos direitos indígenas, porque, se fosse possível, implicaria mudar o modo de vida dos povos indígenas.²⁸⁹

A décima sétima condição veda a ampliação da terra indígena já demarcada e a décima oitava estabelece que os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. Ao observarmos estas duas restrições, percebemos que elas apresentam uma ambiguidade, pois se os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis, o direito de reivindicação e por consequência de ampliação dos seus limites, nunca se perderá no tempo e por isso poderá ser reclamado a qualquer tempo.

Uma terra, para ser indígena, não necessita de demarcação: ela é indígena pela sua pura existência conjugada com a presença de povos indígenas estabelecidos. Compete à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, independentemente de como e quando foram realizadas as demarcações anteriores. A localização e a extensão das terras indígenas não são determinadas segundo critérios de oportunidade e conveniência do Poder Público, mas pela ocupação tradicional, ou seja, a demarcação tem que coincidir, precisamente, com as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, definidas por estudos antropológicos.

A décima sétima condição pode impedir a revisão de limites de áreas que hoje se apresentam com reduções significativas e que funcionam mais como áreas de *confinamento* da população indígena do que como espaços que lhes assegure seus direitos mais elementares, como o direito à vida. Muitos procedimentos demarcatórios no Brasil apontavam uma posse tradicional em área muito menor do que a realmente ocupada, muitas vezes até como forma de o órgão indigenista não se indispor com poderes locais. Assim, na impossibilidade de revisão dessas áreas indígenas questiona-se: como penalizar os povos indígenas pelos equívocos cometidos outrora pelo Estado na definição de suas terras tradicionais?

²⁸⁹ OLIVEIRA, Paulo César de. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas. In: ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006, p. 109.

5.5. A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMO ALTERNATIVA PARA REVERTER AS NEGAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol em área contínua foi, efetivamente, uma importante conquista aos indígenas que tradicionalmente ocupam a área e pode ser considerado um grande avanço no Direito Indígena. Entretanto, as condicionantes impostas pelo STF abriram lacunas e podem minar os avanços que a política indigenista e os movimentos sociais têm alcançado no País nos últimos anos.

O julgamento da Ação Popular que contesta a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol tornou-se paradigmático ao Direito Indígena brasileiro especialmente no que tange à questão da demarcação de terras indígenas.

Exemplo disto está na decisão monocrática, publicada em 4 de fevereiro de 2010, em que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes concedeu liminar para suspender o procedimento administrativo de demarcação da área ocupada pela etnia Terena no Mato Grosso do Sul, chamada Aldeia Cachoeirinha, em área abrangida por títulos de propriedade que datam do período imperial. Seu argumento principal para conceder a liminar foi a decisão na ação da Raposa Serra do Sol:

Existem nos autos documentos [...] que fundamentam a plausibilidade do argumento de que a cadeia dominial dos imóveis Fazenda Petrópolis e Fazenda São Pedro remonta aos anos de 1871 e 1898, muito anterior, portanto, à data de 5 de outubro de 1988, fixada como marco temporal de ocupação pela jurisprudência desta Corte no conhecido caso Raposa Serra do Sol, tal como explicitado em trechos da ementa do acórdão na PET nº 3388.²⁹⁰

O fato acima mencionado exemplifica a situação dos direitos indígenas no Brasil. A decisão do STF em uma ação que envolvia a demarcação específica de uma terra indígena acaba prevalecendo ante um dispositivo constitucional originário.

O grupo de estudos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, no relatório do Projeto Pensando o Direito sobre o Estatuto dos Povos Indígenas sugeriu o encaminhamento do caso Raposa Serra do Sol para organismo internacional de defesa dos Direitos Humanos:

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que não reconheceu/negou vigência a Tratados e Convenções Internacionais no âmbito interno

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 2.556**. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática de deferimento de liminar, em 29 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2749542&tipoApp=RTF>>. Acesso em: nov. 2010.

do país, o caso da Raposa Serra do Sol deve ser levado ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para julgamento da decisão que negou aplicação e das ressalvas que norteou o julgamento, impondo restrições aos direitos indígenas já assegurados.²⁹¹

É uma alternativa razoável. No âmbito internacional, a pressão de organismos desvinculados das disputas locais entre a elite latifundiária, as frentes exploratórias dos recursos naturais e as populações tradicionais, se tornou uma ferramenta para a efetivação daqueles direitos reconhecidos na legislação, mas aviltados na prática. Exemplo disso foi a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na demarcação contínua do território Yanomami.

A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007, e a já vintenária Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho demonstram a preocupação da comunidade internacional com os Direitos Humanos das populações indígenas.

6. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO YANOMAMI

Etnia indígena norte-amazônica que ocupa tradicional e imemorialmente parte dos estados do Amazonas e Roraima e sul da Venezuela, os Yanomami formam uma sociedade de caçadores e agricultores na floresta tropical.

Os Yanomami tiveram seus primeiros contatos com não indígenas há cerca de cem anos, com representantes da fronteira extrativista local, soldados da Comissão de Limites, funcionários do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e viajantes estrangeiros. Entre os anos 40 e 60 estabeleceram-se os primeiros pontos de contato permanente no seu território, com a abertura de alguns postos do SPI e, principalmente, com a chegada de várias missões católicas e evangélicas. O contato permanente originou, segundo o Bruce Albert, graves surtos epidêmicos de sarampo, gripe e coqueluche.²⁹²

Nos anos 70, o governo militar lançou o “Plano de Integração Nacional”, que se tratava, essencialmente, da abertura de um trecho da rodovia Perimetral Norte (BR-210) e de programas de colonização pública que invadiram as terras Yanomami. Nesse mesmo período, o projeto RADAM (projeto governamental

²⁹¹ MARÉS, Carlos Frederico et al. **Estatuto dos povos indígenas**. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria de Assuntos Legislativos, 2009, p. 55. (Série pensando o direito, 19).

²⁹² ALBERT, Bruce. Yanomami. In: **Povos indígenas no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1999. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/yanomami>>. Acesso em: fev. 2010.

que teve como objetivo realizar o levantamento dos recursos do solo e do subsolo da Amazônia) detectou a existência de importantes jazidas minerais na região.

Esses projetos de desenvolvimento, bem como a consequente instalação de fazendas, serrarias, canteiros de obras e garimpos, passaram a submeter os Yanomami a formas de contato maciço, que provocaram um choque epidemiológico de grande magnitude, causando grandes perdas demográficas, uma degradação sanitária generalizada e graves fenômenos de desestruturação social.

Além disso, os conflitos pela posse da terra, a exploração econômica e a consequente devastação ambiental compeliram os Yanomami a abandonarem seu território, buscando refúgio em outros lugares. Para proteger o que restava de suas áreas e seu patrimônio cultural, os indígenas passaram a reivindicar a demarcação do território Yanomami.

Inconformadas com a destruição da cultura e da população Yanomami causada pelo Estado, diversas entidades peticionaram, em dezembro de 1980, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciando a violação dos Direitos Humanos dos indígenas pelo governo brasileiro e pela FUNAI.

Segundo as organizações, o Estado brasileiro violou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em seus artigos I (direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa), II (direito de igualdade perante a lei), XI (direito à preservação da saúde e do bem-estar), XII (direito à educação), XVII (direito de ser reconhecido como pessoa com direitos e obrigações e a gozar dos direitos civis fundamentais) e XXIII (direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua para manter a dignidade da pessoa e do lar). Numerada, a ação passou a ser chamada de caso 7615.

O caso 7615 é sempre lembrado por ter sido o primeiro envolvendo direitos de povos indígenas no sistema interamericano. Como lembra Flávia Piovesan, foi também “o primeiro caso submetido por organizações não governamentais de âmbito internacional contra o Governo do Brasil”²⁹³.

Após diversos trâmites processuais, incluindo audiências com peritos e representantes governamentais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu, em 5 de março de 1985, a Resolução nº 12/85. Fundamentada, principalmente, no artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁹⁴ e na própria legislação brasileira, a Comissão Interamericana declarou que havia evidências suficientes para concluir que, por força da omissão do governo brasileiro para adotar medidas eficazes e oportunas em favor dos Yanomami, houve a violação dos artigos I (direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa),

²⁹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 287.

²⁹⁴ Art. 27 - Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

VIII (direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade) e XI (direito à preservação da saúde e do bem-estar) e recomendou:

- a. que o governo brasileiro continue adotando medidas sanitárias de caráter preventivo e clínico a fim de proteger a vida e a saúde dos índios expostos a contrair doenças infecto-contagiosas;
- b. que o governo brasileiro, através da FUNAI e de acordo com sua legislação, proceda a delimitação e demarcação do Parque Yanomami, tal como proposto pela FUNAI em setembro de 1984;
- c. que os programas educacionais, de saúde e de integração social dos Yanomami sejam levados a cabo consultando com a população indígena afetada e com a assessoria de pessoal científico, médico e antropológico competente; e
- d. que o governo brasileiro informe à Comissão sobre as medidas adotadas para implementar estas recomendações.²⁹⁵

Em 25 de maio de 1992, sete anos após a Resolução nº 12/85 e poucos dias antes do início da Conferência do Meio Ambiente (Rio-92), foi, finalmente, homologada a demarcação do território Yanomami, com 9,4 milhões de hectares, na forma recomendada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No contexto interamericano, outras jurisprudências sobre terras indígenas se destacam, como o caso da Comunidade indígena Awas Tingni Mayagna (Sumo) contra a Nicarágua. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos levou o caso à Corte Interamericana afirmando que o fracasso da demarcação e reconhecimento do território indígena constituía uma violação da Convenção Americana. Em agosto de 2001, a Corte decidiu que a Nicarágua violou os artigos 21 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ordenou que o Estado demarcasse as terras dos Awas Tingni.²⁹⁶

No caso Yakye Axa, a comunidade indígena Yakye Axa, no Paraguai, foi privada de seu território tradicional desde 1999 por ocupações de particulares. A Comissão Interamericana remeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em 2005, ordenou o governo paraguaio a identificar o território tradicional dos membros da Comunidade Indígena Yakye Axa e entregá-lo de maneira gratuita no prazo máximo de três anos.²⁹⁷

²⁹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resoluciones relativas a casos individuales**. Resolución nº 12/85. Caso nº 7615 (Brasil). Washington: CIDH, 1985. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>>. Acesso em: nov. 2010.

²⁹⁶ QUILTER, Peter. **Relatório da Secretaria-Geral sobre o cumprimento da Ag/Res. 1819 (XXXI-O/01), Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Washington: OEA, 2002, p. 3. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/Documentos/cp09486p08.doc>>. Acesso em: nov. 2010.

²⁹⁷ STIDSEN, Sille. **The indigenous world 2006**. Copenhagen: IWGIA, 2006, p. 204-205.

Por fim, no Caso 12.053 (Comunidades Indígenas Maia do Distrito de Toledo contra Belize) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Comissão concluiu que o Estado de Belize violou a Declaração Americana em seus artigos II (direito de igualdade perante a lei), XVIII (direito de recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos e a um processo simples e breve) e XXIII (direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua para manter a dignidade da pessoa e do lar), em prejuízo do povo Maia, ao não adotar medidas efetivas para delimitar, demarcar e reconhecer oficialmente o direito de propriedade comunal às terras que ocuparam e usaram tradicionalmente e por outorgar concessões madeireiras e petroleiras a terceiros, para utilizar os bens e recursos compreendidos nas terras por eles ocupadas, sem consultar o povo Maia nem obter seu consentimento informado.²⁹⁸

7. TERRAS INDÍGENAS EM ZONA DE FRONTEIRA

Camuflados sob o manto do nacionalismo, alguns setores da sociedade têm levantado uma bandeira para colocar em xeque a demarcação de Terras Indígenas localizadas em região de fronteira, sob o argumento de que a ocupação indígena põe em risco a soberania nacional. Argumentam que a existência de Terra Indígena impediria o trânsito das Forças Armadas e da Polícia Federal na região.

Todavia, deve-se ressaltar que a demarcação de terra indígena não impede a presença estatal na área. Pelo contrário, a União deve proteger a terra indígena assim como deve proteger as fronteiras, como observa Aurélio Veiga Rios:

Não há conflito entre os dispositivos constitucionais que protegem os dois bens jurídicos aqui referidos. Trata-se, na verdade, de *dupla afetação federal* imposta à área indígena situada na faixa de fronteira, por ela ser bem de domínio exclusivo da União pelos dois fundamentos Constitucionais.²⁹⁹

Assim, além de não constituir ameaça à segurança nacional e de ser jurídica e tecnicamente possível a existência de território indígena em zona de fronteira, é estratégico que a área de fronteira seja constituída por terra de propriedade da União e com afetação que já exija, independente de constituir zona de fronteira, a proteção da União.

²⁹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe 40/04:** Caso 12.053. 12 out. 2004. Washington: CIDH, 2004. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>>. Acesso em: nov. 2010.

²⁹⁹ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Os direitos constitucionais dos índios nas faixas de fronteira. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 60.

CONCLUSÃO

É tarefa do Direito proteger as terras indígenas de invasões. Não que as ferramentas para este amparo inexistam. Pelo contrário, como pudemos avaliar, muitos são os instrumentos na legislação pátria para a proteção de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, mas cabe ao Direito garantir a efetividade desses mecanismos.

Mesmo com uma rica legislação, instrumentos internacionais e todo um capítulo constitucional em defesa dos povos e das terras indígenas, o poder público não tem obtido êxito na demarcação e proteção das terras indígenas. Muitas vezes porque não as trata como prioridade. Mas quando há vontade política por parte do poder público, surge forte a pressão de opositores dos movimentos indígenas para que a demarcação não seja realizada.

Portanto, embora a proteção constitucional e infraconstitucional seja uma grande conquista dos movimentos indígenas, de nada ela adianta se não houver a conscientização – da sociedade e do poder público – de que a questão da terra indígena não trata de uma disputa patrimonial entre partes interessadas em explorar economicamente a terra, mas versa sobre a sobrevivência de um povo, pois a sobrevivência dos povos indígenas e sua cultura depende da terra.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Bruce. Yanomami. In: **Povos indígenas no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1999. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/yanomami>>. Acesso em: fev. 2010.

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; FACHIN, Luiz Edson. O índio e o outro: comentários sobre a ocupação de não-índios em terras indígenas. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria. **Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI, 1999. p. 125-138.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 2.556**. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática de deferimento de liminar, em 29 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2749542&tipoApp=RTF>>. Acesso em: nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Ordinária nº 312**. Relator: Nelson Jobim, julgado em 27 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382300>>. Acesso em: nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Petição nº 3388**. Relator: Ministro Ayres Britto, julgado em 13 mar 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2576665&tipoApp=RTF>>. Acesso em: nov. 2010.

_____. Tribunal Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 1998.04.01.054349-4/RS**. Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler, votação unânime, julgado em 16 maio 2007. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/terras-indigenas/trf-4/ACi_1998.04.01.054349-4-RS.pdf>. Acesso em: nov. 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe 40/04**: Caso 12.053. 12 out. 2004. Washington: CIDH, 2004. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>>. Acesso em: nov. 2010.

_____. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado em 27 set. 1997. Washington: CIDH, 1997. Capítulo VI. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/brazil-port/Indice.htm>>. Acesso em: nov. 2010.

_____. **Resoluciones relativas a casos individuales**. Resolución nº 12/85. Caso nº 7615 (Brasil). Washington: CIDH, 1985. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>>. Acesso em: nov. 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaio e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. O caso da demarcação da Raposa-Serra do Sol. In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acesso em: out. 2010.

LEITÃO, Sérgio Raimundo Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena: a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 65-80.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. A identificação como categoria histórica. In: OLIVEIRA, João Pacheco (Org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. p. 171-220.

MARÉS, Carlos Frederico. O processo de demarcação de terras indígenas: o poder público federal deve aplicar o artigo 231 da Constituição. In: **Terras indígenas no Brasil**. São Paulo: CEDI/PETI, 1990, p. 11.

_____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARÉS, Carlos Frederico et al. **Estatuto dos povos indígenas**. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria de Assuntos Legislativos, 2009. (Série pensando o direito, 19).

MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. Edição fac-similar. São Paulo: Typografia Hennies Irmãos, 1912.

MILANEZ, Felipe. Filhos de Makunaima. **Brasil Indígena**, Brasília: FUNAI, v. 3, n. 1, p. 14-17, mar./abr. 2006.

OLIVEIRA, Paulo César de. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas. In: ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006. p. 103-121.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUILTER, Peter. **Relatório da Secretaria-Geral sobre o cumprimento da Ag/Res. 1819 (XXXI-O/01), Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Washington: OEA, 2002. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/Documentos/cp09486p08.doc>>. Acesso em: nov. 2010.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Os direitos constitucionais dos índios nas faixas de fronteira. SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 51-64.

STIDSEN, Sille. **The indigenous world 2006**. Copenhagen: IWGIA, 2006.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 9-43.

A MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Kerlay Lizane Arbos³⁰⁰

Priscila Viana Rosa³⁰¹

INTRODUÇÃO

Os índios ainda são vistos pela sociedade de maneira idealizada, na figura do bom selvagem da época do descobrimento ou de maneira preconceituosa apenas como um conjunto de imagens e crenças, parte do passado, rumo à civilização.

A legislação brasileira, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, determinava a integração do índio à sociedade como uma forma de transformar todos em não índios. Desde a época da colonização não há qualquer complacência ou tolerância para com os indígenas, pois a guerra travada contra estes indivíduos possui duas frentes bem definidas: o ataque físico e o ataque cultural.

Os índios sofrem desde a época da conquista do território brasileiro pelos colonizadores. A matança e a retirada destes foi uma das formas de conquista de suas terras, tão ricas em biodiversidade. E desde a colonização da América Latina os povos indígenas vêm sendo alvo de diversas formas de exploração.

Esta ainda persiste e, agora, muito mais revestida de interesses econômicos que sempre acabam sacrificando o pouco de dignidade que estes indivíduos ainda detêm, visto que marginalizados pelo sistema. A visão integracionista que se formou, sentida até hoje, também é responsável por esta marginalização.

³⁰⁰ Assessora Jurídica do MPPR, Especialista em Gestão Ambiental pela UFPR, Mestre do Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, foi Bolsista CAPES, e-mail: kerlay.arbos@gmail.com

³⁰¹ Aluna da Graduação do Curso de Direito pela PUCPR, e-mail: pribibis@yahoo.com.br

Ainda, o forte interesse nas terras dos índios e em seus recursos ambientais, tais como madeira e minérios, aliados a dominação política, ideológica e econômica das elites municipais, torna insustentável e escassa a oportunidade de sobrevivência destes indivíduos para com outros membros da sociedade, como as populações rurais. As famílias do campo, que também precisam sobreviver (plantar e colher), geralmente criam conflitos ao adentrar as terras indígenas e o resultado acaba sendo a violência.

Portanto, com intuito de mitigar os efeitos danosos de uma integração forçada, a Constituição Federal de 1988 passou a dar uma proteção aos direitos e interesses dos povos indígenas, iniciando-se um processo de grandes mudanças.

Com a Constituição Federal de 1988, muda-se o paradigma da integração do índio a civilização, após séculos de tentativas fracassadas. Os constituintes perceberam a realidade: os índios não eram passageiros, destinados ao desaparecimento etnocultural, como se pensava. Garantiu-se a eles o direito de viver como pessoas diferenciadas em relação ao povo brasileiro.

Reconheceu, portanto, o direito a multiétnica, garantindo aos povos indígenas o uso da biodiversidade existente em seu território, bem como o usufruto sobre os recursos naturais de suas terras.

Da mesma forma, o texto constitucional prevê a posse permanente das terras ocupadas pelos povos indígenas, que podem autorizar ou não o acesso de terceiros a estes recursos.

A Constituição Federal de 1988 também reafirmou a competência da União para demarcar e proteger as terras indígenas. Com a demarcação o Estado não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites a que se aplica a proteção constitucional, pois a terra é indígena originariamente.

O Decreto nº 1775/1996 define o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Segundo o disposto neste decreto, a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em estudo antropológico de identificação, complementado por outros de natureza etno-histórica, sociológica, cartográfica, fundiária e ambiental.

Entretanto, apesar de a Constituição assegurar a posse permanente das terras aos povos indígenas, estes ainda sofrem demasiadamente com conflitos provocados pelas invasões, justamente porque muitas destas terras ainda não foram demarcadas e as que foram são constantemente invadidas por garimpeiros, madeireiros, fazendeiros, dentre outros, interessados nos recursos ambientais que possuem.

Os povos indígenas estão em contato direto com o meio ambiente. Conhecem a fauna e a flora local, utilizando-a de forma que não ocorra escassez dos recursos naturais. O manejo tradicional contribui para a manutenção da riqueza biológica, sendo de grande importância para a preservação ambiental.

A imensa riqueza existente nestes territórios é preservada, uma vez que as atividades desenvolvidas pelos povos indígenas são de baixo impacto ambiental. Por outro lado, o ecossistema vem sendo vítima da exploração desmedida de muitos grupos, como os garimpeiros, que há décadas exploram estas terras causando altos impactos socioambientais.

A exploração mineral no país é ainda extremamente incentivada, visto ser uma atividade econômica considerada importante no contexto produtivo nacional, contribuindo para o crescimento econômico de diversas regiões e para o ingresso de divisas no país.

Entretanto, é também uma atividade geradora de muitas externalidades negativas em nível local. Uma situação que se torna ainda mais crítica quando o exercício da lavra ocorre em terras indígenas, pois a dinâmica típica da exploração mineral ocorre de maneira contrária à dinâmica comunitária destes povos.

Os impactos da mineração sobre os povos indígenas, caracterizados principalmente pela degradação do meio ambiente natural e pela introdução de elementos estranhos a cultura, demonstram um processo insustentável de desenvolvimento, pois o modo como essas atividades são realizadas explicita o descaso com a perenização da vida, ou seja, com a sustentabilidade, devido à falta de preservação da biodiversidade, da diversidade cultural, entre outros.

É fato que a mineração em terras indígenas, por sua vez, somente poderá ocorrer desde que obedecidos alguns requisitos dispostos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: autorização do Congresso Nacional, oitiva dos povos indígenas e participação destes nos lucros e resultados da lavra, lembrando que tais requisitos deverão ser regulamentados através de lei ordinária.

Ocorre que, até o presente momento a referida lei não foi promulgada permanecendo a questão sem nenhum tipo de resolução por parte do Estado Brasileiro, o que incentiva a exploração desenfreada nestas terras.

1. POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

Há pouco mais de cinco séculos, os portugueses que chegaram ao Brasil, deram início a um processo de migração que se estenderia até o início do século XX, e lentamente foram estabelecendo-se nas terras que eram ocupadas pelos povos indígenas.

Este processo de colonização propiciou a extinção de muitos povos indígenas que viviam no território dominado, em parte pela ação das armas, mas também pelo contágio de doenças trazidas dos países distantes, ou, ainda, pela aplicação de políticas visando à ‘assimilação’ dos índios à nova sociedade implantada, com forte influência europeia.

Ainda que não se saiba exatamente quantos povos indígenas existiam no Brasil antes da chegada dos europeus, há estimativas sobre o número de habitantes nativos naquele tempo, que variavam de 1 (um) a 10 (dez) milhões de indivíduos.³⁰²

O processo de colonização baseado no uso da força, por meio das guerras e da política da integração forçada, resultou no extermínio de grande quantidade de populações indígenas no decorrer destes 500 anos de descobrimento.

Atualmente, existem no Brasil cerca de 225 etnias indígenas, com uma população de, aproximadamente, 460 mil índios, falando pelo menos 180 línguas, que pertencem a mais de 30 famílias linguísticas diferentes, além de 63 grupos de índios isolados sobre os quais ainda não há informações objetivas, existindo também entre 100 e 190 mil índios vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas.³⁰³

Estas populações estão localizadas em 626 terras reconhecidas oficialmente e que totalizam 104.932.650 hectares, representando 12,33% do território nacional.³⁰⁴

Os povos indígenas se encontram dispersos por várias regiões, sendo que mais da metade dos indivíduos está localizada nas regiões Norte e Centro-Oeste do Brasil, principalmente na área denominada de Amazônia Legal, local em que o número de terras indígenas chega a 405, o que representa 20,67% desta área e 98,61% do total de terras indígenas do Brasil.³⁰⁵

As outras regiões - Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste - representam apenas 1,39% desta totalidade, uma vez que o processo de ocupação agropecuária foi mais intenso. De qualquer modo, há índios vivendo em todas as regiões brasileiras, em maior ou menor número.³⁰⁶

Cada uma destes povos tem sua forma de entender e se organizar diante do mundo, o que pode ser observado através das diferentes modelos de organização social, política, econômica e de relação com o meio ambiente e ocupação de seu território.

A principal característica dos povos indígenas do Brasil é a sua heterogeneidade cultural. Vivem no Brasil, desde grupos que ainda não foram contatados e permanecem inteiramente isolados da civilização ocidental, até grupos indígenas semiurbanos e plenamente integrados às economias regionais. Independentemente do grau de integração que mantenham com a sociedade nacional, esses grupos aculturados preservam sua identidade étnica, se auto-identificam e são identificados como índios.³⁰⁷

³⁰² FUNAI - Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

³⁰³ Id.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Paulo. Celso. Os Povos Indígenas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 139.

³⁰⁵ Id.

³⁰⁶ Id.

³⁰⁷ GUIMARAES, Liliana A. M.; GRUBITS, Sonia. Alcoolismo e violência em etnias indígenas: uma visão

As variadas culturas dos povos indígenas modificam-se constantemente e reelaboram-se com o passar do tempo. É assente o entendimento de que isto aconteceria mesmo se não tivesse ocorrido o contato com as sociedades de origem europeia e africana, já que é normal na cultura a modificação de alguns traços culturais com o passar dos tempos.

Em relação à identidade étnica, as mudanças apareceram em diversas populações indígenas, muito se comenta, e se lamenta que os índios estejam perdendo sua cultura. Um índio calçado, vestido, falando português, utilizando equipamentos eletrônicos ou morando em uma favela aparece aos olhos do público como ‘menos índio’. O entendimento é que deveriam seguir seus costumes, tradições. E nós deveríamos deixá-los em paz, devolvê-los ao isolamento, para que possam seguir seus caminhos.

Devemos muito da nossa história aos nossos índios, e precisamos sim deixá-los em paz. Entretanto, a questão não é simplesmente devolvê-los ao isolamento que, talvez, possam nunca ter conhecido. Ao longo desses 500 anos, a história não tem sido fácil para os índios, que tiveram que lutar para sobreviver a epidemias, guerras, escravidão, aldeamentos e esforços de integração à população nacional.

A diversidade cultural pode ser enfocada tanto sob o ponto de vista das diferenças existentes entre as populações indígenas e as não-indígenas, quanto sob o ponto de vista das diferenças entre as muitas populações indígenas que vivem no Brasil. Entretanto, de qualquer forma está sempre relacionada ao contato entre realidades socioculturais diferentes e à necessidade de convívio entre elas, especialmente num país pluriétnico, como é o caso do Brasil³⁰⁸.

É necessário reconhecer, valorizar e proteger a identidade étnica específica de cada uma das populações indígenas em particular, compreender suas línguas e suas formas tradicionais de organização social, de ocupação da terra e de uso dos recursos naturais. Isto significa o respeito pelos direitos coletivos especiais de cada uma delas e a busca do convívio pacífico, por meio de um intercâmbio cultural, com as diferentes etnias³⁰⁹.

Os povos indígenas estão em constante transformação, ou seja, reelaborando os elementos de sua cultura num processo sempre contínuo de transfiguração étnica. Verifica-se, atualmente, a manutenção da resistência dos povos indígenas frente à sociedade envolvente.

Pode-se dizer que durante os três primeiros séculos a partir da conquista a questão sobre os povos indígenas estava centrada no uso do índio como mão-de-obra, ou seja, na sua escravização. Hoje, sem dúvida, a grande problemática não está mais no índio propriamente dito, mas em suas terras, que é alvo de cobiça e, portanto, local de muito conflito³¹⁰.

crítica da situação brasileira. **Psicologia e Sociedade**. Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 45, jan./abr., 2007.

³⁰⁸ FUNAI - Fundação Nacional do Índio. Op. cit.

³⁰⁹ Id.

³¹⁰ CURI, Melissa Volpato. **Mineração em Terras Indígenas**: o caso terra indígena Roosevelt. 2005. Disserta-

2. DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito dos povos indígenas, após um longo processo de tentativas assimilacionistas, foi finalmente assegurado pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a multietnicidade, garantindo o uso da biodiversidade existente em seus territórios, bem como o usufruto sobre os recursos naturais de suas terras, prevendo, da mesma forma, a posse permanente das terras ocupadas por indígenas, que podem autorizar ou não o acesso de terceiros a estes recursos.

A Constituição Federal de 1988 reconhece o pluralismo da sociedade brasileira representada pela sua multiplicidade cultural, social e étnica, conferindo-se, em sara inédita, capítulo especialmente dedicado às questões indígenas, à proteção do patrimônio cultural e ambiental, por intermédio de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tal Constituição é considerada um marco, pois além do reconhecimento dos direitos indígenas promoveu um profundo alargamento no rol de direitos e garantias previstos em seu texto, sem mencionar a nova topologia constitucional, fundamental para se compreender uma nova visão do Estado Brasileiro, que se desloca de uma ótica estatal fundada nos deveres do súdito para uma ótica da cidadania, fundada nos direitos dos cidadãos³¹¹.

Entretanto, é válido destacar que o processo de formação da constituinte foi extremamente conturbado, visto que uma parcela da sociedade visava à diminuição dos direitos dos povos indígenas, a fim de se obter a abertura das terras destes povos para todos os tipos de exploração.

E como entende Curi:

Um dos mais complicados e controvertidos temas discutidos na elaboração da Constituição de 1988 foi o relacionado às terras indígenas e aos seus recursos naturais, que é atualmente o cerne da questão indígena no Brasil. As terras indígenas devem ser consideradas como o habitat dos grupos indígenas, ou seja, como aquelas necessárias à reprodução física e cultural da comunidade, segundo seus usos e costumes.³¹²

Apesar de todo o movimento contrário aos direitos dos índios, a promulgação da Constituição de 1988 conferiu a estes um status constitucional, pois pela primeira vez reconheceu o direito à diferença, rompendo com a tradição integracionista que prevalecia nas Constituições anteriores.

ção de Mestrado – UNICAMP, Campinas, SP, 2005, p. 71.

³¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 32-33.

³¹² CURI, Melissa Volpato. Op. cit., p. 77.

3. ASPECTOS LEGAIS DA MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Desde a época imperial, enquanto o Brasil deixava de ser colônia portuguesa e era proclamada a República (1822-1889), não existia nenhum tipo de legislação que mencionasse a mineração em nosso país.

Com o ‘descobrimento’ do Brasil, depois de estabelecidos os mecanismos de concessão de terras para aqueles que se dispusessem a trabalhá-la, a Coroa Portuguesa se reservou o direito de reter a quinta parte das riquezas minerais que fossem encontradas e lavradas na colônia. Os minerais eram de propriedade do Estado e este outorgava o direito de lavra aos particulares que, em contrapartida, ficavam obrigados ao pagamento do quinto.

Então, a partir do Brasil República, as Constituições foram dispondo sobre a matéria, mas foi com a Constituição Federal de 1988 que as atividades de exploração e os recursos minerais foram amplamente discutidas e tratadas.

A Constituição estabelece um regime jurídico distinto entre a propriedade do solo e do subsolo. As jazidas minerais são bens da União e o seu aproveitamento é autorizado por ela, segundo a lei. Ainda, o texto dá tratamento *sui-generis* à hipótese de aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas³¹³.

As terras indígenas são também bens da União, mas destinadas ao usufruto exclusivo dos índios que tradicionalmente as ocupam. Este usufruto se estende apenas às riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes em suas terras.

O sistema jurídico brasileiro deu proteção e reconhecimento aos direitos indígenas sobre o solo, mas tropeçou na separação entre bens do solo e riquezas do subsolo.

A Constituição elencou que são bens da União os recursos minerais inclusive os do subsolo e mencionou que os indígenas possuem posse permanente da área que ocupam com usufruto exclusivo das riquezas que existem neste solo, mas não sobre o subsolo³¹⁴.

Entretanto, apesar de não existir disposição expressa na Constituição de 1988, é possível se reconhecer, também, aos povos indígenas a exclusividade na exploração do subsolo em relação às atividades de cata, fiação e garimpagem, nos termos do Estatuto do Índio.

³¹³ SANTILLI, Márcio. Terras Indígenas na Amazônia Brasileira: Subsolo Bloqueado por Interesses Minerários. In: RICARDO, Fanny (Org.). **Interesses Minerários em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira**. Documentos do ISA, n. 6. São Paulo: jul., 1999, p. 84.

³¹⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 138.

3.1. MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A mineração é uma atividade das mais polêmicas quanto aos impactos ambientais que produz. É altamente degradadora do meio ambiente e extremamente nociva à saúde, uma verdadeira ofensa aos direitos indígenas quando realizadas nestas terras³¹⁵.

Utiliza-se de uma mão de obra, na maioria das vezes, desqualificada, de pessoas que vivem em condições subumanas. Produzem, pois, uma intensificada destruição das populações indígenas, além de devastar a flora e a fauna e contaminar os rios com mercúrio.

A questão da mineração em terras indígenas abrange diversos interesses e atores sociais, o que faz com que a matéria se apresente ainda hoje de maneira delicada e controversa.

As terras indígenas no Brasil são consideradas pela Constituição de 1988, propriedades da União, apesar de ser reconhecido aos povos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, que é preexistente a qualquer outro. Aos índios são resguardados os direitos de posse dessas terras para que desenvolvam suas atividades produtivas, culturais e religiosas, cabendo a eles o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes³¹⁶.

A mineração em terras indígenas foi um dos temas mais debatidos e controversos no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, porque os setores interessados na abertura indiscriminada destas terras exerceram enorme pressão para a liberação deste tipo de mineração. No entanto, a Constituição, nos artigos 176, § 1º, e 231, § 3º, manteve condições específicas e restritivas para a pesquisa e a lavra mineral em terras indígenas³¹⁷.

Há restrições impostas pela Constituição Federal à mineração em terras indígenas, à lavra mineral, ao aproveitamento de recursos hídricos, à remoção dos povos indígenas de suas terras tradicionais e à exploração de suas riquezas naturais, uma vez que estas atividades provocam danos ambientais irreversíveis e irreparáveis. Os povos indígenas sofrem com a introdução de doenças e com o rompimento do equilíbrio ambiental nestas terras, pois o meio ambiente vai sendo constantemente degradado³¹⁸.

O intuito da Magna Carta, ao impor estas limitações e restrições quanto à

³¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 617.

³¹⁶ CURI, Melissa Volpato. Op. cit., p. 98.

³¹⁷ SANTILLI, Juliana. Aspectos Jurídicos da Mineração e do Garimpo em Terras Indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993, p. 145.

³¹⁸ Ibid., p.146.

mineração em terras indígenas, foi no sentido de assegurar aos índios a manutenção de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (artigo 231, caput), bem como a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar destes povos (artigo 231, § 1º). Estes dispositivos não teriam nenhuma eficácia se não houvesse limitações à prática de atividades que causam prejuízos ao meio ambiente e aos povos indígenas que vivem nestes locais³¹⁹.

As restrições da mineração se aplicam a qualquer projeto no território nacional, conforme o artigo 176, §, 1º da Constituição. As jazidas, lavras e outros recursos minerais se constituem propriedade distinta da do solo, pertencendo à União, assim como os subsolos (artigo 20, inciso IX)³²⁰.

Portanto, a autorização quanto à concessão para pesquisar e lavrar recursos minerais é de competência do Ministério de Minas e Energia, no entanto as terras indígenas, assim como os recursos minerais, são elencados como bens pertencentes à União Federal.³²¹

No que tange a autorização e concessão, pesquisa e lavra respectivamente, se faz necessário citar a existência de dois Princípios, estes que são fundamentais para o estabelecimento do regime jurídico em vigor atualmente. O primeiro princípio apresenta uma divisão, de forma que a propriedade do subsolo, também chamada de propriedade mineral, é separada da propriedade do solo, enquanto que o segundo princípio trata da declaração expressa no texto constitucional de que à União pertencem os recursos minerais³²².

Além destas restrições, a Constituição assegurou condições específicas para a ocorrência de mineração em terras indígenas. Esta é a mineração dita legal, que pode ocorrer nestas terras desde que obedecidos alguns critérios, quais sejam, a autorização do Congresso Nacional e a consulta prévia aos povos indígenas afetados pelos projetos de mineração, com sua consequente participação nos lucros e resultados na lavra.

Porém, a mineração em terras indígenas desde a criação da Constituição Federal de 1988 não pode acontecer, não sendo considerada proibida tampouco permitida, uma vez que a condição exigida para a efetiva mineração nestas terras necessita de regulamentação, através de lei ordinária que ainda não foi criada e até que o Congresso Nacional a aprove, nenhuma atividade poderá ser desenvolvida em terras indígenas.

A Constituição também não definiu a diferença entre a pesquisa de minérios e a efetiva lavra de minérios. O Código de Minas, Decreto-Lei nº 227 de 28 de fevereiro de 1967, alterado pela Lei Federal nº 9.314/1996, define em seu artigo 14 que a pesquisa mineral busca definir a jazida, sua avaliação e a determinação

³¹⁹ Id.

³²⁰ Id.

³²¹ NUNES, Paulo Henrique Faria. **Meio Ambiente e Mineração**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 119-120.

³²² SOUZA, Marcelo Gomes de. **Direito Minerário e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 67-68.

da exequibilidade do seu aproveitamento econômico, e no seu artigo 36 que a lavra mineral são operações que vão desde a extração das substâncias minerais úteis das jazidas até o seu beneficiamento.

A lei minerária, Decreto-Lei nº 227/1967, define processos separados para a pesquisa e a concessão da lavra minerária estabelecendo condições e requisitos específicos para cada tipo de processo, afirmando que a pesquisa mineral não fornece direito à efetivação da lavra, pois esta pode ser considerada prejudicial, recebendo neste caso indenização do governo pelas despesas feitas com a pesquisa.

Apesar disto, a pesquisa e a lavra mineral quer em terras indígenas ou não sempre serão precedidas de autorização do Congresso Nacional, sendo estas atividades autorizadas separadamente, uma vez que a pesquisa não permite a exploração comercial da jazida, admitindo apenas a realização de estudos, levantamentos, sondagens, entre outros, enquanto que a lavra mineral permite efetivamente a exploração da jazida.

Como já mencionado, a Constituição prevê a necessidade de criação de uma lei ordinária ditando as regras para esse tipo de exploração econômica, face ao conhecimento dos danos irreparáveis que a atividade minerária pode causar ao meio ambiente, bem como aos povos indígenas que vivem nestes locais.

Os dispositivos constitucionais referentes à mineração em terras indígenas, isto é, os §§ 3º e 7º do artigo 231, requerem regulamentação em lei ordinária, que até hoje não foi aprovada e promulgada. Tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei com este objetivo, porém muitos destes visam apenas a atuação minerária indiscriminada não a preservação da identidade cultural dos povos indígenas³²³.

Santilli, destaca que é a licitação a melhor forma de exploração mineral em terras indígenas, pois garante a prevenção do impacto nos povos indígenas e a preservação do meio ambiente, em suas palavras:

A licitação é necessária não só para garantir que a mineração em área indígena seja realizada por empresa com a melhor capacitação técnica, como também por aquela que apresente as melhores propostas de preservação ambiental e prevenção de impacto sobre as comunidades indígenas. A licitação garantiria igual oportunidade a todos os interessados em minerar em terras indígenas, bem como a publicidade e transparência de seus atos.³²⁴

Assim, enquanto não há o consenso acerca da possibilidade ou não da mineração em terras indígenas, o melhor a ser feito é barrar qualquer tipo de atividade nestas áreas.

Logo, seguindo esta lição devem ser anulados os pedidos de pesquisa e exploração de jazidas minerais em reservas indígenas que foram apresentados

³²³ SANTILLI, Márcio. Op. cit., p. 84.

³²⁴ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 151.

ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) após a promulgação da Constituição de 1988, bem como os pedidos anteriores à Constituição, promovendo-se o estudo e análise de casos concretos e barrando a expectativa de muitas empresas de poder explorar as jazidas apenas por ter feito o requerimento. Nenhum desses pedidos poderá ser deferido porque até hoje a Constituição não regulamentou a questão³²⁵.

O conflito armado ocorrido em abril de 2004 na Terra Indígena Roosevelt (RO), envolvendo guerreiros cinta-largas e garimpeiros, que resultou na morte de 29 garimpeiros, foi o estopim para que o tema da regulamentação da atividade minerária nos territórios indígenas ganhasse um novo fôlego, particularmente pelo seu potencial econômico-financeiro.

O tema também passou a ser objeto de discussão sistemática no âmbito do Poder Executivo a partir de 2004, que constituiu uma comissão formada pelo Gabinete de Segurança Institucional (GSI) da Presidência da República, os Ministérios da Justiça e de Minas e Energia, a Fundação Nacional do Índio e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), com a incumbência de “preparar e discutir com lideranças indígenas um anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional”³²⁶.

A Comissão Especial na Câmara dos Deputados, criada em março de 2005, para agilizar as discussões sobre a regulamentação da atividade minerária em terras indígenas analisou em caráter exclusivo o Projeto de Lei nº 1.610/96, de autoria do senador Romero Jucá (PMDB/RR).

O PL, entretanto, sofreu críticas de lideranças indígenas e organizações que apoiam a causa indígena, que apontam na proposta a supremacia dos interesses de empresas em detrimento dos benefícios que a regulamentação da mineração pode levar aos povos indígenas.

No texto do anteprojeto, em momento algum é feita referência à Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), instituída pelo governo federal em março de 2006. As noções de participação e controle social indígenas sobre a gestão e os resultados da implementação política estão completamente ausentes. Quando muito, fala-se na participação dos povos locais afetadas ou envolvidas no empreendimento minerário.

Ainda, o PL não estabelece um limite máximo para a ocorrência da mineração em terras indígenas, não situa mecanismos de controle da comunidade indígena afetada sobre os processos de extração, industrialização e comercialização para que ela possa aferir a renda e monitorar os procedimentos; não estabelece

³²⁵ Ibid., p. 84.

³²⁶ Registro de uma reunião envolvendo governo federal e indígenas: <http://www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=99&IDPagina=72&IDNoticiaNoticia=200>.

obrigatoriedade de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), não estabelece a forma como, onde e com que antecedência os povos devem ser ouvidos, de que forma e se serão informadas previamente dos interesses e pesquisas e como sua manifestação deve ser considerada.

A versão atualizada, em 1º de agosto de 2006, deste anteprojeto de Lei de Mineração em Terras Indígenas pretendeu instituir dois regimes de exploração de recursos minerais: (i) o especial para as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas e (ii) o de extrativismo mineral indígena. Ambos só poderão agir em terras indígenas homologadas.

Também propõe a criação de um fundo no âmbito do Ministério da Justiça, a ser gerido pelo órgão indigenista federal: o denominado Fundo Compartilhado de Receitas sobre Mineração em Terras Indígenas. Grande parte do texto do anteprojeto se refere aos critérios e procedimentos para o primeiro regime, que parcialmente incidem sobre o regime de extrativismo mineral indígena.

Predomina a visão contratualista e a linguagem técnica, como se não se tratasse de uma situação marcada por graus de informação, entendimentos e relações desiguais entre as partes. Como se a racionalidade econômica predominasse entre os atores dos dois campos – indígena e não-indígena – e aqueles estivessem isentos da pressão exercida local e virtualmente, seja pelo Estado seja pela sociedade regional.

Além disso, pelo texto do anteprojeto, os povos indígenas não são atores preferenciais num possível processo de disputa de requerimentos, estando sujeitas, além disso, às mesmas exigências e obrigações que recaem sobre os não-indígenas que pleiteiam a concessão de pesquisa e exploração mineral nos seus território³²⁷.

Assim, apesar da retórica que trata a iniciativa como ‘democrática e de inclusão social’, fica o entendimento de que a iniciativa é mesmo de uma expropriação organizada³²⁸.

A Constituição de 1988 optou por admitir o desenvolvimento nacional com a condição de preservar e garantir a sociodiversidade e para isso estabeleceu salvaguardas. Nesse contexto, a mineração, por ser uma atividade naturalmente impactante, deve ser realizada sob cuidados e restrições, ou até mesmo vedada.

Os povos indígenas pleiteiam a preservação de sua identidade cultural, condições dignas de vida e o direito de viver em suas terras. A terra representa o suporte para a sua sobrevivência e está diretamente ligada ao sistema de crenças e de conhecimento.

O território está ligado à história cultural do grupo, a sua mitologia, as relações de família, ao conjunto das interações sociais e ao sistema de alianças políticas e econômicas entre seus grupos. A terra é condição essencial para

³²⁷ INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos. **Mineração em Terras Indígenas**: inclusão social ou expropriação organizada. Nota Técnica nº 112, outubro, 2006, p. 3. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/notas-tecnicas/NT%20112%20-%20MA.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

³²⁸ Id.

garantir que os índios continuem mantendo suas características, uma vez que etnicamente diferenciados da sociedade nacional.³²⁹

As atividades de mineração que se desenvolvem em terras indígenas são consideradas ilegais, sendo esta é uma das principais responsáveis pela degradação ambiental das terras indígenas se alastrando por estes territórios, provocando danos ambientais graves e muitas vezes irreversíveis.

Por outro lado, tal atividade pode ser considerada legal quando o Congresso Nacional autorizar a exploração de recursos minerais, promover a oitiva dos povos afetados, bem como lhes assegurar participação nos lucros e resultados da lavra, razão pela qual divergência relacionada a esta questão deve ser resolvida com a atuação do Poder Judiciário.

No entanto, o que se vê em terras indígenas é a ocorrência da mineração ilegal, ou seja, aquele em que o Estado não autoriza a exploração e se mantém omissivo, pois não adota as atitudes eficazes para combatê-la.

Pode-se perceber, por exemplo, o aparecimento de vários tipos de doenças e problemas de saúde, devido à forma como a mineração é realizada e, também, o alto impacto ambiental que esta causa na região em que ocorre.

A mineração em terras indígenas possui disposição constitucional, enfatizando que tal atividade somente poderá ocorrer com o cumprimento de requisitos específicos.

Por outro lado, estes requisitos necessitam de regulamentação através de lei ordinária, que até o presente momento não foi promulgada, o que torna, portanto, qualquer atividade de mineração em terras indígenas ilegal.

3.2. MINERAÇÃO E O ESTATUTO DO ÍNDIO

A Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, tem como um dos seus principais objetivos, proteger a cultura indígena e a integração a comunhão nacional, regularizando a situação jurídica dos índios, conforme dispõe o artigo 1º do citado estatuto.³³⁰

Normas a respeito da nacionalidade e soberania estabelecidas na Constituição de 1988, são aplicadas aos índios, no entanto, a legislação só poderá ser aplicada ao índio quando esta o beneficiar³³¹.

³²⁹ VENERE, Mário Roberto. **Políticas públicas para populações indígenas com necessidades especiais em Rondônia: o duplo desafio da diferença**. 2005. Dissertação de Mestrado – UNIR, Porto Velho, 2005, p. 31.

³³⁰ BRASIL. **Estatuto do Índio** de 19 de dezembro de 1973. Casa Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

³³¹ VILLAS-BÔAS, Hariessa Cristina. **Mineração em terras indígenas: a procura de um marco legal**. Rio de

Por questão cronológica observa-se que alguns temas no estatuto estão defasados, tanto é que existem atualmente três projetos de lei para que seja promulgado um novo estatuto³³².

O referido Estatuto prevê sobre o tratamento de exploração dos recursos naturais em terras indígenas nos artigos 20, § 1º, alínea “f”, no caput do artigo 24, e também nos artigos 44 e 45.

No artigo 20 da Lei 6.001/1973, § 1º, alínea “f”, é tratado a intervenção da União em terras indígenas, no caso de exploração de riquezas do subsolo, e que sejam de interesse para a segurança e desenvolvimento nacional, já o artigo 24 contempla o usufruto exclusivo aos índios e os artigos 44 e 45 a possibilidade de comunidades indígenas explorarem, respectivamente, o solo e o subsolo de suas terras, desde que observada a legislação vigente sobre o tema.³³³

Diante das pressões de empresas de mineração e da existência de fatos consumados, tais como os casos envolvendo povos indígenas afetados com a atividade de mineração, bem como as expectativas do Ministério de Minas e Energia quanto ao incremento da produção mineral no país, o Governo Federal, em 1983, sem ao menos ouvir os povos indígenas, resolveu regulamentar os artigos 44 e 45 do Estatuto do Índio, através do Decreto nº 88.985/1983³³⁴.

Diversos dispositivos do Decreto 88.985/1983 foram questionados e debatidos, principalmente pela FUNAI e entidades não-governamentais de defesa aos direitos indígenas. Isto porque, não houve, ao menos, a oitiva dos povos indígenas que poderiam ser afetadas com a atividade mineraria³³⁵.

Entretanto, como já explanado, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a questão da mineração em terras indígenas tomou outro contorno por estabelecer a necessidade de autorização do Congresso Nacional, desde que ouvidos os povos afetados e garantindo a estes uma participação nos resultados da lavra para a efetivação da exploração dos recursos naturais nessas áreas.

Assim, a autorização de pesquisa e lavra a terceiros, nas posses tribais, não mais se condiciona a prévio entendimento com o órgão de assistência ao índio, como previa o § 2º, do artigo 45 do Estatuto do Índio, mas passa a depender de autorização do Congresso Nacional. Outra inovação da Constituição é a obrigatoriedade de se ouvirem os povos afetados, o que não estava previsto no Estatuto do Índio³³⁶.

Por fim, em relação ao garimpo, o artigo 2º do Decreto nº 88.985/83 reitera o que determina o artigo 44 do Estatuto do Índio.

Janeiro: CETEM/ MCT/ CNPq/ CYTED/ IMPC, 2005, p. 9.

³³² Ibid., p. 23.

³³³ BRASIL. Op. cit.

³³⁴ CURI, Melissa Volpato. Op. cit., p. 101.

³³⁵ Id.

³³⁶ CURI, Melissa Volpato. Op. cit., p. 102.

3.3. O GARIMPO EM TERRAS INDÍGENAS

A Constituição estabeleceu uma clara distinção quando tratou de mineração e garimpo³³⁷ em terras indígenas, determinado que a primeira está sujeita às condições específicas para a efetiva ocorrência, enquanto que a segunda é extremamente proibida. Assim, a garimpagem em terra indígena não poderá ocorrer, pois o garimpo nestas terras viola a Constituição Federal³³⁸.

Entende-se por garimpagem a atividade de exploração realizada em garimpos, esta exploração de minerais se dá por conta da extração de riquezas como, ouro, diamante, esmeralda, entre outros.³³⁹

A Constituição Federal estabeleceu uma clara distinção no tratamento dado à mineração e ao garimpo em terras indígenas. Se, por um lado, a mineração está sujeita às condições especiais já vistas, por outro, o garimpo em terra indígena é terminantemente proibido.

Portanto, o garimpo realizado por terceiros em terra indígena viola a Constituição independente da área, circunstâncias e condições em que é realizado. Em se tratando de área indígena, ele é sempre ilegal e inconstitucional³⁴⁰.

O garimpo é, atualmente, o principal responsável pela degradação ambiental das terras indígenas, que se consolida em grande parte pela omissão dos órgãos responsáveis pela proteção dos recursos naturais existentes nessas terras, como a FUNAI, o IBAMA e o DNPM.

Tais órgãos dispõem de base legal para reprimir a garimpagem, podendo e devendo exercer o seu poder de polícia, e aplicar sanções administrativas, através da aplicação de multas, embargo e interdição de atividades, apreensão de instrumentos e equipamentos, bem como dos minérios extraídos ilegalmente, e lavrando autos de paralisação de dragas de garimpo. Cabe, ainda, a esses órgãos propor medidas judiciais contra os garimpeiros infratores, a fim de responsabilizá-los civil e penalmente, por seus atos ilegais³⁴¹.

³³⁷ Art. 70. Considera-se: I - garimpagem, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de pedras preciosas, semi-preciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em depósitos de eluvião ou aluvião, nos álveos de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários ou chapadas (grupiaras), vertentes e altos de morros; depósitos esses genericamente denominados garimpos. II - fискаção, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de metais nobres nativos em depósitos de eluvião ou aluvião, fluviais ou marinhos, depósitos esses genericamente denominados faisqueiras; e, III - cata, o trabalho individual de quem faça, por processos equiparáveis aos de garimpagem e fискаção, na parte decomposta dos afloramentos dos filões e veeiros, a extração de substâncias minerais úteis, sem o emprego de explosivos, e as apure por processos rudimentares. Decreto-Lei 227/1967.

³³⁸ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade – Fapesp, 2001, p. 96.

³³⁹ NUNES, Paulo Henrique Faria. Op. cit., p. 114.

³⁴⁰ CURI, Melissa Volpato. Op. cit., p. 113.

³⁴¹ Id.

Não obstante, a proibição de garimpagem por terceiros em terras indígenas. Atualmente, o que se vê é justamente a proliferação desta atividade por terceiros causando inúmeros e sérios problemas a tais povos.

Isto porque, a garimpagem realizada por terceiros detém efeitos devastadores sobre os povos indígenas, não só porque degradam o meio ambiente contaminando rios com mercúrio, inviabilizando a pesca, a caça e a destruição de matas ciliares em que estes povos vivem, mas também porque propiciam a proliferação de doenças, como a malária, a desnutrição, viroses, infecções, bem como a perda do território, da cultura e graves ataques violentos aos membros das tribos que se opõem a esta prática com níveis altíssimos de mortandade³⁴².

A referida discussão possui, entretanto, um ponto nevrálgico que trata justamente sobre a possibilidade de garimpo em terras indígenas realizados pelos próprios membros destes povos. Questiona-se a recepção do artigo 44 do Estatuto do Índio, após a promulgação da Constituição Federal de 1998.

O entendimento não é unânime quanto a tal recepção, muitos consideram que a previsão contida no Estatuto que possibilita a garimpagem, faiscação e cata de recursos minerais pelos povos indígenas nas terras que ocupam não foi recepcionada pela Constituição de 1998, e mesmo que se entenda pela recepção ainda seria necessária a regulamentação por parte do órgão indigenista oficial.

A Constituição Federal de 1988 deu tratamento singular à possibilidade de exploração e aproveitamento dos recursos minerais em terras indígenas, reconhecendo aos indígenas a exclusividade na exploração das riquezas do solo e no exercício da garimpagem, faiscação e cata, nos termos do artigo 44 da Lei nº 6.001/735, que entendemos acolhidos pela Constituição.³⁴³

Por certo que o Estatuto do Índio contempla uma exceção explícita no tratamento dispensado ao aproveitamento dos recursos minerais, enquanto integrante do subsolo (artigo 45). A garantia de exclusividade aos índios no usufruto das riquezas naturais se aplica especificamente ao solo, rios e lagos, mas não aos recursos minerais do subsolo.

Como observa Souza Filho:

Separação de domínio entre solo e subsolo, o tratamento jurídico diferenciado entre os bens da terra e os bens sob a terra tem causado perplexidades entre índios e incompreensão no Estado.³⁴⁴

³⁴² SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 160.

³⁴³ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 244-245.

³⁴⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. cit., p. 138.

Apesar disto, entende-se que é garantido aos povos indígenas a exclusividade no aproveitamento dos recursos minerais sob a forma de garimpagem, cata e faiscação, sendo, portanto, implícito o entendimento quanto a extração de bens minerais do subsolo pelos próprios povos indígenas³⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 garantiu em seu texto o direito a multi-étnica, permitindo aos povos indígenas o uso da biodiversidade existente em seu território, o usufruto sobre os recursos naturais de suas terras, prevendo a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, que detêm a possibilidade de autorizar ou não o acesso de terceiros a estes recursos, bem como protege o direito a manifestação cultural e a própria proteção indígena.

Com a Magna Carta os índios tiveram seus direitos enfim assegurados, no entanto, o ecossistema que os povos indígenas preservam é alvo de cobiça por diversos grupos interessados nas riquezas que estas terras possuem.

Em que pese a proteção constitucional dos direitos coletivos dos povos indígenas, a implementação de alguns destes direitos demanda avanços imediatos e também progressivos por parte do Estado, como a criação da lei ordinária que definirá os métodos e procedimentos que deverão permear a atividade de mineração em terras indígenas.

Sabe-se que a atividade de mineração ilegal ou o garimpo praticado por terceiros em terras indígenas, provoca inúmeros problemas não só culturais como o deslocamento destes povos que têm na terra uma relação não apenas de posse mais de identidade cultural, como também provoca a ocorrência de doenças, violência contra os membros da tribo, principalmente mulheres e crianças, disseminação da população indígena e muitas vezes a morte.

A mineração é uma atividade altamente impactante e na maioria das vezes causa danos irreversíveis. Esta foi amplamente discutida no processo de elaboração da Constituição, uma vez que os setores interessados na abertura indiscriminada das terras indígenas exerceram enorme pressão.

Entretanto, a Constituição impôs limitações e restrições quanto à mineração nestas terras com o objetivo de assegurar aos índios a manutenção de sua organização social, línguas, crenças e tradições, bem como a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos povos.

³⁴⁵ SILVA, Eduardo Vale Gomes da. **Mineração em Terras Indígenas Brasileiras** – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades. 2005. Dissertação de Mestrado – UNICAMP, Campinas, SP, 2005, p. 132.

Assim, a mineração em terras indígenas poderá ocorrer legalmente se forem obedecidos os critérios do artigo 231, parágrafo 3º da Constituição, quais sejam: a autorização do Congresso Nacional; consulta prévia dos povos indígenas afetados e a participação nos lucros e resultados da lavra.

Porém, a mineração nestas terras ainda não pode acontecer, visto que é necessária a criação de uma lei ordinária que regulamente os critérios acima expostos e possibilite a exploração mineral em terras indígenas, de modo a não prejudicar os direitos coletivos destes povos. Logo, a mineração em terras indígenas permanece sem regulamentação por parte do Estado desde 1988.

Em vista disto, surge outro tipo de mineração que assola os povos indígenas há décadas, que é a mineração ilegal, na qual o Estado não autoriza a exploração e se mantém omissa na defesa das populações indígenas, pois não adota nenhum mecanismo eficaz para combater tal atividade.

Esta mineração por ser feita de maneira clandestina, promove o aparecimento de vários tipos de doenças, contaminação, degradação ambiental, conflitos violentos e mortes. É uma verdadeira violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais das populações indígenas, sendo que estas constantes degradações culturais e ambientais nestas terras se devem à omissão do Estado que ignora ou não produz mecanismos jurídicos eficazes de proteção dos direitos indígenas dispostos na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal erigiu os direitos coletivos dos povos indígenas à natureza de direitos fundamentais, no entanto, a efetiva proteção destes direitos ainda não veio. O Estado continua omissa em executar mecanismos de proteção destes grupos étnicos minoritários. Logo, todas as sanções necessárias a proteger as terras indígenas, contra a intrusão não autorizada, bem como todo o uso não autorizado não existe ou ainda não foi efetivada pelo Estado.

A pluralidade étnica é inerente à capacidade de reprodução da vida, que está na riqueza e diversidade de todas as formas existentes. Logo, a garantia de sobrevivência física e cultural dos povos indígenas transcende o princípio ético, para se constituir em um modo de conservação de nossa espécie e de sustentabilidade do planeta, já que fazemos parte de um todo indissociável.

Por fim, os Estados têm a obrigação de garantir, por meio do Judiciário, a efetividade na proteção dos direitos dos povos indígenas, atendendo aos casos de violação com agilidade e eficiência. É inadmissível que os povos indígenas permaneçam esperando por décadas a solução e reparação do sofrimento causado.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade – Fapesp, 2001.
- _____. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade – Fapesp, 2001.
- BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2010.
- BRASIL. **Estatuto do Índio** de 19 de dezembro de 1973. Casa Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2010.
- BRASIL. **Decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 20 jun. 2010.
- CURI, Melissa Volpato. **Mineração em Terras Indígenas: o caso terra indígena Roosevelt**. 2005. Dissertação de Mestrado – UNICAMP, Campinas, SP, 2005.
- DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=99&IDPagina=72&IDNoticiaNoticia=200>>. Acesso em: 10 jun. 2010.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FUNAI - Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2010.
- GUIMARAES, Liliana A. M.; GRUBITS, Sonia. Alcoolismo e violência em etnias indígenas: uma visão crítica da situação brasileira. **Psicologia e Sociedade**. Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 45-51, jan/abr. 2007.
- INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos. **Mineração em Terras Indígenas: inclusão social ou expropriação organizada**. Nota Técnica nº 112, outubro, 2006. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/notas-tecnicas/NT%20112%20-%20MA.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

NUNES, Paulo Henrique Faria. **Meio Ambiente e Mineração**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

OLIVEIRA, Paulo. Celso. Os Povos Indígenas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RICARDO, Fanny & ROLLA, Alicia. **Mineração em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira**. 1.ed. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005.

SANTILLI, Juliana. Aspectos Jurídicos da Mineração e do Garimpo em Terras Indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

SANTILLI, Márcio. Terras Indígenas na Amazônia Brasileira: Subsolo Bloqueado por Interesses Minerários. In: RICARDO, Fanny (Org.). **Interesses Minerários em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira**. Documentos do ISA, n. 6. São Paulo: jul., 1999.

SILVA, Eduardo Vale Gomes da. **Mineração em Terras Indígenas Brasileiras** – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades. 2005. Dissertação de Mestrado – UNICAMP, Campinas, SP, 2005.

SILVA, Letícia Borges da. Povos Indígenas, Direitos Humanos e a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho). In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios. In: SANTILLI, Juliana. **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. O Direito Envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, Luis Donisete Benzi (org.). **Índios no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Global: Brasília MEC, 1998.

SOUZA, Marcelo Gomes de. **Direito Minerário e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

VENERE, Mário Roberto. **Políticas públicas para populações indígenas com necessidades especiais em Rondônia**: o duplo desafio da diferença. 2005. Dissertação de Mestrado – UNIR, Porto Velho, 2005.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS-BÔAS, Hariessa Cristina. **Mineração em terras indígenas**: a procura de um marco legal. Rio de Janeiro: CETEM/ MCT/ CNPq/ CYTED/ IMPC, 2005.

GESTÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS: DESAFIOS ESTRUTURAIS

Clarissa Bueno Wandscheer³⁴⁶
Ivy Sabina Ribeiro de Moraes³⁴⁷

INTRODUÇÃO

O tema da gestão de territórios indígenas é há muito tempo debatido e a solução não é de fácil visualização. Isso ocorre em razão da incompatibilidade organizacional dos povos indígenas e da federação brasileira.

A Constituição Federal de 1988, em que pese ter reconhecido direitos aos povos indígenas, não esclarece como compatibilizar as formas de organização federativa com as formas de organização indígenas de modo a garantir independência e autonomia dos povos na gestão de seus interesses.

Desse modo, se pretende nesse texto apontar as dificuldades no sistema jurídico e administrativo brasileiro que impedem a efetivação do direito a autodeterminação (autoadministração, autogoverno e autolegislação, nas palavras constitucionais) dos povos indígenas.

³⁴⁶ Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental PUCPR, Mestre em Direito Econômico e Social PUCPR, membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR/CNPq), Autora de diversos artigos jurídicos e do livro *Patentes e Conhecimentos Tradicionais*, Professora do Curso de Direito das Faculdades FAMEC e FESP e de cursos de pós-graduação.

³⁴⁷ Graduanda do Curso de Direito da PUCPR, membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR/CNPq).

1. CARACTERÍSTICAS DA ORGANIZAÇÃO TERRITORIAL BRASILEIRA E TERRITÓRIOS INDÍGENAS

1.1. CARACTERÍSTICAS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A República brasileira adota o sistema federativo. Isso implica em uma divisão interna, formada pelos Estados-membros, que detêm autonomia. Essa se divide em: autogoverno, autoadministração e auto-organização.

“A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa, como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é-lhes reconhecido elaborá-las”³⁴⁸. Isso significa que cada uma das entidades federadas (Estados-membros) podem elaborar sua própria Constituição estadual, eleger seus representantes para os cargos executivos e legislativos e, gerir sua circunscrição territorial e bens. Já que,

a autonomia política dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano.³⁴⁹

Assim, “é correto afirmar que o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre governo central e os locais”³⁵⁰.

Em que pese o reconhecimento dessa repartição de competências e/ou atribuições, constitucionalmente previstas, os territórios indígenas não são reconhecidos como Estados-membros, de modo que os povos que ali habitam não tem o direito de elaborar suas próprias constituições e leis, segundo o modelo federativo, pois não são entidades federadas.

Outro aspecto, a se destacar nessa parte, é o fato de o Brasil ser uma República. Isso implica algumas regras para a indicação dos representantes, já que essa

³⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 798.

³⁴⁹ Id.

³⁵⁰ Ibid., p. 801.

forma de governo é o oposto, ou pretende ser, da monarquia. “Se o que é de todos a ninguém pertence de forma individual, há de se buscar forma de governo destinada a garantir a atuação do governante com vistas à consecução do interesse geral”³⁵¹. Porém, os povos indígenas possuem formas próprias de representação que, em muitos casos, não coincidem com o sistema representativo previsto na Constituição.

O direito a essas características especiais está previsto na Constituição Federal de 1988, que garante aos povos indígenas direito aos seus usos e costumes, que nada mais significa que o direito ao seu próprio direito, trataremos desse tema adiante.

O sistema federativo possui três níveis ou esferas de organização, União, Estados e Municípios, no caso brasileiro acrescenta-se o Distrito Federal. Todos os níveis de organização são identificáveis e estão organizados conforme preleciona o texto constitucional. De outro lado, os mais de 180 povos indígenas possuem diversas formas de organização não coincidentes entre si e muito menos previstas constitucionalmente.

Não só na forma de organização e representação é possível encontrar diferenças entre o sistema federativo e o indígena, mas também nos interesses que representam, pois são mais de 180 povos indígenas e, em consequência, mais de 180 interesses diferentes, que em muitos casos não são comuns entre si e muito menos com a chamada comunhão nacional, ou seja, interesse da sociedade envolvente³⁵².

Além da incompatibilidade de interesses, a República tem como características a temporariedade, a eletividade do chefe de governo, no caso brasileiro do Presidente da República e, responsabilidade do Presidente, já que esse presta contas de sua atuação chegando, inclusive, a perder o cargo. Essa organização a nível federal é repetida nos Estados-membros, de modo que também neles é de fato o direito a eleger seus representantes do executivo e do legislativo.

A forma republicana implica na administração dos negócios ou coisa pública em prol do interesse comum ou dos cidadãos. “A República, como *respublica*, *res populi*, ou seja, o que pertence ao povo, o que se refere ao domínio público, o que é de interesse coletivo ou comum dos cidadãos, o caráter coletivo de suas regulações”³⁵³.

No entanto, o interesse comum é representado pelo interesse da unidade nacional, ou seja, pelo interesse e pelas necessidades do povo brasileiro, representado pela sociedade envolvente, também conhecida como sociedade nacional.

Dessa forma, os interesses dos povos indígenas ficam excluídos dos interesses nacionais, já que esses grupos não compõem o que se denomina de sociedade

³⁵¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 4.ed. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 253.

³⁵² Sociedade envolvente é aquela que não corresponde as populações tradicionais, ou seja, aos povos indígenas e as comunidades tradicionais.

³⁵³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 194.

envolvente. Um exemplo disso, é a construção da usina de Belo Monte antigo projeto denominado de Kararaô³⁵⁴, obra que os indígenas são contrários, mas ainda assim o governo federal insiste em levar adiante com a justificativa de ser de interesse nacional, ou seja, de interesse da sociedade envolvente.

Todo o processo de desenvolvimento e de fortalecimento da república federativa brasileira buscou assimilar os indígenas a comunhão nacional, ou seja, aos interesses nacionais. No entanto, essa meta não foi cumprida e o contrário se estabeleceu, os povos indígenas se organizaram aproveitando as disposições constitucionais na luta por direitos e pelo respeito aos seus usos costumes e tradições.

1.2. CARACTERÍSTICAS DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Os Territórios Indígenas tem seu fundamento na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 231 garante aos índios o direito ao territorial ocupado tradicionalmente e aos seus usos, costumes e tradições. A importância do território é grande, já que: “para eles (índios), ela tem um valor de sobrevivência física e cultural”³⁵⁵.

As terras tradicionalmente ocupadas não são consideradas pelo seu aspecto temporal. Por isso não são contadas a partir do tempo de ocupação da área por um povo indígena, mas sim pela qualidade da ocupação, ou seja, baseado na utilização da natureza de acordo com suas tradições e crenças. Isso significa que

O Direito de cada uma das nações indígenas,[está] indissolivelmente ligado às práticas culturais, é o resultado de uma vivência aceita e professada por todos os integrantes. Ao contrário disso, o Direito estatal é fruto de uma sociedade profundamente dividida, onde a dominação de uns pelos outros é o primado principal e o individualismo, o marcante traço característico³⁵⁶

O território cumpre importante papel para a identificação das sociedades indígenas, tendo em vista que em cada território é possível encontrar uma forma de organização diferente, de povo para povo. E isso implica uma forma de organização diferente de território para território.

As sociedades humanas sempre tiveram, em todas as épocas e formas de organização, especial atenção ao uso e ocupação da terra. A razão é óbvia: todas

³⁵⁴ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 38.

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (org.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 45.

³⁵⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 74.

as sociedades tiraram dela seu sustento. E entenda-se sustento tanto o pão de cada dia como a ética refundidora da sociedade. **A argamassa espiritual que une uma sociedade flui a partir das condições físicas do território em que o povo habita.**³⁵⁷ (grifado)

Nas sociedades indígenas, o homem não é colocado no centro de forma que a natureza se submeta a orbitar em torno dele. Ao contrário, nessas sociedades o homem está “em relação com a natureza, com a sociedade”³⁵⁸.

A organização em alguns povos não está representada nos moldes da sociedade moderna, que tende a eliminar a diversidade. Estão, ao contrário, organizados de acordo com seus usos, costumes e tradições, como reconhece a Constituição brasileira. Por exemplo: os guarani ñandeva e kaiowá, do Mato Grosso do Sul,

mantiveram uma organização de fato, representada pelos seus aty guasu, que têm funcionado, na questão fundiária, como espaços privilegiados de discussão e decisões, apoiando as comunidades que reivindicam terras. Suas estratégias foram estabelecidas com base na ‘tradição de conhecimento’ e fundamentada em mecanismos próprios de poderes internos de decisão e representação.³⁵⁹

Para o povo guarani o território significa: “não uma fronteira arbitrária, mas uma composição de biodiversidade, na qual o povo se integra”³⁶⁰. E essa visão compõe a forma de gestão dos territórios indígenas pelos próprios indígenas. Isso significa que tampouco haverá entre os indígenas a divisão em circunscrições municipais, estaduais e federal.

Essa visão distinta do território, que varia de povo para povo colabora com a identificação de diferenças entre as sociedades, que podem ser observadas a partir de estudos antropológicos, pois neste enfoque é possível visualizar a distinção das sociedades indígenas com a sociedade ocidental/envolvente.

O reconhecimento deve ser estendido para a admissibilidade de uma jurisdição indígena, na qual seria permitida a aplicação de direito próprio para solucionar os conflitos locais da comunidade, sem a necessidade da intervenção estatal. Por isso que: “a jurisdição indígena é para resolver conflitos internos e aí o direito dos povos indígenas, suas formas e princípios podem valer (...)”³⁶¹.

³⁵⁷ Ibid., p. 11.

³⁵⁸ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZAROA, Orides. **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003, p. 497.

³⁵⁹ ALMEIDA, Rubem Thomaz de Almeida. A “entrada” no Tekoha. In: RICARDO, Carlos Alberto (editor). **Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000. p. 746.

³⁶⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, op. cit., p. 51.

³⁶¹ Ibid., p. 191.

Observa-se que a forma de organização dos povos indígenas não coincide com a distribuição de tarefas previstas constitucionalmente. Isso decorre do fato de as sociedades indígenas possuírem um alto grau de organização de modo que o poder está ligado à sociedade. Pois a comunidade indígena é criada a partir de um “processo histórico, baseado predominantemente em critérios sócio-culturais [...] derivada das já existentes”³⁶².

O sistema jurídico existente nas comunidades indígenas surge a partir de suas necessidades e impõe condutas e punições criadas, fiscalizadas e executadas pela própria comunidade que a criou,

As relações de família, propriedade, sucessão, casamento e definição de crime ou conduta anti-social, são, numa comunidade indígena, nitidamente reconhecidas por toda a comunidade, de tal forma que se estabelece um sistema jurídico complexo, com normas e sanções que derivam da própria comunidade que as estabelece no processo social, de acordo com as necessidades do grupo.³⁶³

“O fato de serem sociedades comunitárias, de estrutura simples, não se traduz na ausência de governo”³⁶⁴. Ao contrário, faz com que tenham estruturas próprias de governo e, em consequência, estruturas próprias de autoadministração, auto-organização e autogoverno. Ou seja, que tenham sua própria maneira de gerir o território e seus interesses.

Por exemplo, o histórico do poder nos grupos indígenas, guarani e tupi, estabelece que o poder que possui o líder estava limitado, com fundamento na persuasão. A chefia possuía um grande número de atribuições, devendo basear a sua decisão de acordo com a cultura do seu povo, ao invés de manifestar somente a sua vontade³⁶⁵.

Por isso, que a garantia da manutenção dessa liderança nos grupos tupi e guarani era o conjunto de “Todas as qualidades que seriam utilizadas em prol da comunidade; portanto, o que legitimava o poder do chefe eram as contraprestações que a comunidade recebia dele. Enfim, os líderes tinham mais influência e prestígio do que propriamente poder”³⁶⁶. E isso permitia que qualquer um da tribo pudesse se tornar líder, já que a escolha dependia das qualidades e das habilidades individuais de cada candidato a liderança da comunidade.

³⁶² MAIA, Luciano Mariz. Comunidades e organizações indígenas: natureza jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos. In: MAIA, Luciano Mariz; SANTILLI, Juliana (org). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993, p. 263.

³⁶³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, op. cit., p. 71.

³⁶⁴ MAIA, Luciano Mariz. Op. cit., p. 266.

³⁶⁵ COLAÇO, Thais Luiza. O direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 117.

³⁶⁶ Id.

Os povos indígenas tupi e guarani também possuíam outro tipo de poder manifestado em suas comunidades que estava representado pelo chamado Conselho de Anciãos ou Conselho de Chefes de Família-Grande, uma vez que deliberavam sobre os assuntos relativos à guerra, migrações, problemas do cotidiano e situações de emergência.

Os bororos, por exemplo, são distribuídos em clãs. Estes são grupos familiares determinados pelo parentesco entre as mulheres, a partir de um antepassado comum. Dentre os integrantes bororos alguns são mais habilidosos na caça e na pesca e outros mais engenhosos³⁶⁷.

Os mbaiaí estavam organizados em castas. Na alta escala social estavam os nobres subdivididos em duas ordens: grandes nobres hereditários e nobilitados a título individual, que servia para sancionar a coincidência de seu nascimento com o de uma criança de alta estirpe. Também possuíam divisão entre ramos mais velhos e mais moços. Em seguida vinham os guerreiros, dentre destes os melhores podiam ser admitidos, após iniciação, numa confraria que os concediam os direitos de usar nomes especiais e uma língua artificial. E por último os escravos chamacoco ou de outra origem e os servos guaná que formavam a plebe. A pintura corporal era o meio de deixar clara a posição social a qual o sujeito pertencia³⁶⁸.

Os guaná do Paraguai e os bororo do Mato Grosso central também possuíam um sistema de castas de hierarquização social assemelhada a dos mbaiaí. Ambos estavam separados em três classes hereditárias e endógamas. Estas classes eram divididas ao meio, de modo que o casamento era obrigatório entre metades opostas, mas era proibido entre classes diferentes. “Um homem de uma metade devia obrigatoriamente desposar uma mulher da outra, e vice-versa”³⁶⁹.

Os xokleng ou botocudos da Terra Indígena (TI) Ibirama localizados em território que alcança quatro municípios de Santa Catarina, vivem em quatro aldeias: Sede, Figueira, Bugio e Toldo. Os limites entre os municípios são ultrapassados de maneira que a organização dos indígenas não se faz da mesma forma em que se organizam Estados e Municípios dentro da federação, tanto para fins territoriais quanto para aspectos de competência.

Dentro das aldeias desse povo a organização se faz através da presença de uma

autonomia política, um cacique e um vice-cacique. Estes líderes são escolhidos por voto direto, têm mandato de dois anos e direito à reeleição. Se a comunidade estiver descontente com algum dos líderes, pode destituí-lo mediante um abaixo-assinado e escolher outro para terminar o mandato. Se o líder faz um bom trabalho, pode ficar no poder por mais tempo,

³⁶⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. Tradução de Rosa Freire D’Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 209.

³⁶⁸ Ibid., p. 168.

³⁶⁹ Ibid., p. 184.

sem nova eleição. Formam micro-aldeias dentro de cada vila, denominadas pelos nomes das famílias extensas que as constituem. Assim, irmãos, cunhados, noras e genros vivem próximos uns dos outros, trabalham juntos, caçam juntos; repartem fruto de sua produção e as tarefas cotidianas que demandam a sobrevivência de cada um desses núcleos. A chefia destas famílias extensas é normalmente exercida pelas mulheres mais velhas, que escolherão os casamentos para seus filhos, criarão filhos e netos e coordenarão as tarefas domiciliares.³⁷⁰

A organização indígena “traduz associações ou entidades constituídas por índios, sendo pessoas jurídicas de direito privado, com finalidade de promoção e defesa de seus direitos ou interesses, legitimadas para atuação judicial ou extrajudicial”³⁷¹.

Esses exemplos deixam claro que o processo de identificação de lideranças nos povos indígenas é diferente do realizado para o estabelecimento de líderes nacionais, representantes do executivo e legislativos, todos possuindo prazo certo de mandato e estabilidade no cargo, independentemente de representar os interesses da coletividade adequadamente. Enquanto os líderes indígenas são legitimados por critérios de parentesco ou eletividade e estão vinculados a concretização dos interesses de seu povo, pois esse é o principal elemento que o garante na posição de líder.

O exercício da gestão, ou seja, da autonomia nos TI está associado, também, a possibilidade o exercício jurisdicional. A questão da jurisdição é outro ponto polêmico no caso indígena, pois ainda que muitos autores defendam que os povos indígenas tem direito a sua própria jurisdição, ou seja, sua própria justiça, com base no direito aos seus usos, costumes e tradições, o reconhecimento pelo Estado brasileiro é sutil, pois os intérpretes constitucionais continuam dizendo que os povos tem direito aos seus usos, costumes e tradições, sem contudo, dizer com todas as letras que os povos tem direito ao seu direito³⁷². Um bom exemplo da aplicação da jurisdição indígena é o caso “*Basílio*” analisado por Barreto na Comunidade Indígena Maturuca, que tornou possível que os membros da comunidade exercessem função jurisdicional. Neste caso, o indígena Basílio foi julgado por ser responsável pelo homicídio de Valdenísio da Silva, também indígena, pela própria Comunidade Indígena a qual pertencia (Maturuca, Estado de Roraima), recebendo como penas cavar e enterrar o corpo da vítima e ficar em degredo de sua comunidade pelo tempo que esta achasse conveniente. No dia de seu julgamento pelo Tribunal do Júri, Basílio estava há quatorze anos sem poder

³⁷⁰ WIIK, Flávio Braune. **Xokleng. Organização social e atual**. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/xokleng/978>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

³⁷¹ MAIA, Luciano Mariz. Op. cit., p. 291.

³⁷² Para esclarecimentos indica-se a obra *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito* de Carlos Frederico Marés de Souza Filho.

conviver com a Comunidade Indígena do Maturuca, o que resultou na sua absolvição perante o Tribunal por entender este que, o indígena já havia cumprido sua pena, tendo em vista o banimento pelo qual foi submetido³⁷³. Ainda que pela Constituição Federal não seja possível a pena de degredo ou banimento (art. 5º, XLVII, “d”), o Tribunal reconheceu a aplicação pela comunidade indígena.

Esses são alguns exemplos que mostram como a organização dos povos indígenas é complexa e diferenciada da forma republicana e federativa previstas na Constituição Federal. E, em consequência, demonstra uma incompatibilidade de sistemas, ou seja, o sistema de organização territorial federal – União, Estados e Municípios – e o sistema de organização indígena em seus territórios tradicionais que não respeitam limites municipais, estaduais e federais.

2. FORMA DE GESTÃO PREVISTA PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E TERRITÓRIOS INDÍGENAS

2.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública pode ser entendida como “a atividade de planejamento e comando”, assim como, “atuação subordinada e destinada à execução de atos administrativos”³⁷⁴. Essas atividades englobam o que se entende por gestão pública, ou seja, administrar bens, pessoas, territórios e recursos.

Essa administração envolve um conjunto de órgãos públicos, já que as chefias do executivo, federal, estadual e municipal, não seriam suficientes para analisar todas as decisões gerenciais dentro do Estado. Assim, ao lado da descentralização política tem-se também a descentralização administrativa.

A descentralização administrativa permite ao Estado criar órgãos compostos pela Administração direta, Presidência da República, Ministérios, Secretarias estaduais e municipais, por exemplo; e indireta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, por exemplo. Vê-se que em nenhuma dessas categorias se encontram as TTs.

Além disso, a Constituição brasileira estabelece uma distribuição de competências entre as entidades federadas, na qual é possível identificar as responsabilidades de cada uma delas. Essa distribuição de competências sofre reflexo do sistema federativo, tendo em vista que a União concentra a maior parte das responsabilidades, tanto administrativas quanto legislativas. A Constituição Federal

³⁷³ BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006, 119-120.

³⁷⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. cit., p. 449.

determina, também, a divisão de tributos, o que em última instância garante a sobrevivência financeira das entidades federadas.

O mecanismo previsto na Constituição federal, para garantir o cumprimento das atribuições de cada uma das entidades federadas, é o sistema tributário de arrecadação. Ou seja, está previsto constitucionalmente a incidência de impostos, taxas e contribuições de melhoria e quando cada um das entidades tem legitimidade para cobrar o pagamento. Desse lado, estão os recursos que garantem o funcionamento do Estado e de outro estão as leis orçamentárias que determinam a destinação de recursos públicos e dos investimentos.

E em nenhum desses instrumentos, tanto os de garantia de recursos como os responsáveis para destinação de verbas estão as TI's e muito menos os povos indígenas representados. Conclui-se que na atual distribuição de competências administrativas e financeiras não há a previsão das TI's como entidades autônomas e autossuficientes.

2.2. ADMINISTRAÇÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Os TI's estão organizados de acordo com sistemas próprios de lideranças e de distribuição de competências, evidentemente diferenciados dos critérios adotados pela Constituição brasileira.

O reconhecimento pela Constituição de 1988 da organização dos povos indígenas “impôs à União o poder-dever de os ‘proteger e fazer respeitar’, abandonou o paradigma da integração e adotou um novo: ‘o paradigma da interação’”³⁷⁵.

A organização social dos povos indígenas deve ser entendida não como uma “pessoa jurídica nos moldes do direito público ou privado, mas todo o complexo de representações simbólicas relacionadas à atividade social de um povo”³⁷⁶.

A maneira pela qual as sociedades indígenas se organizam é de uma rica diversidade e “pode ser fonte de modelos organizativos sociais, particulares e universalizáveis. É preciso conhecê-lo, não negá-los aprioristicamente”³⁷⁷.

Tal reconhecimento da organização social dos índios pela Constituição implica no “respeito à forma de estruturação de sua ‘sociedade comunitária’, de sua comunidade, a definição de sua ordem social, de seu poder social”³⁷⁸.

Com relação ao reconhecimento pela Constituição Federal das organizações sociais dos povos indígenas, assinala Dantas que,

³⁷⁵ BARRETO, Helder Girão. Op. cit., p. 104.

³⁷⁶ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Op. cit., p. 496.

³⁷⁷ Ibid., p. 506.

³⁷⁸ MAIA, Luciano Mariz; SANTILLI, Juliana (orgs.). Op. cit., p. 282.

ao reconhecer os índios, no plural, e suas correlativas organizações sociais, a Constituição está reconhecendo todo o conjunto de representações coletivas e práticas sociais delas decorrentes. Por outro lado, não se pode falar em cultura indígena como termo unificador, e sim, em culturas indígenas, identidades étnicas, organizações sociais, porque não existe uma só cultura indígena no Brasil.³⁷⁹

No território brasileiro, os índios têm uma grande diversidade de povos e culturas próprios de cada comunidade, com espaços altamente marcados.³⁸⁰

As organizações indígenas possuem aspectos diferentes dos atribuídos às organizações sociais criadas pelo Poder Público, dessa forma,

Os valores culturais das pessoas e sociedades indígenas são inerentes e construídos permanentemente, pois a dinâmica é característica inarredável da cultura. Esses valores, informantes cotidianos das práticas sociais, constituem, portanto, seus usos, costumes e tradições, e configuram a organização social, ou, traduzindo para a esfera jurídica, uma espécie de sujeito coletivo de direito, diferente das pessoas jurídicas formais, bem como das festejadas “organizações sociais” criadas pelo Poder Público para a execução de funções, como parte da ideologia neoliberal.³⁸¹

Os povos indígenas da América há séculos reivindicam o retorno da soberania para si ao invés de deixá-la nas mãos do Estado, sendo que a pretensão deste é exatamente o oposto à aduzida pelos povos indígenas. O Estado constitucional busca unidade, aniquilando a condição de povo, de coletividade, do outro.³⁸²

O direito dos povos indígenas renasce pelo reconhecimento da sociedade não fundada no individualismo, assim

Especialmente na América Latina, onde os povos indígenas e outras populações mantiveram sua forma de vida tradicional, o abandono da integração individual abriu portas para o reconhecimento de sociedades plurais, renascendo o direito de cada povo e sua própria história e cultura.³⁸³

A gestão dos TI's vai ser particular a cada território, de maneira que não há uma fórmula possível de ser prevista em lei que determine critérios gerais a serem seguidos por todos os povos indígenas na administração de seus interesses.

³⁷⁹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Op. cit., p. 497.

³⁸⁰ Ibid., p. 477.

³⁸¹ Ibid., p. 493.

³⁸² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Soberania do povo, poder do Estado. In: MEZZAROBBA, Orides. (org.) **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003, p. 113-114.

³⁸³ Ibid., p. 123.

A homogeneidade da administração pública é artificial criada por força de lei, por isso a possibilidade de regras de administração, recolhimento de tributos e de investimentos públicos. Mas no tocante aos povos indígenas, em razão da enorme variedade de povos, é difícil padronizar a gestão para um formato aceitável juridicamente, a diversidade é marca dos povos e, conseqüentemente, da sua gestão.

3. DESAFIOS PARA A GESTÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

A questão da gestão é complexa no caso indígena, tendo em vista a incompatibilidade das formas de administração previstas na Constituição para as entidades federadas e as realizadas, na prática, pelos povos indígenas, cada um deles com métodos próprios de indicação e de permanência nos postos de lideranças, por exemplo.

A complexidade da gestão se estende ao fato de que a divisão de atribuições entre as entidades federativas é uma criação da lei, é artificial, pois ao se estabelecer a Constituição as entidades federadas se organizaram com base no que vinha disposto na lei. Ao passo que, no tocante aos povos indígenas a gestão é uma questão cultural e social, ou seja, não é uma imposição legal, não é uma criação artificial. É fruto do cotidiano, da realidade social.

A gestão dos territórios indígenas envolve o poder de decisão, ou seja, definir o que é importante do que não é, e essa possibilidade vem prevista constitucionalmente no artigo 231, no qual está garantido aos povos indígenas o direito aos seus usos, costumes e tradições.

A primeira medida tomada por muitos povos indígenas foi aproveitar da previsão do artigo 232 constitucional, que admite o direito de representação judicial dos povos indígenas na defesa de seus interesses. E os interesses pleiteados são direitos aos seus territórios.

Portanto, a primeira medida para se chegar ao direito de gerir seus interesses é garantir o direito ao território. E, em um segundo momento, articular formas de administrar os interesses nos mais diversos campos, como saúde, educação, etc.

3.1. RETOMADA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS

A importância do território para a identidade cultural dos povos indígenas é grande e por isso muitos povos reivindicam o direito de retornar as suas terras ancestrais. E muitos povos já estão organizados para discutir no judiciário o direito ao seu território e a sua autodeterminação.

Um passo importante para a garantia do direito de gestão dos TI foi justa-

mente a possibilidade da retomada de áreas indígenas com base na Constituição, que prevê em seu artigo 232 a legitimidade dos índios, suas comunidades e associações para ingressar em juízo na defesa de seus direitos. Salienta Barreto que,

Antes da CF/88, os 'direitos indígenas' reconhecidos eram basicamente restritos ao *direito de posse* sobre a terra, isto é, estritamente de natureza civil; a partir da CF/88, houve uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para sua garantia e efetivação.³⁸⁴

Como exemplo da atuação da organização indígena perante o Judiciário como renascimento de vontades coletivas, menciona Santos, o povo pataxó hãhãhãe, cuja terra estava localizada no sul da Bahia, numa área de aproximadamente 50.000 ha demarcada no sul do Estado. Devido a produção de cacau desenvolvida na região, "o Estado brasileiro providenciou escola e emprego em lugares distantes, transferindo as poucas famílias remanescentes para outras áreas indígenas. Os pataxós hãhãhãe foram considerados extintos e suas terras entregues a fazendeiros"³⁸⁵.

A mobilização dos pataxós hãhãhãe se concentra em duas frentes: a jurídica, no Supremo Tribunal Federal, para o reconhecimento de toda a terra, e a factual, reocupando fazendas e reagrupando ainda mais o povo. O povo deixou a invisibilidade, é hoje reconhecido e presente, ainda que tenha uma larga caminhada pela frente até que todos os seus direitos sejam reconhecidos.³⁸⁶

Outro exemplo é a luta pelo retorno a casa pelo povo panará em 1995. Este povo havia sido removido de suas terras por conta da construção da estrada que ligaria Cuiabá a Santarém. Organizados e contando com o apoio de ONGs, os panará ingressaram na Justiça contra o Estado brasileiro e contra a FUNAI, com duas ações diferentes: a primeira reivindicando a terra, e a outra, indenização pelos danos causados³⁸⁷.

Também tiveram de ingressar em Juízo para verem reconhecidas suas principais terras o povo ticuna, um dos mais populosos povos amazônicos, habitam um território que ultrapassa a fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru³⁸⁸.

³⁸⁴ BARRETO, Helder Girão. Op. cit., p. 100.

³⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003, p. 84-85.

³⁸⁶ Ibid., p. 86.

³⁸⁷ Ibid., p. 89-90.

³⁸⁸ Ibid., p. 90-91.

Nesses exemplos visualiza-se o primeiro passo para a gestão, o direito ao território, agora reconhecido e garantido constitucionalmente.

3.2. INICIATIVAS INDÍGENAS NA EFETIVAÇÃO DE CULTURA, SAÚDE E EDUCAÇÃO

A diversidade de povos permitiu uma articulação entre eles, pois atualmente muitos estão organizados, possuindo associações e desenvolvendo projetos de educação em língua portuguesa e indígena, saúde, e na discussão com o governo na garantia de seus territórios. Grande parte das organizações são locais, englobando grupos de comunidades de bacia de um rio, representando um povo ou uma região. Outras tantas organizações estão constituídas com base nas atividades profissionais ou econômicas desenvolvidas pelos indígenas.^{389,390}

No que se refere às organizações de mulheres indígenas, as primeiras surgiram na década de 1980. Uma delas é a Associação de Mulheres Indígenas do Alto Rio Negro (Amarn) e a outra é a Associação das Mulheres Indígenas do Distrito de Taracuá, Rio Uaupés e Tiquié (Amitrut). Muitas outras foram criadas, porém somente a partir da década de 1990³⁹¹. Somente para exemplificar a organização dos povos indígenas, sem contudo exaurir os casos de articulação.

O reconhecimento dado pela Constituição às organizações indígenas não se refere apenas às diferenças étnico-culturais e a sociodiversidade, mas sobretudo, em “reconhecer e criar espaços e processos mediante os quais se tornem efetivas”. Estes processos implicam a “participação político-democrática nas instâncias governamentais do Estado” de forma que o “desenvolvimento acorde com o modo específico e aspirações da cada povo”³⁹².

Segundo Dantas, citando em alguns pontos Maia,

Alguns desses processos já se encontram regulados constitucionalmente, como, por exemplo, no que se refere à educação indígena, a garantia de uso da língua materna e dos processos próprios de aprendizagem inerentes a cada cultura indígena, (art. 210, § 2º); ao aproveitamento dos recursos hídricos, potenciais energéticos, pesquisa e lavra de riquezas minerais das terras indígenas condicionadas ao aceite das populações indígenas afetadas

³⁸⁹ ALBERT, Bruce. Associações Indígenas e Desenvolvimento Sustentável na Amazônia Brasileira. In: RICARDO, Carlos Alberto (editor). **Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000, p. 197.

³⁹⁰ Organizações indígenas na Amazônia brasileira, dados de 2000: Amazonas: 90; Rondônia: 31; Acre: 22; Roraima: 18; Pará: 16; Amapá: 6. ALBERT, Bruce. Op. cit., p. 204-207.

³⁹¹ VERDUM, Ricardo (org.). **Mulheres indígenas, direitos e políticas públicas**. Brasília: Inesc, 2008, p. 10.

³⁹² DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Op. cit., p. 513.

e autorização do Congresso Nacional (art. 213, § 3º) e, principalmente, à capacidade processual ativa e passiva dos índios, individualmente, de suas comunidades, coletivamente, e de suas organizações, neste caso referindo-se a associações indígenas, pessoas jurídicas legalmente constituídas pelos índios (MAIA. 1993. p. 182), para ingressar em juízo. O mais importante conteúdo desse dispositivo constitucional é o reconhecimento das comunidades indígenas como sujeitos coletivos de direitos, o que, evidentemente, alinha-se, para a configuração desse sujeito, aos direitos à diferença substanciados nos artigos 231 e 216.³⁹³

Os exemplos de articulação indígena vão além dos casos brasileiros, pois na Colômbia se reconhece as AATIS – Autoridades Tradicionais Indígenas (que têm estatuto jurídico de associação sem fins lucrativos e representam os territórios indígenas) como uma unidade pública administrativa legitimada pelo Ministério do Interior colombiano. As AATIS recebem recursos do governo por meio de um processo de descentralização permitindo-lhes realizar a gestão dos serviços de saúde, educação e manejo ambiental. Com isso os povos da Colômbia além de administrar todos os recursos financeiros destinados às suas comunidades, detêm a responsabilidade de atingir as metas de qualidade nos serviços prestados à sua população que eles mesmos indicam.

As AATIS se reúnem com o governo colombiano por meio da "Mesa", encontro que acontece duas vezes por ano, e tem o objetivo de reunir povos indígenas e governo num mesmo debate de igual para igual, a fim de se decidir o que será feito nos resguardos indígenas. Até se chegar a esses encontros, todas as AATIS já se reuniram com suas comunidades e associações para decidir quais serão os planos de trabalho para aquela determinada área. Assim, têm conseguido vários avanços em relação à sua autonomia e gestão dos seus territórios.³⁹⁴

O questionamento ao representante do IBAMA em 2002 a respeito do Gasoduto Urucu-Porto Velho pelo povo do Alto Madeira em Humaitá no Amazonas pela organização dos povos indígenas do Alto Madeira é uma ilustração acerca da existência de organizações indígenas no Brasil. Assim indagou o coordenador geral da organização, Josué Sateré Maué:

que benefício nós POVOS INDÍGENAS E RIBEIRINHOS teremos com esse Gasoduto?! Não tem outras fontes de energia a ser explorada, assim como outras formas de transporte de gás natural, que diminuísse os impactos sobre as populações tradicionais da Amazônia??.³⁹⁵

³⁹³ Ibid., p. 513-514.

³⁹⁴ ANDRADE, Andresa. Instituto Socioambiental. **Canoa discute educação e autonomia dos territórios indígenas no Brasil, Venezuela e Colômbia**. Disponível em <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2507>>. Acesso em 13/11/10.

³⁹⁵ MAUÉ, Josué Sateré. **Carta da Organização dos Povos Indígenas do Alto Madeira ao Ibama sobre o**

A prestação de tutela da Administração Pública às populações indígenas tem sua importância por serem estas frágeis, muito embora isso não corresponda a agregá-las como submissas. De acordo com o entendimento de Santos,

É necessário considerar, outrossim, que as populações indígenas do país estão organizadas em pequenas unidades, em tese econômica, cultural e socialmente autônomas. Essas unidades podem ser chamadas de nações, porém são frágeis demograficamente e não têm condições de subsistirem enquanto unidades políticas independentes. Paradoxalmente, a dependência dessas unidades para com o Estado – esse Estado criado com base no legado europeu – é uma realidade. Isso impõe que este mesmo Estado assuma a proteção dos contingentes populacionais integrantes dessas unidades, estabelecendo mecanismos que garantam a manutenção da diversidade e propicie a solidariedade, a proteção e o relacionamento político fundamentado em relações simétricas e não de subordinação.³⁹⁶

No entanto, essa tutela não deve se sobrepor aos interesses dos povos indígenas, nem anulá-los em face da sociedade nacional envolvente. Para garantir que seus interesses não venham a ser desconsiderados é que os povos indígenas estão se organizando, entre si, por meio de associações, que incluem antropólogos, indigenistas e os próprios indígenas³⁹⁷. Essas associações são responsáveis por reivindicar e implementar os interesses dos povos e comunidades indígenas associados no que se refere à saúde, educação, cultura, dentre outros.

CONCLUSÃO

Conclui-se que os povos indígenas não possuem a mesma forma de organização da sociedade envolvente, isso significa que não estão divididos em Estados e Municípios. Isso faz com que não seja possível aplicar as mesmas regras constitucionais de divisão de atribuições/competências para as Terras Indígenas.

A organização dos povos indígenas é complexa e diferenciada da forma republicana e federativa previstas na Constituição Federal. E, em consequência, demonstra uma incompatibilidade de sistemas, ou seja, o sistema de organização

Gasoduto Urucu-Porto Velho <http://www.amazonia.org.br/guia/detalhes.cfm?id=13197&tipo=6&cat_id=43&subcat_id=179>. Acesso em: 08 nov. 2010.

³⁹⁶ SANTOS, Sívio Coelho dos. **Os povos indígenas e a constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989, p. 51.

³⁹⁷ Exemplos de organizações indígenas e indigenistas: IEPÉ – Instituto de Pesquisa e Formação Indígena, CTI – Centro de Trabalho Indigenista, ATIX – Associação Terra Indígena Xingu, CCPY – Comissão Pró Yanomami, CPI-AC – Comissão Pró-Índio do Acre, FOIRN – Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro, ISA – Instituto Socioambiental, OPIAC – Organização dos Professores Indígenas do Acre, Vyty-Cati – Associação das Comunidades Timbira do Maranhão e Tocantins.

territorial federal – União, Estados e Municípios – e o sistema de organização indígena em seus territórios tradicionais que não respeitam limites municipais, estaduais e federal. Já que a organização dos povos indígenas decorre das vivências, ou seja, das práticas sociais e culturais, enquanto que na sociedade envolvente a organização vem prevista, ou melhor imposta, por lei.

Além da distribuição territorial e de competências previstas na Constituição se destaca, o sistema de arrecadação tributária e as leis orçamentárias. Nenhum desses mecanismos é possível de ser aplicado pelas TI's, de modo que a sustentabilidade dos povos indígenas está associada a utilização equilibrada do meio ambiente. Já que na atual distribuição de competências administrativas e financeiras não há a previsão das TI's como entidades autônomas e autossuficientes.

A diversidade de povos indígenas tem como consequência que a gestão será particular a cada território indígena, de maneira que não há uma fórmula possível de ser prevista em lei que determine critérios gerais a serem seguidos por todos os povos indígenas na administração de seus interesses. Ao contrário da homogeneidade da administração pública, que é artificial e criada por força de lei.

É difícil padronizar a gestão dos territórios indígenas para um formato aceitável juridicamente, pela Constituição e, socialmente, pelos povos, pois a diversidade é sua marca e, consequentemente, será a da sua gestão.

Um elemento importante para o exercício da gestão, ou do direito de administrar o território, ou ainda, autodeterminação, é o território. E, a Constituição federal de 1988 permitiu que os povos indígenas se tornassem protagonistas nesse processo, pois por meio do artigo 231 e 232 foi possível reivindicar o direito as suas terras, por meio de medidas judiciais. E, por fim, verifica-se que os povos indígenas estão se organizando para reivindicar direitos e interesses, mas também para gerir seus territórios.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Bruce. Associações Indígenas e Desenvolvimento Sustentável na Amazônia Brasileira. In: RICARDO, Carlos Alberto (editor). **Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000, p. 197-207.

ALMEIDA, Rubem Thomaz de Almeida. A “entrada” no Tekoha. In: RICARDO, Carlos Alberto (editor). **Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000, p. 745-748.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COLAÇO, Thais Luiza. O direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 111-142.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZAROBBA, Orides. **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. Tradução de Rosa Freire D'Aguilar. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

MAIA, Luciano Mariz. Comunidades e organizações indígenas: natureza jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos. In: MAIA, Luciano Mariz; SANTILLI, Juliana (org.). **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993, p. 251-294.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os povos indígenas e a constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (org.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 45.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Soberania do povo, poder do Esta-

do. In: MEZZARROBA, Orides. (org.) **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003.

VERDUM, Ricardo (org.). **Mulheres indígenas, direitos e políticas públicas**. Brasília: Inesc, 2008.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno; BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Direitos indígenas e políticas públicas: análise a partir de uma realidade multicultural. **Revista de Direitos Culturais**, v. 4, n. 6, 2009. p.123-140.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes e Conhecimento Tradicional**. Curitiba: Juruá, 2004.

Internet

ANDRADE, Andreza. Instituto Socioambiental. **Canoa discute educação e autonomia dos territórios indígenas no Brasil, Venezuela e Colômbia**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2507>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

WIJK, Flávio Braune. **Xokleng. Organização social e atual**. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/xokleng/978>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

MAUÉ, Josué Sateré. **Carta da Organização dos Povos Indígenas do Alto Madeira ao Ibama sobre o Gasoduto Urucu-Porto Velho**. Disponível em: <http://www.amazonia.org.br/guia/detalhes.cfm?id=13197&tipo=6&cat_id=43&subcat_id=179>. Acesso em: 08 nov. 2010.

CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

Clarissa Bueno Wandscheer³⁹⁸

Camila Dias dos Reis³⁹⁹

1. PROPRIEDADE E CONHECIMENTO TRADICIONAL

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAÇÃO DE PROPRIEDADE

A propriedade, originariamente baseada na posse coletiva enquanto meio de sobrevivência, teve início ainda na época da pré-história, quando as tribos primitivas passaram a se instalar definitivamente em um determinado local e abandonaram o costume nômade.

Esta noção originária de propriedade surgiu por volta de 10 mil anos atrás, na idade dos metais, quando as tribos primitivas descobriram a prática rudimentar da agricultura e da criação de animais, fixando-se em faixas territoriais e passando a utilizar métodos de armazenamento de alimentos. Assim, teria surgido

³⁹⁸ Doutora em Direito Econômico e Socioambiental PUCPR, Mestre em Direito Econômico e Social PUCPR, Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR/CNPq), Autora do livro Patentes e Conhecimentos Tradicionais, Professora do Curso de Direito das Faculdades Fesp e Estácio de Curitiba e de cursos de pós-graduação.

³⁹⁹ Bacharel em Direito pela PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR/CNPq).

também a preocupação pela proteção dos estoques de alimentos, cobiçados pelas demais tribos que ainda não utilizavam métodos de produção própria; de tal modo que se iniciou a construção de muralhas ao redor das moradias ou das cidades, e o armamento para o caso de ataques.⁴⁰⁰

Mas este foi somente o início do processo de construção do conceito de propriedade, que passou por distintas motivações, no início pautadas pela busca por alimentos, caminhando para a legitimação do poder; bem como passou por justificativas diversas, tais como o caráter divino da propriedade privada, o direito absoluto do indivíduo e a acumulação de riquezas, até atingir o caráter eminentemente econômico, culminando no que hoje se compreende como *propriedade individual*.

A propriedade individual é uma construção humana, muito recente, que vai de encontro com os conceitos originais de liberdade e coletividade originalmente vivenciados pela humanidade.

Inicialmente quando todos os homens viviam em comunidades sem a separação de bens ou objetos, a propriedade da terra e os instrumentos de convivência eram coletivos, podendo ser utilizados por todos, dentro de um critério de divisão por utilização.⁴⁰¹

Segundo Souza Filho⁴⁰², “É muito recente e localizada a prática de concentrar a produção num espaço de terra, e ainda mais recente transformar essa concentração em proveito de uma única pessoa e chamar a isso de direito de propriedade”. Para o referido autor, o direito de propriedade gera males paradoxais, eis que fundamentado numa lógica inversa, sobre o que afirma: “não é possível que a garantia de um direito individual seja o flagelo do direito dos povos”:

A terra e seus frutos passaram a ter donos, um direito excludente, acumulativo, individual. Direito tão geral e pleno que continha em si o direito de não usar, não produzir. Este direito criado pelo ser humano e considerado a essência do processo civilizatório acabou por ser, ele mesmo, fonte de muitos males, agrediu de forma profunda a natureza, modificou-a a ponto de destruição, agrediu o próprio ser humano porque lhe quebrou a fraternidade, permitindo que a fome e a necessidade alheia não lhe tocasse o coração.⁴⁰³

⁴⁰⁰ BORGES, Antonino Moura. **Curso Completo de Direito Agrário**. Doutrina, Prática, Legislação Complementar e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Edijur, 2007, p. 101.

⁴⁰¹ LIBERATO, Ana Paula Goulart. **Reforma Agrária**. Direito Humano Fundamental. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 19.

⁴⁰² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003a, p. 12-13.

⁴⁰³ Ibid., p 12.

Apesar da propriedade individual apresentar-se como empecilho à igualdade e aos direitos sociais dos povos, é ela base do sistema econômico vigente – o capitalismo. E, apesar de extremamente complicado refutar a lógica da propriedade privada, é, no entanto, de suma importância que ela seja analisada e contraditada, para, somente assim, haver maior compreensão e a possível convivência com as populações hoje denominadas como tradicionais.

Importante analisar o pensamento de John Locke, eis que o precursor do pensamento contemporâneo da propriedade. Esse autor defende a aquisição e acumulação de propriedades, como um direito natural dos homens, fundamentado no caráter de recompensa ao esforço individual, uma vez que o trabalho seria a extensão da maior e mais genuína propriedade do homem – o seu próprio corpo. Ou seja, o autor em sua obra *Dois tratados sobre o governo*, expõe que a propriedade se justificava na medida do trabalho do homem sobre a terra. A terra abandonada não era de ninguém, mas a partir do melhoramento da terra produzido mediante a intervenção humana, a pessoa responsável por essa melhoria estaria legitimada tornar-se proprietária.

Assim, Locke coloca uma limitação ao direito de apropriação, condicionando-o à possibilidade de uso, afirmando que “a ninguém é lícito ter como propriedade mais do que pode usar”. Estabelece, assim, um estreito limite à propriedade, pautado no respeito ao direito natural que todos têm de utilizarem das coisas que Deus criou na natureza. No entanto, Locke afirma que nem todo o excedente é deteriorável, de tal modo que a falta de uso não descaracteriza a propriedade, mas somente a possibilidade concreta da deterioração assim o faz.⁴⁰⁴

Com este pensamento, John Locke proporciona a base do pensamento liberal, legitimando, tanto a propriedade individual, quando o atual sistema capitalista de acumulação de riquezas.

Portanto, “a livre propriedade em dois séculos, longe de se a conquista do trabalho, foi o objeto de acumulação de riqueza e produção de miséria, as pessoas não foram integradas como cidadãos, nem a propriedade foi socialmente útil à felicidade geral”⁴⁰⁵.

Essa concepção liberal de propriedade foi se modificando ao longo do tempo, de tal modo que posteriormente se consolidou perante o direito contemporâneo a ideia de que a propriedade não é absoluta, mas limitada à função social, e por consequência, também à função ambiental, o que no Brasil é previsto constitucionalmente.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Ibid., p. 23.

⁴⁰⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (org.). **A Crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b, p. 231.

⁴⁰⁶ SILVA, Letícia Borges da. Conhecimentos Tradicionais e Biodiversidade – Um Desafio para a Política Nacional do Meio Ambiente. In: ALMEIDA, Gabriel Gino; SERAFINI, Leonardo Zagonel. (orgs.) **Direito, política e Meio Ambiente**: 25 anos da Lei Federal nº 6.938/1981. Coleção Comissões – v. 7. Comissão de Meio Ambiente. Curitiba: OAB/PR, 2006, p. 128.

É neste contexto que se firma o atual entendimento de propriedade, onde, a priori, todas as coisas passam a serem passíveis de apropriação, sejam bens materiais ou imateriais, via de regra com intuito financeiro e de acumulação de riquezas. Neste sentido:

(...) tudo passa a ser passível de apropriação: às coisas corporais aplica-se a propriedade privada, às coisas abstratas, a propriedade intelectual e o que, num primeiro momento parece não ser passível de apropriação (como o ar e a água), será de domínio público, permitindo a apropriação privada posteriormente.⁴⁰⁷

Pois bem, contextualizado o período que antecedeu e que hoje determina o direito de propriedade, passa-se a identificação de seus parâmetros no atual sistema jurídico vigente no Brasil.

José Afonso da Silva⁴⁰⁸, através de uma visão civilista, explica o direito de propriedade como “uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como *um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito*”.

Assevera, ainda, o referido autor, que o direito de propriedade de um bem só existe quando atribuído positivamente a uma pessoa, ultrapassando a concepção de direito natural, para ser entendido enquanto um “direito atual, cuja característica é a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens, fixada em lei”⁴⁰⁹.

No entanto, é importante ultrapassar o entendimento sob a ótica civilista, para abarcar as diversas faces do direito, quer seja público ou privado e compreender o real significado do termo no âmbito jurídico; tendo sempre em mente que, apesar de existir distintas normas que regulamentam os diversificados tipos de propriedade, o fundamento constitucional deve sempre ser observado.

A Constituição de 1988 aponta o direito de propriedade para além de um direito individual, haja vista que, ao garantir tal direito, o condiciona à função social (art. 5º, XXII). Com isto, José Afonso da Silva⁴¹⁰ leciona que, o direito de propriedade deveria estar previsto na constituição tão somente enquanto uma instituição da ordem econômica ou de relações econômicas, a exemplo do que ocorre na Itália e em Portugal.

De qualquer modo, apesar de a propriedade estar prevista entre os direitos

⁴⁰⁷ OST apud KRETZMANN, Carolina Giordani. **Multiculturalismo e Diversidade Cultural**: Comunidades Tradicionais e a Proteção do Patrimônio Comum da Humanidade. 2007. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, 2007.

⁴⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 271.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 272.

⁴¹⁰ Ibid., p. 270.

individuais, deixa de ser considerada unicamente um direito individual, uma vez que a função social encontra-se expressamente prevista na constituição, enquanto princípio da ordem econômica.

Dentre os tais tipos de propriedade, encontram-se: a propriedade pública, a social, a privada, a agrícola, a industrial, a rural, a urbana, a propriedade de bens de consumo, a de bens de produção, a de uso pessoal, a propriedade/capital, a propriedade autoral, de inventos e de marcas e patentes e a propriedade-bem de família, dentre outros.⁴¹¹

Assim, quando se fala em apropriação de conhecimentos tradicionais, verifica-se o confronto entre dois sistemas de poderes desiguais: o sistema capitalista e o sistema dos povos tradicionais. O direito de propriedade, derivado de um pensamento ocidentalizado, é pautado numa lógica capitalista, individualista e excludente, e que vai de encontro ao sistema de organização coletiva que é encontrado dentro das tribos indígenas brasileiras. Nestas, o conceito de riqueza baseia-se em valores abstratos, relativos à divindade e à riqueza natural contida no meio ambiente selvagem; bem como, a busca por provimentos ocorre conforme a necessidade de subsistência da comunidade.

A grande questão é como harmonizar o direito de propriedade com a proteção dos conhecimentos tradicionais.

1.2. CONHECIMENTO TRADICIONAL E MEIO AMBIENTE

Antes de apresentar o conceito de conhecimento tradicional, importante destacar que este se encontra intimamente relacionado com a cultura e com o meio ambiente, de tal modo que imprescindível uma breve explanação acerca de seus atores – os povos e/ou populações tradicionais.

Dentro do que se designa Povo brasileiro pode-se encontrar desde povos indígenas até comunidades tradicionais e é claro os habitantes das cidades ou interiores que preenchem as características apreoadas pela sociedade envolvente.

As populações tradicionais englobam tanto os povos indígenas como as comunidades tradicionais. Assim que, é comum a classificação de populações tradicionais, como gênero, do qual os povos indígenas e as comunidades tradicionais são espécies.

Essas populações se desenvolveram a partir do processo de colonização brasileira empreendida pelos portugueses no século XVI. Essa colonização inseriu entre a população rural não-indígena um modelo sociocultural de adaptação ao meio. Note-se que

⁴¹¹ Ibid., p. 274-275.

“frente a uma natureza desconhecida, os portugueses e a população brasileira formada ao longo do empreendimento colonial, abraçaram técnicas adaptativas indígenas. Deles incorporaram a base alimentar, constituída pelo plantio do milho, mandioca, abóbora, feijões, amendoim, batata-doce, cará, entre outros. Adotaram produtos de coleta, compondo sua dieta com a extração do palmito e de inúmeras frutas nativas, como o maracujá, pitanga, goiaba, bananas, caju, mamão e tantas outras. E, como complemento essencial, apoiaram-se na caça e na pesca”.⁴¹²

Essas comunidades que foram afastadas dos núcleos dinâmicos da economia nacional, em face dos seus diversos ciclos econômicos, acabaram se estabelecendo em espaços menos povoados, onde a terra e os recursos naturais ainda eram abundantes. Esse fato, fez com que as comunidades pudessem sobreviver e desenvolver um modelo sociocultural de ocupação e exploração dos recursos naturais, com muitas variantes locais determinadas pela especificidade ambiental e histórica das comunidades que nele persistem⁴¹³. E, em consequência com uma menor influencia do sistema capitalista de produção.

A investigação antropológica identificou no Brasil a existência dos seguintes grupos de comunidades tradicionais: praieiros, caboclos ribeirinhos amazônicos, extrativista babaçueiro, sertanejo ou vaqueiro, jangadeiro, caipiras ou sitiantes, pescadores artesanais, caiçaras, açorianos, ribeirinhos não amazônicos, pantaneiros, campeiros e quilombolas.

De outro lado, os povos indígenas, que também compõem o conjunto de populações tradicionais e, ao contrário do que se esperava, tem apresentado taxas de crescimento populacional nas últimas décadas. Além disso, povos considerados extintos estão reaparecendo, como os Arara do rio Ji-Paraná, em Rondônia na década de 70, ou os vários grupos indígenas do nordeste que estão sendo “redescobertos”. E outros povos, que mesmo após anos de intensa imposição de conteúdo religioso e de pressões de cunho material e ideológico, ainda apresentam especificidades históricas e socioculturais próprias como é o caso dos Guarani, que até então eram considerados “desculturados”⁴¹⁴. Outro caso de ressurgimento é o dos kinikinau, mesmo em que pese muitos os considerarem extintos, conseguiram sobreviver em pleno século XXI.⁴¹⁵

Mas não só na “redescoberta” que se pode identificar povos diferentes na

⁴¹² DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. (orgs.). **Saberes Tradicionais e Biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001, p. 29-30.

⁴¹³ Ibid., p. 31.

⁴¹⁴ DIEGUES, Antonio Carlos Sant’Ana (org.). **Povos e águas**: inventário de áreas úmidas. São Paulo: Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas de Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2002, p. 48.

⁴¹⁵ SILVA, Giovani José da; SOUZA, José Luiz de. História, etnicidade e cultura em fronteiras: os Kinikinau em Mato Grosso do Sul. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 33.

sociedade nacional e/ou sociedade envolvente. Tem-se, em muitos casos, a convivência harmônica entre diferentes culturas em uma mesma região do país e com países vizinhos, nos casos das áreas fronteiriças.

Por exemplo:

Hoje, interessa aos indígenas Macuxi e Wapichana dos dois estados-nações (Brasil e Guiana), talvez como estratégia de sobrevivência em meio à cultura não-indígena e urbana, apreender variados valores, saberes e códigos de linguagem desses países. Enfim, agregar alguns valores culturais da sociedade envolvente. Foi com esse raciocínio que se observou cuidadosamente o desenvolvimento de uma partida de futebol envolvendo meninas Wapichana na aldeia de Alto Arraia, na região de Serra da Lua, distante vinte quilômetros da fronteira com a Guiana, por ocasião das comemorações do Dia do Índio em várias aldeias.⁴¹⁶

Essa inter-relação não descaracteriza a cultura tradicional, ao contrário, promove um contato entre a cultura tradicional e a ocidental e/ou envolvente que convivem em uma mesma área geográfica. E com isso, favorece o interesse pela exploração dos conhecimentos tradicionais de todas essas comunidades.

Uma das grandes dificuldades em se reconhecer os direitos das populações tradicionais é a imensa falta de conhecimento da população em geral da diversidade sociocultural do Brasil.

Na realidade, os brasileiros não-indígenas desconhecem e ignoram a imensa sociodiversidade nativa contemporânea dos povos indígenas. Não se sabe ao certo sequer quantos povos nem quantas línguas nativas existem. O (re)conhecimento, ainda que parcial dessa diversidade, não ultrapassada os restritos círculos acadêmicos especializados.⁴¹⁷

É notória a necessidade de se reconhecer e de repensar o direito para essas populações, uma vez que

ultrapassados os momentos mais difíceis do primeiro contato, não tendo desaparecido pelos efeitos devastadores das doenças ou dos genocídios, de um modo geral, todos os grupos acabam por se restabelecer e voltam a crescer demograficamente e nunca optam em deixar de ser eles mesmos

⁴¹⁶ PEREIRA, Mariana Cunha. Futebol e diversidade cultural: etnografia de um jogo de futebol com meninas indígenas Wapichana e meninas não-indígenas na fronteira Brasil-Guiana. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008. p. 53.

⁴¹⁷ SILVA, Maria do Socorro Pimentel da. Fronteiras etnoculturais: educação bilíngüe intercultural e suas implicações. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 109.

para se tornar outro; de modo que a história confirma que os povos autóctones que não foram biologicamente varridos pelos primeiros surtos das doenças para as quais não possuíam defesas imunológicas, que não foram vítimas de massacres capazes de anulá-los enquanto grupos diferenciados, e que de alguma forma conseguiram manter-se em um pedaço de terra, por menor ou pior que seja, mas que lhes garante a vida em comunidade, continuam vivos (...), mas ainda com orgulho suficiente, auto estima suficiente para perseverar e continuar, e isto ninguém pode mudar por mais que tente e se queira.⁴¹⁸

Assim que todas as comunidades e/ou populações desenvolveram íntima relação com o meio ambiente e dessa inter-relação surge o que, hoje, denominamos de conhecimentos tradicionais.

Silva⁴¹⁹, assevera que, “os conhecimentos tradicionais representam criações coletivas, fruto do intelecto e prática de vida de uma certa comunidade”. Salienta, ademais, que o termo “tradicional” não tem o intuito de representar o velho ou ultrapassado, mas sim de significar o modo de transmissão do conhecimento, que é feito de geração para geração, e o método de utilização deste.

Para Graham Dutfield⁴²⁰, o conhecimento tradicional consiste em: recordar e transmitir oralmente as tradições; aprender observando as experiências passadas; conhecer os elementos que sustentam a vida, todas as partes do mundo natural e introduzi-los no espírito; não acreditar que a vida humana é superior à dos elementos animados e inanimados, todas as formas de vida são interdependentes; é intuitivo e baseado na qualidade; é estruturada de acordo com o contexto social, devendo analisar os termos em conformidade com as relações sociais e espirituais entre as formas de vida; e, deriva da acumulação do desenvolvimento dos conhecimentos coletivos e experiências espirituais.

Deve-se observar que a conservação de valores éticos é um aspecto que ainda subsiste nas práticas das comunidades indígenas e tradicionais de hoje.

Para os mais legalistas, é possível, ainda, se utilizar da definição legal atual, presente na Medida Provisória 2186-16, artigo 7º de conhecimento tradicional como:

Art. 7º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória (...):

II - conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, **com valor real**

⁴¹⁸ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 424.

⁴¹⁹ SILVA, Letícia Borges da. Op. cit., p. 120.

⁴²⁰ **The public and private domains**: intellectual property rights in traditional ecological knowledge. St. Peter's College & Oxford Center for the Environment Ethics and Society. Oxford University. March 1999.

ou potencial, associada ao patrimônio genético;
(...). (grifo nosso)

Ainda que a definição legal não seja suficiente para a identificação do conhecimento tradicional, tendo em vista que só garante a proteção dos conhecimentos economicamente úteis, já é um parâmetro para a atuação do Estado.

Importante ressaltar que a definição mais adequada para especificar o que significa conhecimento tradicional é aquela que abrange os meios de aquisição dos produtos, uma vez que tais sociedades não podem detalhar o método de produção já que não possuem aparelhos sofisticados como as indústrias e os laboratórios. Note, ainda, que a legislação somente garante proteção aos conhecimentos tradicionais associados à real ou potencial utilização econômica, o que insere na dinâmica dessas comunidades valores da sociedade envolvente, como a lucratividade. Dificultando a preservação e o desenvolvimento de práticas tradicionais, uma vez que somente serão valorados e protegidos pelo Estado as práticas e os conhecimentos com possibilidade de serem comercializadas no mercado nacional e mundial.

1.3. BENS NATURAIS E BENS CULTURAIS

Ultrapassadas a conceituação de propriedade e de conhecimento tradicional, passa-se ao estudo acerca dos bens culturais e sua importância para o tema tratado.

A questão ambiental é encontrada no texto constitucional de forma implícita, através de valores ambientais embutidos em dispositivos diversos, e também de forma explícita, quando a Constituição reserva um capítulo especial ao meio ambiente.

Mas, o que o referido dispositivo pretende dizer com a expressão “meio ambiente”, expressão esta norteadora dos princípios socioambientais embutidos em seu texto?

O meio ambiente abrange tanto a natureza selvagem, quanto o espaço construído pela ação do homem, podendo assim, de forma genérica, ser dividido em: Meio Ambiente Natural e Meio Ambiente Humano. O meio ambiente natural trata-se, pois, daquele que independe da ação antrópica para existir, e o Meio ambiente humano compreende o cultural, artificial e do trabalho.

No entanto, Juliana Santilli⁴²¹, através de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais e do entendimento majoritário da dou-

⁴²¹ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 70.

trina, aponta que a constituição tem uma concepção unitária do meio ambiente, a qual compreende os bens naturais e culturais.

Por óbvio, o meio ambiente cultural não subsiste sem o natural; já o meio ambiente natural, no momento em que passa a ser analisado por uma ciência humana, por si só já está sofrendo a ação antrópica, havendo pois uma intercomunicação entre ambas, o que justifica a adoção de uma concepção unitária de meio ambiente pela nossa Constituição Federal.

Assim, quando se fala em proteger os direitos de um determinado grupo, denominado socioambiental (ou seja, as populações tradicionais), pretende-se certamente proteger a cultura deste povo, que esta intimamente ligada ao meio ambiente natural; havendo pois uma inter-relação entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural.

Souza Filho, conceitua o meio ambiente trazendo esta concepção unitária:

O meio ambiente, entendido em toda sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcas ou sinais de fatos naturais ou da passagem dos seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha como a evocação que dela faça o povo. Alguns destes elementos existem independentes da ação do homem e os chamamos de meio ambiente natural; outros são fruto da sua intervenção e os chamamos de meio ambiente cultural”.⁴²²

A cultura é a identidade de uma sociedade humana, e não existe de forma desassociada do mundo natural. Da mesma forma, a humanidade, enquanto povo, sociedade, não se configura sem o meio ambiente cultural. Conforme ensinamentos de Souza Filho⁴²³: “Enquanto o patrimônio natural garante a sobrevivência física da humanidade, o patrimônio cultural é garantia da sobrevivência social dos povos”. E é da inter-relação do meio ambiente cultural e natural que se origina o conhecimento tradicional, próprio e específico de cada uma das populações tradicionais.

Por meio ambiente cultural, entende-se a forma de organização de um determinado grupo, o modo como se comunica, se expressa e se veste, bem como suas crenças, valores e saberes.

⁴²² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 15.

⁴²³ Ibid., p. 16.

O meio ambiente cultural é constituído do patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico e cultural, que englobam os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215 da CF)”.⁴²⁴

O meio ambiente é, pois, essencial para a vida humana, impondo-se a sua preservação. Mas a preservação muitas vezes vai de encontro ao desenvolvimento, o que poderia provocar uma estagnação da evolução da humanidade.

Souza Filho⁴²⁵ resolve esta questão demonstrando que a preservação do meio ambiente, natural e cultural, não pode ser global, e deve ser feita pela individuação de bens que sejam representativos, evocativos ou identificadores da história da sociedade humana e da cultura de um modo geral.

Quando se fala em *preservação pela individuação de bens*, surge uma nova questão: um bem imaterial, que represente uma manifestação cultural, pode ser considerado um bem jurídico?

Uma vez que se impõe constitucionalmente a preservação do meio ambiente, passa-se a proteger os bens ambientais, e estes se tornam bens jurídicos, independente de sua materialidade.

Nesta perspectiva, poder-se-ia prematuramente concluir que, toda manifestação cultural, todo conjunto de hábitos, configura um patrimônio cultural e, portanto, trata-se de um bem jurídico. De fato, quando há o reconhecimento pela coletividade da necessidade de proteção de sua cultura, seus hábitos são elevados à condição de bem jurídico. No entanto, nem sempre que um bem cultural é reconhecido perante o direito passa a ser por ele tutelado, conforme leciona Souza Filho⁴²⁶:

com ou sem técnica jurídica, com ou sem reconhecimento jurídico, o conjunto de bens materiais e imateriais que garantem e revelam uma cultura são patrimônio cultural daquela cultura. Se o direito é capaz de criar normas protetoras, impondo ao estado sua proteção, é outra coisa.

A cultura de um povo é permeada por bens exclusivamente imateriais ou intangíveis, sendo extremamente complicado o sistema de proteção destes bens, por mais que seja reconhecida a necessidade de sua proteção.

⁴²⁴ SÉGUIN, Elida. **Direito ambiental**: Nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

⁴²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2005, op. cit., p. 21.

⁴²⁶ Ibid., p. 45.

A caracterização de bens imateriais é difícil, e ainda mais complexa, sua ambientação jurídica, exatamente porque o sistema foi elaborado sobre os bens materiais. (...) Dito de outra forma, é muito difícil definir o limite em que uma manifestação passa a ser *bem jurídico*.⁴²⁷

Souza Filho, com base na Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, conceitua este como sendo, “as tradições orais, inclusive o idioma, as artes, o espetáculo, os usos sociais, rituais e festivos, conhecimento e usos relacionados com a natureza e as técnicas artesanais tradicionais”⁴²⁸. Afirmo o referido autor que, o conceito apresentado nesta convenção é o mesmo estabelecido pela Constituição de 88, ou seja, são aqueles elementos que identificam, representam e referenciam uma determinada cultura.

Visto que os bens culturais podem ser materiais ou imateriais, inclusive ambos ao mesmo tempo, resta analisar o caráter original do bem cultural: se público ou privado.

Dado o interesse coletivo que permeia os bens ambientais, é mantido o caráter original do bem - que pode ser público ou privado -, surgindo, no entanto, uma nova perspectiva de direito que sobrepõe-se e coexiste com o caráter original do bem.

Souza Filho⁴²⁹ ensina que, quando uma coisa, um bem, entra no mundo jurídico, passa a ter relevância jurídica, proteção, relação de direito, e, independente de ser ambiental ou não, adquire a natureza de público ou privado. Se ambiental, independente de ser público ou privado, reveste-se de um interesse coletivo, que lhe acarreta um caráter público diferente, que da margem a uma nova categoria de bens, chamada por alguns doutrinadores de *bens de interesse coletivo*.

Um determinado bem material pode ter um interesse cultural ou ambiental, sendo ao mesmo tempo um bem imaterial e intangível. No que pertine à sua estrutura de bem cultural, tem como titular uma coletividade, ao passo que, no que pertine à sua estrutura de bem material, continua sendo ou público ou privado, conforme sua concepção original. Assim, visto que o direito ao meio ambiente trata-se de um direito coletivo, e os direitos coletivos transcendem aos direitos individuais, supera-se a dicotomia entre o público e o privado.

Por fim, salienta-se que, tão essencial quanto a proteção aos bens culturais, é a garantia do espaço para a manifestação cultural. Neste sentido, Souza Filho⁴³⁰, assevera que a abertura e manutenção de espaços para se manifestar a cultura torna-se cada vez mais imperioso, ao passo que, a criação de espaços culturais “não garante exatamente a manutenção da manifestação, mas apenas incentiva a sua continuidade”.

⁴²⁷ Ibid., p. 50.

⁴²⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003a, op. cit., p. 53.

⁴²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico. 2005, op. cit., p. 22.

⁴³⁰ Ibid., p. 51.

Assim que é necessária a garantia do espaço para a criação, reprodução e desenvolvimento dos conhecimentos tradicionais, isso significa que será necessário um espaço físico, ou seja, uma propriedade. Ainda, é necessária a proteção dos direitos intangíveis ou imateriais, por constituírem os conhecimentos tradicionais, principalmente na sua forma de transmissão coletiva, em regra, oral.

2. CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTO TRADICIONAL

2.1. CONHECIMENTO TRADICIONAL E SUA APROPRIAÇÃO LEGAL: CONFLITOS

Inicia-se este capítulo comentando alguns conflitos evidentes entre a legislação de proteção à propriedade de um lado e ao conhecimento tradicional de outro. E, na sequência, tratar-se-á das convergências na regulamentação desses temas, em outras palavras, como a proteção da propriedade poderá, também, ser utilizada para a proteção dos conhecimentos tradicionais.

No capítulo anterior observou-se que o conhecimento tradicional está intimamente relacionado com a cultura de determinado povo e/ou comunidade, isso significa que esse conhecimento faz parte de determinada comunidade e é por esta utilizado e atualizado. No entanto, esses conhecimentos, por força de lei (Medida Provisória 2.186) transformou-se em um bem/conhecimento apropriável.

Esse posicionamento está presente, também, na discussão do Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (GRTKF⁴³¹) da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), que em documento apresentado pelas delegações do Canadá, Japão, Noruega, República da Coreia e pelos Estados Unidos apresentam a seguinte definição para conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos: “Traditional knowledge associated with genetic resources means substantive knowledge of the properties and uses of genetic resources held by indigenous peoples or local communities and which directly leads to a claimed invention⁴³²”. Essa sugestão foi incluída no documento que foi discutido na 24^a

⁴³¹ Comitê Intergovernamental de propriedade intelectual e recursos genéticos, conhecimento tradicional e folclore da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO).

⁴³² Tradução livre: “O conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos significa conhecimento substantivo de propriedades e usos dos recursos genéticos realizada pelos povos indígenas ou comunidades locais e que conduz diretamente para a invenção reivindicada”. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO): Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources,

Reunião do Comitê, de 22-26 de abril de 2013 e consta no documento que será enviado para a Assembleia Geral da OMPI/WIPO em setembro. Nessa proposta o conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos que deve ser protegido é aquele comercialmente importante. Essa tendência também aparece no item 1.4 do artigo 1º, do material enviado aos países para a discussão, que estabelece exceções para a proteção do conhecimento tradicional:

Protection does not extend to traditional knowledge that is widely known or used outside the community of the beneficiaries as defined in Article 2, (for a reasonable period of time), in the public domain, protected by an intellectual property right or the application of principles, rules, skills, know-how, practices, and learning normally and generally well-known⁴³³.

Destaque-se que o conceito e a exceção ainda não foram aprovados pelo referido Comitê, ao contrário, constitui fonte de polêmica entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento.

De outro lado no Brasil, é importante identificar quando o conhecimento tradicional deixa de fazer parte de elementos culturais da comunidade/povo e passa a integrar o rol dos bens apropriáveis. A legislação nacional não deixa dúvidas de que essa passagem ocorre com a descoberta de uma utilidade para a sociedade envolvente de determinado conhecimento tradicional. Ou seja, quando esse conhecimento pode ser produzido em grande escala para atender aos interesses da sociedade envolvente, ou seja, a capitalista.

Isso demonstra que para o conhecimento tradicional ser “protegido” pela legislação ele precisa ser incorporado ao mecanismo de mercado, ou seja, precisa ser vendável. E essa venda se inicia com a autorização para produção em larga escala e, posteriormente, inserção nos mercados nacionais e internacionais. Vários exemplos podem ser enumerados a partir de produtos cosméticos e farmacológicos disponíveis no mercado⁴³⁴. Isso significa que

Traditional Knowledge and Folklore. **Joint recommendation on genetic resources and associated traditional knowledge** (Document submitted by the Delegations of Canada, Japan, Norway, the Republic of Korea and the United States of America). Geneva 22-26 april 2013. Annex p.01.

⁴³³ Tradução livre: “A proteção não se estende ao conhecimento tradicional que é amplamente conhecido ou usado fora da comunidade dos beneficiários conforme definido no artigo 2, (por um período de tempo razoável), em domínio público, protegido por direitos de propriedade intelectual ou pela aplicação de princípios, regras, habilidades, *know-how*, métodos comuns de aprendizagem e bem conhecidos.” INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE (IGC). **The protection of traditional knowledge**: draft articles. Rev. 2 Geneva 25 april 2013. p.10.

⁴³⁴ Para maiores informações consultar WANDSCHEER, C. B. Biodiversidade e Conhecimento Tradicional. In: CARVALHO, Patrícia Luciene de (Coord.). **Propriedade Intelectual**: Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2008, v.2. p. 357-375; e WANDSCHEER, C. B. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). **Socioambientalismo**: uma realidade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63-78.

O que se estabelece, então, é a relação entre uma sociedade que busca a hegemonia e a apropriação do saber, de um lado, e a proteção aos saberes locais e tradicionais, de outro. A sociedade que busca hegemonia pretende impor suas próprias leis sobre propriedade intelectual, por meio de acordos bilaterais e multilaterais, rumo à apropriação e mercantilização dos conhecimentos tradicionais, do patrimônio genético e da biodiversidade.⁴³⁵

Importa, ainda, destacar que essa classificação de qual conhecimento tradicional será protegido pela lei, ou seja, que será reconhecido como tal, não foi feito pelos detentores desses conhecimentos, mas sim por aqueles que pretendem a utilização e a incorporação desse conhecimentos ao sistema capitalista de produção.

A atribuição de valores a tais conhecimentos e a sua apropriação por indivíduos, em geral, não pertencentes à comunidade, demonstra uma forma de apropriação originária de bens ou de capitais. Isso está claro, tendo em vista a economia de tempo e de recursos em pesquisas que são desenvolvidas rapidamente a partir das informações obtidas das populações tradicionais. Alguns pesquisadores já estimaram que a economia de recursos das empresas que utilizam conhecimento tradicional pode chegar a milhões de dólares⁴³⁶.

Assim, o conhecimento tradicional passível de utilização comercial passa a ser protegido pela legislação nacional de propriedade intelectual, enquanto que os demais seguem sob a proteção cultural, ou seja, são considerados elementos de relevância histórica, artística e cultural. Desse modo, uma parte dos conhecimentos dos povos é atingida por uma legislação que atende aos interesses capitalista de produção enquanto a outra parte fica sob a proteção das leis culturais, influenciada, principalmente, pela Constituição Brasileira.

Esse posicionamento legal brasileiro pode ser visto com ressalvas, tendo em vista que o grau de importância do conhecimento tradicional é feito pela sociedade envolvente, capitalista, e não pelas próprias comunidades/povos, ou melhor, não lhes é reconhecido o direito de estabelecer quais conhecimentos são mais importantes, ou ainda, se preferem a proteção a partir das leis de propriedade intelectual ou das leis culturais. É uma escolha feita pelo Estado, ou por seus representantes legais.

O impacto da legislação nacional sobre os conhecimentos tradicionais é gigantesco, tendo em vista que a lei permite a apropriação individual, já que a própria Medida Provisória dispõe que:

Art. 8º Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao

⁴³⁵ KRETZMANN, Carolina Giordani. Op. cit.

⁴³⁶ Para maiores informações consultar SHIVA, V. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira; prefácio de Hugh Lacey e Marcos Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001. 152 p. e SANTILLI, J. Op. cit., p.183-243.

patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada. (...). § 4º - A proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual. Da Medida Provisória 2.186-16/2001.

Ainda cumpre destacar a diferenciação de bens públicos e bens privados. Os primeiros são bens da sociedade nacional, que podem ser de uso direto do público, como parques, e outros de uso de funções e/ou atividades públicas, como Prefeituras, Hospitais, etc. Enquanto que os bens privados são individualizados e de utilização exclusiva do proprietário. Esses são os titulares da propriedade em seus sentidos tradicional, conforme especificado em item anterior.

De outro lado, tem-se os bens ou interesses individuais e coletivos. Os primeiros são os legítimos exemplos do direito de propriedade tradicional, o dono de uma casa ou um de carro. Enquanto que os bens coletivos fazem parte de uma evolução jurídica. Note-se que esses bens podem ser públicos, como os parques, já que são de usufruto da coletividade e administrados pelos Poder Público para o bem da sociedade. No entanto, esses bens podem ser de coletividades menores, ou seja, grupos de pessoas que não compreendem todo o conjunto da sociedade nacional. Podem ser de qualquer dos grupos, antes mencionado, indicados como populações tradicionais e também de associações ou de grupos de consumidores. A legislação consumerista inclui a classificação de direitos coletivos e difusos no ordenamento jurídico brasileiro, o que indiretamente beneficiou as populações tradicionais brasileiras, tendo em vista que agora podem se utilizar da titularidade coletiva para a defesa de seus direitos/interesses ou bens.

Portanto, observa-se que a relação de propriedade e conhecimento tradicional não é pacífica. Por isso, segue-se comentário sobre um tema pontual desse conflito.

2.2. PROPRIEDADE E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: TITULARIDADE

É complexa a identificação do proprietário dos conhecimentos tradicionais, uma vez que se tratam de bens intangíveis, oriundos de povos tradicionais, e que, portanto, ultrapassam a percepção ocidental de propriedade.

No entanto, a possibilidade de identificar e utilizar os conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade, implica na necessidade de se identificar a sua propriedade. Ou seja, a quem pertencem.

A detenção do conhecimento não é exclusiva de um único sujeito como difundido no mundo ocidental e impulsionado pela globalização. No caso das populações tradicionais o conhecimento pertence a uma coletividade. Decorre disso a dificuldade de se enquadrar na lei de propriedade industrial, primeiro lugar por seu sujeito/proprietário e segundo lugar pelo seu produto/conhecimento.

A dificuldade em identificar o verdadeiro proprietário já foi sentida, uma vez que a sociedade ocidental não admite que o criador não possa ser necessariamente o proprietário intelectual, ou seja, o modelo ocidental exige a identificação e personificação do direito de propriedade para que possa ser transferido. No entanto, pode-se observar que ocorre o contrário nas populações tradicionais, tendo em vista que o conhecimento é do grupo, ainda que somente um deles possa reproduzir o conhecimento para esse mesmo grupo, isso não o legitima a autorizar e/ou permitir que outros, fora do grupo, reproduzam o seu conhecimento, tendo em vista que o conhecimento é do grupo. Observe-se o que como define o *Australian Aborigines Golan states*:

Under Aboriginal law, the rights in artistic works are owned collectively. Only certain artists are permitted within a tribe to depict certain designs, with such rights being based on status within a tribe. The right to depict a design does not mean that the artist may permit the reproduction of design. This right to reproduce or re-depict would depend on permission being granted by the tribal owners of the rights in the design.⁴³⁷

Conclui-se que o conhecimento tradicional não pertence como pode parecer a um único integrante da coletividade indígena, geralmente o curandeiro, mas que para a divulgação ou reprodução do conhecimento para além dos membros da tribo, é necessário a autorização da sociedade que detém o conhecimento. Portanto, deve refletir para todos os benefícios que por ventura vierem a ser alcançados. E já há manifestação legal nesse sentido, pois a Medida Provisória 2.186-16/2001 estabelece que:

Art. 9º À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de: (...). Parágrafo único. Para efeito desta Medida Provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de **titularidade da comunidade**, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento.(grifado)

⁴³⁷ Tradução livre: “Sob a lei aborígine, os direitos sob os trabalhos artísticos são de propriedade coletiva. Somente a certas pessoas é permitida perante a tribo a reprodução de alguns desenhos, essa autorização é reconhecida em face de seu status social dentro da tribo. O direito de reproduzir um desenho não significa que o artista possa permitir a sua reprodução. O direito de reproduzir ou re-desenhar está condicionado a permissão obtida perante a tribo que detém do direito sobre esse desenho.”

O que, em outras palavras, acaba reconhecendo a titularidade da comunidade e, em consequência, o direito desses grupos, ou seja, do direito de titularidade coletiva das populações tradicionais (comunidade indígena e comunidade local), nesse caso, no que se refere aos seus próprios conhecimentos.

É interessante comentar que o conhecimento das populações indígenas ou tradicionais não pertence ao domínio público, mesmo que possa ser encontrado posicionamento nesse sentido, principalmente em consonância com os interesses de laboratórios farmacêuticos e companhias de sementes. Uma vez que foi reconhecido pela Convenção Sobre a Diversidade Ecológica (CDB), que a propriedade dos conhecimentos pertencem às populações indígenas, sem esquecer que por séculos essas comunidades forma marginalizadas tanto política, como econômica, e socialmente. Nada mais justo que agora possam consentir com o a utilização de seus conhecimentos e usufruírem os benefícios. Além de ser uma maneira de incentivar as comunidades a preservar e desenvolver os seus conhecimentos.

Nesse sentido é o posicionamento de Yonah Seneti:

O domínio público tem sido uma questão muito debatida no Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (IGC), que se reuniu 22-26 de abril. Sobre esta questão, Seneti disse que o conhecimento tradicional que está nas NRS está disponível ao público, mas não é do domínio público, uma vez que pertence às comunidades (IPW, a OMPI, 28 de abril de 2013). No sistema, toda a informação contextual sobre o conhecimento tradicional é traduzido para o Inglês, ele disse, mas a substância é deixada na língua original e só seria fornecido mediante pedidos fundamentados.⁴³⁸

Seneti coordena a implementação do Sistema Nacional de Registros de Conhecimento Tradicional na África do Sul, que tem como objetivo final criar oportunidades para que os benefícios do acesso ao conhecimento tradicional retornem às respectivas comunidades.

⁴³⁸ Texto original: The public domain has been a much-debated issue at the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), which met from 22-26 April. On this issue, Seneti said the traditional knowledge that is in the NRS is publicly available but it is not in the public domain, as it belongs to the communities (IPW, WIPO, 28 April 2013). In the system, all contextual information about traditional knowledge is translated into English, he said, but the substance is left in original language and would only be provided upon substantiated requests. SAEZ, Catherine. **South Africa To Launch National Traditional Knowledge Recording System**. Published on 10 May 2013 @ 7:11 am. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2013/05/10/south-africa-to-launch-national-traditional-knowledge-recording-system/>> Acesso em: 29 jul. 2013.

2.3. CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTO TRADICIONAL

Ao contrário do que se poderia imaginar a legislação nacional, também, permite a proteção do conhecimento tradicional. Um primeiro aspecto a ser destacado é a questão da propriedade material e imaterial. A primeira não deixa dúvidas, pois esta é uma expressão concreta ou física, diferentemente dos bens imateriais que são representados fisicamente, mas que em si mesmos possuem outra substância. Por exemplo uma dança ou uma música, pode ter sua expressão física em uma gravação, e é essa gravação que constitui o patrimônio material, enquanto que a música e a dança propriamente ditas constituem o patrimônio imaterial. O que já foi destacado no capítulo 1 desse trabalho.

A Constituição Brasileira reconhece e protege o patrimônio cultural brasileiro e suas formas de expressão, isso inclui os bens materiais e imateriais e, em consequência, impacta nos direitos de propriedade individuais e coletivos. Isso ocorre porque o Estado pode impor restrições ao uso da propriedade quando esta se referir à bens de interesse coletivo. O que implica em um dever de cuidado, já que o bem é de interesse de toda a coletividade ou parte dela.

Desse modo, se observa que parte dos conhecimentos tradicionais podem ser atendidos por essa legislação de proteção dos bens de interesse coletivo. Note-se, no entanto, que esse interesse coletivo não deve ser pautado pelos interesses da sociedade envolvente, mas sim pelos interesses das próprias populações tradicionais, uma vez que são os legítimos titulares dos seus bens materiais e imateriais conforme a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), já ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 143, em vigor desde 2003. Em outras palavras, o Estado brasileiro reconhece o direito à autodeterminação dos povos e essa autodeterminação inclui a autorização ou não de acesso ou utilização de conhecimento tradicional.

Isso significa que o Estado pode impor limitações ao direito de propriedade no sentido de garantir à propriedade coletiva dos conhecimentos tradicionais, além de impedir que terceiros não pertencentes ao grupo possam se apropriar desses conhecimentos, beneficiados pela tecnologia. Algo já se avançou em termos de proteção, tendo em vista que se exige o consentimento prévio informado das populações tradicionais quando da utilização de seus conhecimentos para desenvolvimento de produtos ou processos industriais. Conforme resolução nº 34 de 12 de fevereiro de 2009, do Ministério do Meio Ambiente, Medida Provisória 2.186-16/2001 e Convenção 169 da OIT.

Mesmo assim, é possível encontrar ações judiciais questionando a violação dos direitos das populações tradicionais, principalmente no que se refere aos seus

conhecimentos, como é caso da Ação Civil Pública nº 2007.30.00.002117-3, proposta pelo Ministério Público Federal, que se processa na 3ª Vara Federal do Acre, que foi renumerada para 2078-76.2007.4.01.3000, na qual se questiona a utilização de conhecimento tradicional Ashaninka sobre a utilização do murmuru, na confecção de sabonetes sem o devido consentimento prévio informado do povo indígena detentor desse conhecimento. Referida ação já foi julgada em primeira instância com sentença de 22 de maio de 2013, na qual o eminente Juiz Federal Jair Araújo Facundes reconheceu o direito dos Ashaninka sobre seu conhecimento tradicional apropriado individualmente por particular. Na referida sentença houve a condenação solidária de Fábio Fernandes Dias e sua empresa Tawaya (Fábio F. Dias ME), ao pagamento de indenização aos Ashaninka correspondente a 15% do lucro obtido pela referida empresa. Esse percentual deve incidir pelo prazo de 15 (quinze) anos a contar do início das atividades da empresa, garantida indenização mínima no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em qualquer hipótese e; a determinação de que INPI retifique o pedido de patente sob n. PI0301420-7, em nome de Fábio Fernandes Dias, para que conste a Associação Ashaninka do Rio Amónia (APIWTXA) como requerente.

Assim, para que a legislação possa atender aos interesses e demandas das populações tradicionais o Estado precisa ouvi-las. Isso significa que o Estado tem o dever de consultá-las em todas as matérias que lhes afetem. Como a proteção do conhecimento é uma questão que atinge diretamente às populações tradicionais, seja pela possibilidade de firmarem contratos de utilização ou, ainda, pelo direito de negar o acesso ao seu conhecimento, é preciso, com urgência, implementar os mecanismos e/ou procedimentos de consulta.

Nesse aspecto, ainda, se discute no Congresso Nacional qual seria a melhor forma de implementar os processos de consulta, sendo que a consulta, também, está prevista na Constituição Brasileira para algumas situações especiais⁴³⁹.

Além desse aspecto, é importante ressaltar a função social da propriedade [já tratada em tópico anterior], uma vez que a propriedade, seja material ou imaterial, tem que cumprir uma função para a sociedade para que seja legítima perante o ordenamento jurídico. Desse modo, é dever do Estado garantir a proteção dos conhecimentos tradicionais, na forma de propriedade imaterial com titularidade difusa e/ou coletiva, tendo em vista que é por meio desse conhecimento que o grupo se reconhece como tal, ou seja, as populações tradi-

⁴³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. 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. (...) §3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de 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. (grifado).

cionais, indígenas ou não, se reconhecem pelo que representam, pelos seus usos, costumes e tradições, e seus conhecimentos são somente uma pequena fração de tudo que as compõem.

Como a Constituição Brasileira protege os conhecimentos, inovações e práticas dos povos formadores da sociedade brasileira, nada mais justo essa proteção às populações tradicionais. A propriedade já não se justifica pelo seu caráter individualista e passa a ter uma destinação e/ou função coletiva. Note-se que esse coletivo pode representar um grupo ou toda a sociedade brasileira, tendo em vista que cada população tradicional representa uma fração da sociedade nacional. Mas nem por isso a proteção aos conhecimentos tradicionais, na forma de propriedade imaterial, fere os direitos da sociedade nacional e/ou envolvente, isso porque essa fração é parte integrante da sociedade brasileira, e cumpre ao Estado a proteção de todos os seus membros, inclusive se esses fazem parte de grupos étnicos ou minoritários dentro do Estado-nacional.

No entanto, para evitar que somente os conhecimentos tradicionais que apresentam interesse para o mercado venham a ser protegidos pela lei, por meio da lei de patentes, é preciso que o Estado reconheça o direito das populações tradicionais aos seus conhecimentos, não somente quando estes estiverem relacionados com a cultura, propriamente dita. Tendo em vista que sob este aspecto, o cultural, já há o Decreto nº 3.551/2000, que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial e dá outras providências, composto por quatro livros: 1) de registro de saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; 2) de registros das celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; 3) de registro de formas de expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; 4) de registro dos lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Esses livros de registros deveriam ser reconhecidos como elemento de prova para impedir o patenteamento dos conhecimentos tradicionais, tendo em vista que o registro torna público o conhecimento e, portanto, inviabilizando o critério da novidade apregoado pela lei de propriedade industrial com requisito para o patenteamento. De modo, a dar prioridade aos conhecimentos tradicionais ao invés do conhecimento técnico-científico, protegido pelas patentes. A questão ainda é polêmica mas precisa ser discutida.

CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que, o conceito ou os parâmetros para o que se entende por propriedade sofreu alterações de acordo com o passar do tempo, ou seja, do uso coletivo para o uso individual e, recentemente, com limitações como a função social da propriedade.

Mais importante, é lembrar que a propriedade individual é uma construção humana, muito recente, que vai de encontro com os conceitos originais de liberdade e coletividade originalmente vivenciados pela humanidade. E por isso pode sofrer uma reconstrução, ou seja, adaptar os parâmetros da propriedade para as necessidades atuais, isso inclui os direitos e/ou bens das populações tradicionais.

Além disso, é importante harmonizar a relação entre propriedade e populações tradicionais, tendo em vista, que essas comunidades só podem se desenvolver e garantir seus conhecimentos a partir da inter-relação com o meio ambiente. E esse meio é materializado em um espaço/propriedade é indispensável para a sua existência, que pode ser de titularidade individual ou coletiva.

É urgente que o Estado implemente as garantias previstas na Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT, como forma de proteção das populações tradicionais e seus conhecimentos, assim como a garantia de espaços para a sua reprodução. Já não é mais possível a defesa incondicional da propriedade privada, a serviço unicamente de interesse individuais e econômicos. É preciso uma mudança de atitude do Estado e dos interpretes da lei, a ponto de garantir o cumprimento da função social da propriedade e, a defesa da diversidade social e biológica do país.

Constitui ponto essencial a diversidade social, ou a sociodiversidade, para a manutenção da diversidade biológica, dado a íntima relação das populações tradicionais com seu meio ambiente, explicitado, na maioria das vezes, por meio de seu conhecimento tradicional. E, por fim, a sociedade brasileira tal qual a conhecimentos somente se justifica na sua diversidade, isso significa diversidade social e biológica, portanto, cabe ao Estado a sua defesa e proteção.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BORGES, Antonino Moura. **Curso Completo de Direito Agrário**. Doutrina, Prática, Legislação Complementar e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Edijur, 2007.

DIEGUES, Antonio Carlos Sant'Ana (org.). **Povos e águas**: inventário de áreas úmidas. São Paulo: Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas de Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2002.

DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. (org.). **Saberes Tradicionais e Biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

DUTFIELD, Granham. Repartindo Benefícios da Biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes? In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (org.). **Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey: Escola Superior do Ministério Público da União, 2004. p. 57-107.

_____. **The public and private domains**: intellectual property rights in traditional ecological knowledge. St. Peter's College & Oxford Center for the Environment Ethics and Society. Oxford University. March 1999.

FOUR DIRECTIONS COUNCIL FORESTS, INDIGENOUS PEOPLES AND BIODIVERSITY: **Contribution of the Four Directions Council**. Submission to the Secretariat for the Convention on Biological Diversity, 1996.

INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE (IGC). **The protection of traditional knowledge**: draft articles. Rev.2 Geneva 25 april 2013.

KRETZMANN, Carolina Giordani. **Muliculturalismo e Diversidade Cultural**: Comunidades Tradicionais e a Proteção do Patrimônio Comum da Humanidade. 2007. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, 2007.

LIBERATO, Ana Paula Goulart. **Reforma Agrária**. Direito Humano Fundamental. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREIRA, Mariana Cunha. Futebol e diversidade cultural: etnografia de um jogo de futebol com meninas indígenas Wapichana e meninas não-indígenas na fronteira Brasil-Guiana. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008. p. 49-58.

SAEZ, Catherine. **South Africa To Launch National Traditional Knowledge**

Recording System. Published on 10 May 2013. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2013/05/10/south-africa-to-launch-national-traditional-knowledge-recording-system/>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos:** proteção jurídica à diversidade biológica e cultural São Paulo: Peirópolis, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Direito ambiental:** Nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria:** a pilhagem da natureza e do conhecimento. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira; prefácio de Hugh Lacey e Marcos Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, Maria do Socorro Pimentel da. Fronteiras etnoculturais: educação bilíngüe intercultural e suas implicações. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais:** transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 107-117.

SILVA, Giovani José da; SOUZA, José Luiz de. História, etnicidade e cultura em fronteiras: os Kinikinau em Mato Grosso do Sul. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais:** transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 20-36.

SILVA, Letícia Borges da. Conhecimentos Tradicionais e Biodiversidade – Um Desafio para a Política Nacional do Meio Ambiente. In: ALMEIDA, Gabriel Gino; SERAFINI, Leonardo Zagonel. (orgs.) **Direito, política e Meio Ambiente:** 25 anos da Lei Federal nº 6.938/1981. Coleção Comissões – v. 7. Comissão de Meio Ambiente. Curitiba: OAB/PR, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **A função social da terra.** Porto Alegre: Fabris, 2003a.

_____. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (org.). **A Crise do Estado-nação.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b, p. 229-256.

WANDSCHEER, C. B. Biodiversidade e Conhecimento Tradicional. In: CARVALHO, Patrícia Luciene de (Coord.). **Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá, 2008, v.2. p. 357-375.

_____. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63-78.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION(WIPO): Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. **Joint recommendation on genetic resources and associated traditional knowledge** (Document submitted by the Delegations of Canada, Japan, Norway, the Republic of Korea and the United States of America). Geneva 22-26 april 2013.

TERRAS INDÍGENAS, UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Adriele Fernanda Andrade Précoma⁴⁴⁰

Gabriel Gino Almeida⁴⁴¹

Raul Cezar Bergold⁴⁴²

1. O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E OS ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, a primeira a tratar de forma ampla o meio ambiente quando dedica um capítulo ao tema e também outros dispositivos⁴⁴³, concebe o meio ambiente para além dos seus

⁴⁴⁰ Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2012); Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010) e em Comunicação Empresarial e Institucional na Universidade Tecnológica Federal do Paraná (2007). Assessora de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

⁴⁴¹ Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011 - bolsista CAPES); Especialista em Direito Socioambiental (PUCPR - 2004); Graduado em Direito (PUCPR - 2003) e em Turismo (Universidade Federal do Paraná - 2002). É Advogado, Professor do Módulo de Recursos Hídricos dos Cursos de Especialização em Direito Socioambiental da PUCPR e da Universidade Católica de Santa Catarina (em Joinville) e membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR.

⁴⁴² Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR; Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Positivo (2007). Ouvidor Agrário Regional do Incra no Paraná.

⁴⁴³ “A proteção constitucional, no entanto, é mais extensa, abrangendo uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, se relacionam a valores ambientais de forma holística e sistêmica”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: os Novos Desafios à Proteção da Natureza em um Direito Ambiental de Segunda Geração. In: WOLKMER, Antônio Carlos;

elementos constitutivos. Por que não expressou uma definição de meio ambiente, a CRFB/1988 indica a recepção do conceito previamente definido pelo art. 3º, I, da Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), pelo qual o meio ambiente é compreendido como um conjunto de condições e de fatores essenciais ao desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas⁴⁴⁴.

Logo, para que a vida se desenvolva dessa forma equilibrada, é necessário estar em equilíbrio todo o conjunto que compõe o meio ambiente assim concebido. Esse equilíbrio, no entanto, diante da crise ambiental, está cada vez mais em risco. Para a finalidade de protegê-lo vale o instrumento da delimitação de espaços territoriais especialmente protegidos, e, principalmente, a definição do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

1.1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é previsto no *caput* do artigo 225 da Constituição da República – mas nele não se exaure –, tratando-se esse de uma síntese dos demais dispositivos ambientais que permeiam a Carta Magna, conforme ensinam de Benjamin⁴⁴⁵. Rege o texto constitucional: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”⁴⁴⁶.

A fundamentalidade do direito em estudo pauta-se na noção, instruída por Benjamin⁴⁴⁷, de que a própria estrutura normativa do artigo constitucional em que está inserido, enunciado por “todos têm direito”, denota tratar-se de direito fundamental. A isso, soma-se o fato de que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição indica que o rol dos direitos e garantias expressos nesse artigo não é exaustivo, o que explica a possibilidade de se considerar como fundamentais outros direitos, inclusive o direito ao meio ambiente equilibrado do artigo 225 da Carta Magna. Além disso, o autor eleva o direito ao meio ambiente ecologica-

LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

⁴⁴⁴ FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos Objetivos do Estado e Direito Ambiental na Constituição de 1988. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S.; CAETANO, M. A. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. 1.ed. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2012. v. 3, p. 32-33.

⁴⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104.

⁴⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

⁴⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit., p. 101-102.

mente equilibrado como uma extensão do direito à vida, ressaltando o seu caráter de direito fundamental⁴⁴⁸.

Definido, logo, como fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado classifica-se como de 3ª geração, também chamado de direito de fraternidade ou de solidariedade, pelo fato de não ter titularidade vinculada ao “homem-indivíduo”, mas se destinando à proteção de grupos humanos, com titularidade difusa ou coletiva. Nesse sentido, explica Sarlet que “a nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida”^{449, 450}.

A “sadia qualidade de vida só pode ser conseguida e mantida se o meio ambiente estiver ecologicamente equilibrado”⁴⁵¹, como expressamente reconhece o texto constitucional. Essa noção é analisada, por diversos estudiosos dentre os quais Benjamin⁴⁵², sob uma ótica que transcende a originária visão antropocêntrica dos direitos fundamentais, com a admissão de alteração paradigmática pela qual se supera a ideia do homem como único destinatário da proteção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aderindo a uma compreensão biocêntrica, para a qual todas as formas de vida seriam titulares desse direito.

Na visão de Leite, a nossa Constituição prima pela dimensão objetivo-subjetiva do meio ambiente equilibrado, para ele a mais avançada, a partir da qual se afasta a proteção ambiental como sendo apenas em função dos interesses humanos, dando lugar à proteção pela ética “antropocêntrica alargada”, em que se reconhece um direito subjetivo concomitante com uma proteção autônoma do ambiente, independentemente do interesse humano⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Id.

⁴⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53.

⁴⁵⁰ A origem dos direitos fundamentais é elucidada por Sarlet, quando explica que a concepção dos direitos fundamentais remonta fase pré-estatal, pelas teorias filosófico-religiosas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, nas quais eram admitidos direitos naturais do homem (visão antropocêntrica originária, mas que hoje adquire uma concepção alargada), dentro de uma universalidade abstrata. Numa segunda fase histórica, esses direitos passam a ser positivados nas constituições dos Estados, desvinculando-se de sua dimensão abstratamente universal. Admite-se, ainda, nova fase evolutiva dos direitos fundamentais, em que se consagra a interdependência dos Estados e, por conseguinte, inevitável tendência de universalização dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 58-60. No contexto do Direito Ambiental, não se afasta a noção de universalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois é requisito à dignidade da pessoa humana – como se verá mais adiante neste artigo –; dignidade, esta, que somente se pode conceber em escala de humanidade, conforme exposto por Ayala. Não se pode esquecer, ainda, que as ameaças ambientais podem comprometer a existência da humanidade, do que parte a concepção de ser premente o envolvimento de todos em tarefas de escala global para conter tais ameaças, mas sem afastar a responsabilidade dos Estados no plano nacional. AYALA, Patrick de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico, e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: BENJAMIN, Antônio Herman; CAPPELLI, Sílvia; IRIGARAY, Carlos Teodoro; LECEY, Eladio (orgs.). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 271.

⁴⁵¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

⁴⁵² BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit., p. 107.

⁴⁵³ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José

A partir dessa noção de ser o meio ambiente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida, mesmo admitida a visão alargada que suplanta o antropocentrismo restritivo, não se pode negar a ligação desse direito com o princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto no artigo 1º, inciso III. Nesse sentido, frisa Fiorillo que “uma vida saudável reclama a satisfação dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, entre eles, o da dignidade da pessoa humana”⁴⁵⁴. É o que também explica Benjamin, fundamentando seu posicionamento de que o artigo 225 não se exaure em si mesmo, por ser um fundamento ligado “umbilicalmente” à dignidade da pessoa humana⁴⁵⁵. Portanto, a observância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como requisito à sadia qualidade de vida, advindo do próprio texto constitucional, une-se à efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que rege a ordem constitucional, e que, portanto, deve dar luz a toda hermenêutica da ordem jurídica brasileira.

Verificada a íntima relação entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, outra conexão conceitual interessa. É a noção de mínimo existencial, que se abre para o mínimo existencial ecológico, como se retira da obra de Tiago Fensterseifer. Pelo que explica o autor, a partir de um conceito preexistente de mínimo existencial de cunho social, no qual está incluído um aparato basilar de direitos que formam um núcleo mínimo para a observância do princípio fundamental da dignidade humana (como os direitos de moradia digna, saúde e saneamento básicos, educação fundamental, renda mínima, assistência social, alimentação adequada, acesso à justiça, entre outros), admite-se o enquadramento da qualidade ambiental dentro do arrolado como mínimo. Isso porque, para se ver garantida uma vida saudável e digna, é imprescindível o equilíbrio do ambiente, que é onde a vida desenvolve-se⁴⁵⁶.

Ayala⁴⁵⁷ evidencia a relevância da compreensão do mínimo ecológico de existência, referindo-se ao conceito como forma de proteção de uma zona a ser mantida e reproduzida, inadmitindo-se retrocessos do agir estatal dentro do núcleo a partir dele representado.

Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192-194.

⁴⁵⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

⁴⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit., p. 104.

⁴⁵⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 269-270). Fensterseifer indica que é “possível identificar uma *dimensão ecológica* incorporada ao conteúdo do princípio da dignidade humana. O reconhecimento da *jusfundamentalidade* do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado opera no sentido de conformar o conteúdo do mínimo existencial social, abrindo caminho para a compreensão da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico (...)”.

⁴⁵⁷ AYALA, Patrick de Araújo. Op. cit., p. 274-275.

Noutro interessante posicionamento, Michael Kloepper indica a existência de uma unidade (num contexto de “unidades jusfundamentais”), ou uma conjugação, entre os bens da vida e da dignidade da pessoa humana, o que perpassa ao campo do Direito Ambiental no sentido de ser necessária a proteção contra danos de natureza ambiental por ameaçarem a própria vida⁴⁵⁸. Possível, portanto, também a partir dessa compreensão, verificar o liame indissolúvel entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à vida, observado de forma conjugada com a dignidade da pessoa humana⁴⁵⁹.

Dentro desse contexto de fundamentalidade do direito em tratativa, há que se analisar a responsabilidade pela efetivação da norma constitucional. Ressalta-se o exposto objetivo do legislador constituinte de exigir uma solidariedade intergeracional para garantir a norma constitucional, ao apontar que esse direito perpassa a geração atual. É o que Machado chama de “solidariedade entre gerações”, ao considerar que a ação humana é uma cadeia de elos sucessivos, o que resulta na necessidade de as gerações presentes primarem pelo equilíbrio do ambiente de forma a não provocar a escassez e debilidade para as gerações vindouras⁴⁶⁰.

Ainda acerca da responsabilidade, frisa-se que o direito em tratamento é direito-dever na medida em que o texto da Constituição garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas impõe ao Poder Público e à coletividade o dever compartilhado de defender e preservar tal meio. Enuncia Benjamin⁴⁶¹ que “a defesa do meio ambiente há de ser dever de todos”, não se podendo erigir a norma constitucional, portanto, apenas contra o Estado. Disso advém o chamado sistema de responsabilidades compartilhadas, em que são corresponsáveis o Estado e a sociedade⁴⁶².

Dentro do mencionado sistema de responsabilidades compartilhadas, em especial o Poder Público possui deveres constitucionalmente delineados, dentre os quais o de definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos, conforme a seguir analisar-se-á.

⁴⁵⁸ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 145-158.

⁴⁵⁹ No pensamento de Kloepper são imagináveis “imbricações da dignidade da pessoa humana também com vários outros direitos fundamentais, também aqui dever-se-ia pensar em unidades jusfundamentais” – imbricação, essa, visível entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. KLOEPFER, Michael. Op. cit., p. 172.

⁴⁶⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 125-126.

⁴⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit., p. 113.

⁴⁶² “A Constituição, a par da essencialidade do meio ambiente saudável, confere o que se pode denominar deveres fundamentais de proteção ao meio ambiente. Tais deveres são acometidos tanto ao Estado quanto à coletividade. Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado não é a finalidade do Estado apenas, mas sim de toda a coletividade, podendo-se observar a adoção de uma responsabilidade compartilhada (...)”. LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 196.

1.2. A DEFINIÇÃO DE ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS COMO DEVER DO PODER PÚBLICO

Considerado o compartilhamento das responsabilidades para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição enumera no parágrafo 1º do artigo 225 deveres atribuídos especialmente ao Poder Público. Em relevo, para o presente estudo, será abordado o dever do Estado de definir espaços territoriais especialmente protegidos, conforme inciso III, do mencionado dispositivo. *In verbis*:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.⁴⁶³

Para Silva⁴⁶⁴, a especial proteção dada pela Constituição aos “espaços territoriais e seus componentes” tem muita relevância por serem essas áreas representativas de ecossistemas. Conceitua, em seu ponto de vista:

Espaços Territoriais Especialmente Protegidos são áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais.⁴⁶⁵

No mesmo sentido, Ferreira explica que o constituinte, com a expressão “espaços territoriais e seus componentes” refere-se a áreas de representação de ecossistemas, uma vez que possuem importantes atributos ambientais, o que justifica sua sujeição ao regime jurídico especial de proteção previsto na Constituição. A proteção constitucional tem caráter especial ao condicionar a modificação dos territórios desses espaços à edição de lei, além de haver vedado a utilização dessas áreas de modo a lhes causar prejuízos⁴⁶⁶.

⁴⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

⁴⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 231.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 233.

⁴⁶⁶ FERREIRA, Helene Sivini. Deveres ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233-243.

Ainda Ayala⁴⁶⁷ indica que esses espaços devem ser instituídos em razão da necessária “proteção dos meios e recursos necessários à reprodução de processos ecológicos essenciais”, além de ser esse dever estatal um dos instrumentos para manter condições de um meio ambiente ecologicamente equilibrado – um direito fundamental garantido pela ordem constitucional, como já visto.

O mencionado art. 225, parágrafo 1º, III da CRFB/1988 foi regulamentado também pela Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – Snuc, do qual se passa a tratar.

2. O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA

A proteção ambiental de determinados espaços acompanha a evolução da agricultura e, portanto, a própria história da humanidade⁴⁶⁸, existindo referências que apontam para a realização dessa prática para séculos antes de Cristo⁴⁶⁹. A finalidade da preservação e conservação é que ganhou diferentes contornos com o passar do tempo. Variados sistemas agrícolas contemplaram ou ainda preveem a existência de áreas com a manutenção, em diferentes graus, de suas condições naturais.

De acordo com Mazoyer e Roudart⁴⁷⁰, por volta do ano 1.000 a.C., “do norte da África à Escandinávia, e do Atlântico até o Aral e as margens orientais do Mediterrâneo”, era utilizado um sistema de produção agrícola com alqueive⁴⁷¹ e tração leve, que identificou a revolução agrícola antiga. Esse sistema era baseado

⁴⁶⁷ AYALA, Patrick de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 278-279.

⁴⁶⁸ De acordo com Tomás León Sicard, a principal ação humana no ambiente é a agricultura. E a história da humanidade tem relação direta com a agricultura, ainda hoje. SICARD, Tomás León. Agroecología: desafíos de una ciencia ambiental en construcción. In: **Vertientes del pensamiento agroecológico: fundamentos y aplicaciones**. Sociedade Científica Latinoamericana de Agroecología – Socla, 2009, p. 45-67. Esse entendimento está evidenciado na obra “História das agriculturas no mundo: de neolítico à crise contemporânea”, de Marcel Mazouer e Laurence Roudart, em que é possível identificar uma correspondência entre as diferentes revoluções agrícolas e modificações sociais mais amplas que marcaram a história da humanidade. MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: NEAD, 2010.

⁴⁶⁹ GANEM, Roseli Senna. Conservação da biodiversidade: das reservas de caça à Convenção sobre Diversidade Biológica. In: GANEM, Roseli Senna (org.). **Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010, p. 75.

⁴⁷⁰ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. Op. cit., p. 266.

⁴⁷¹ O alqueive não é o abandono da área, como no caso do pousio, mas a sua condução com vistas à recuperação de sua fertilidade. São deixadas espécies de interesse, é passado o arado, podem ser soltos animais para pastar e estercar e às vezes se lava no braço. Tem como funções a renovação da fertilidade pela agregação de matéria orgânica, bem como livrar a área das ervas adventícias.

na exploração integrada de quatro espaços distintos: o *ager*, destinado à lavoura de grãos, mas onde eram soltos animais, quando em alqueive; o *saltus*, voltado à alimentação de animais de criação; o *hortus*, que continha hortas, vinhedos e pomares; e a *silva*, que era uma parcela com floresta preservada ou regenerada, especialmente destinada ao fornecimento de lenha e madeira, além de servir à alimentação suplementar de animais e pessoas⁴⁷².

Entre as populações tradicionais, a simbiose com os demais elementos naturais é tão intensa⁴⁷³ que o manejo dos recursos pode favorecer a sua diversificação. Os índios Kayapó, no Sul do Pará, formaram os *apetês*, que são ilhas de floresta lenhosa no Cerrado. Nesses espaços, foram identificadas 120 espécies de árvores, sendo que 90 delas eram plantadas no local pelos índios, num processo de enriquecimento florestal. Do total das espécies, 72% eram usados para remédio, 40% para atrair caça (os *apetês* são verdadeiras florestas de caça) e 25% para alimento. Entre as espécies não lenhosas, destaca-se que os indígenas possuem 17 tipos de mandioca e 33 de batata-doce, taióba e inhame, utilizados em diferentes espaços conforme a mínima variação de umidade, por exemplo⁴⁷⁴.

O reconhecimento de espaços protegidos nos moldes atuais, integrando as estruturas de uma sociedade hegemônica, que se orienta pelo capitalismo, é algo mais recente, porém. E nesse contexto, a busca pela proteção de certas áreas ainda enfrenta contradições, assumindo um caráter utilitarista para servir ao modo de produção dominante, em detrimento de minorias, ou servindo ao estabelecimento de territórios que possibilitem o exercício de formas diferenciadas de relação com a natureza e de organização social, como consequência, ainda que sob a concepção da macroestrutura, que delas pretende de alguma forma se beneficiar.

No Brasil, a análise do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – Snuc, instituído pela Lei nº 9.985/2000, desde os debates que envolveram a sua formulação e aprovação, até esses seus primeiros anos de existência, permite compreender essas contradições, além de outros desafios que se apresentam. Para compreensão dessa realidade, é interessante a apresentação de um histórico das unidades de conservação, que compreende diferentes subespécies de espaços protegidos na atualidade.

⁴⁷² MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. Op. cit., p. 253-295.

⁴⁷³ DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. (orgs.) apud SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 192-193.

⁴⁷⁴ ANDERSON, Anthony B.; POSSEY, Darrell A. Manejo de cerrado pelos índios Kayapó. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi**; Botânica. Belém, v. 2, n. 1, p. 77-78, 1985.

2.1. O SURGIMENTO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL

A história das unidades de conservação (UCs) remete à criação do Parque Nacional de Yellowstone, nos Estados Unidos, em 1872, como “marco fundador mais reconhecido da moderna política de UCs”⁴⁷⁵. No Brasil, em 1914, na obra “Do Guairá aos Saltos do Iguaçu”, Silveira Netto⁴⁷⁶ fez referência ao engenheiro André Rebouças, que já em 1876, a propósito da criação do parque estadunidense e das Cataratas do Niágara, sonhou com um parque que abrangesse o Salto das Sete Quedas (ou Salto Guaíra), hoje submerso pelo lago da usina hidrelétrica de Itaipu, e as Cataratas do Iguaçu.

Mas foi somente em 1939 que foi criado o Parque Nacional do Iguaçu. Dois anos antes, em 1937, foi criado o primeiro parque nacional brasileiro, o Itatiaia, na Serra da Mantiqueira, na divisa entre os estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais. Mesmo antes da criação do parque, o local já servia à realização de “pesquisas sob a responsabilidade do Jardim Botânico do Rio de Janeiro”⁴⁷⁷. Em 1939, também foi criado o Parque Nacional da Serra dos Órgãos, no Rio de Janeiro. Antes desses parques, entretanto, existiam outras unidades de conservação no país, ainda que não assumissem essa denominação⁴⁷⁸.

O Código Florestal de 1934 (Decreto nº 23.793/1934) foi o primeiro instrumento legal a prever a possibilidade de criação de parques nacionais, estaduais e municipais. O Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.775/1965), por sua vez, fez previsão da criação de parques e florestas nacionais, estaduais e municipais, assim como de reservas biológicas. O Código de Fauna (Lei nº 5.197/1967) previu a criação de parques de caça.

Diversas outras normas posteriores instituíram diferentes modalidades de UCs⁴⁷⁹, o que reivindicava a necessidade de sistematização para fins de alcançar efetivamente os objetivos de proteção desses espaços. De acordo com Santilli⁴⁸⁰, a criação de um sistema de unidades de conservação “por meio de um conjunto

⁴⁷⁵ DRUMMOND, José Augusto; FRANCO, José Luiz de Andrade; OLIVEIRA, Daniela de. Uma análise sobre a história e a situação das unidades de conservação no Brasil. In: GANEM, Roseli Senna (org.). **Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010, p. 344.

⁴⁷⁶ SILVEIRA NETTO, Manuel Azevedo da. **Do Guairá aos Saltos do Iguaçu**. Curitiba: Fundação Cultural, 1995, p. 94-95.

⁴⁷⁷ MEDEIROS, Rodrigo. Evolução das tipologias e categorias de áreas protegidas no Brasil. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 50, jan./jun., 2006.

⁴⁷⁸ DRUMMOND, José Augusto; FRANCO, José Luiz de Andrade; OLIVEIRA, Daniela de. Op. cit., p. 363.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 346-347.

⁴⁸⁰ SANTILLI, Juliana. O Sistema Nacional de Unidade de Conservação: uma visão socioambiental. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de. (Coords.). **Socioambientalismo: uma realidade – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 137.

articulado e representativo de amostras de ecossistemas brasileiros, com diferentes categorias de unidades de conservação, só passou a ser cogitada a partir do final dos anos 70, sob a influência de organizações ambientalistas internacionais”.

2.2. A CRIAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA - SNUC

No ano de 1979, o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF e a Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza – FBCN, uma organização da sociedade civil, propuseram o “Plano do Sistema de Unidades de Conservação do Brasil”, o qual teve uma segunda versão no ano de 1982, mas que não foi aprovado⁴⁸¹. Apesar da falta de aprovação, o plano continha diretrizes que foram adotadas na prática, como a interiorização das UCs, com a finalidade de se antecipar aos processos de ocupação do território, e a formação de um sistema diverso, assim como a variedade natural do país⁴⁸².

Em 1988, o IBDF encomendou um novo estudo à Fundação Pró-Natureza – Funatura, o qual foi entregue no ano seguinte ao já constituído Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, sendo que, em 1992, a Secretaria do Meio Ambiente – Sema o apresentou ao então presidente da república Fernando Collor de Mello. No mesmo ano, o texto foi encaminhado ao Congresso Nacional, sob a forma do Projeto de Lei nº 2.892/1992, o qual tramitou sob fortes debates, culminando com a aprovação da Lei nº 9.985/2000^{483, 484}.

As discussões relacionadas o conteúdo da lei se deram entre preservacionistas, conservacionistas, socioambientalistas e ruralistas e tiveram como principais pontos de divergência a questão das populações tradicionais, a participação popular no processo de criação e gestão de UCs e as indenizações para desapropriações⁴⁸⁵. De acordo com Mercadante⁴⁸⁶, no texto aprovado preponderou uma visão preservacionista, mais fiel à proposta original. Por outro lado, Santilli⁴⁸⁷ compreende que “grande parte dos conceitos incorporados pela lei [...] tem, claramente, uma inspiração socioambiental, que prevaleceu, em grande parte, sobre conceitos defendidos pelo preservacionismo clássico ou tradicional”.

⁴⁸¹ MEDEIROS, Rodrigo. Op. cit., p. 56.

⁴⁸² DRUMMOND, José Augusto; FRANCO, José Luiz de Andrade; OLIVEIRA, Daniela de. Op. cit., p. 363.

⁴⁸³ MEDEIROS, Rodrigo. Op. cit., p. 56-57.

⁴⁸⁴ SANTILLI, Juliana. 2007, op. cit., p. 137.

⁴⁸⁵ MEDEIROS, Rodrigo. Op. cit., p. 57.

⁴⁸⁶ MERCADANTE, Maurício apud MEDEIROS, Rodrigo. Op. cit., p. 57.

⁴⁸⁷ SANTILLI, Juliana. 2007, op. cit., p. 137-138.

Essas duas posições, a preservacionista e a socioambientalista, relacionam-se com os dois grupos de unidades de conservação existentes no Snuc, quais sejam o das UCs de proteção integral e o das UCs de desenvolvimento sustentável. No primeiro grupo, a presença humana não é admitida, preponderam a visão preservacionista, no sentido de que a interferência do ser humano ameaça a conservação da diversidade biológica⁴⁸⁸. São admitidos apenas usos indiretos dos recursos naturais, “que *não* envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais”⁴⁸⁹. As seguintes UCs integram esse grupo: estações ecológicas, reservas biológicas, parques nacionais, monumentos naturais e refúgios da vida silvestre.

No grupo das UCs de desenvolvimento sustentável estão: áreas de proteção ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, florestas nacionais, reservas extrativistas, reservas de faunas, reservas de desenvolvimento sustentável e reservas particulares do patrimônio natural. Esse grupo inclui, ainda que não integralmente, modalidades de unidades de conservação que se vinculam ao interesse socioambientalista, “que privilegia a interface entre biodiversidade e sociodiversidade”⁴⁹⁰, admitindo a presença humana e o uso direto dos recursos naturais.

Sobretudo com a previsão das reservas extrativistas e das reservas de desenvolvimento sustentável, o Snuc reconhece o papel das populações tradicionais na conservação e uso sustentável da diversidade biológica, sendo que tais espaços são destinados justamente para “proteger os meios de vida e a cultura dessas populações”⁴⁹¹.

O conceito de população tradicional constava no inciso XV, do art. 2º, da proposta da Lei do Snuc, que foi vetado, por ser abrangente demais. O Decreto nº 4.340/2002, que regulamentou a lei, apesar de também fazer referência à população tradicional, deixou de conceituá-la. Santilli⁴⁹² observa que os territórios indígenas e quilombolas, que são diferenciados das populações tradicionais, foram excluídos do Snuc, mas devem integrar políticas de conservação da diversidade.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 138.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 142.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 138.

⁴⁹¹ Ibid., p. 154.

⁴⁹² Ibid., p. 138 e 161-165.

2.3. OS PRINCIPAIS DESAFIOS IMPOSTOS À EFETIVAÇÃO DO SNUC

Passada mais de uma década após a criação do Snucl, persistem diversos desafios à efetiva proteção das unidades de conservação, entre os quais a própria aplicação da Lei nº 9.985/2000. Existe também uma crítica à insuficiência do Snucl, na medida em que, além de não incluir outras áreas protegidas, como as áreas de preservação permanente, reservas legais e terras indígenas, não estabeleceu alguma forma de conexão com estas. Outro fator que compromete a efetivação da norma é a falta de planejamento adequado e em longo prazo e a aplicação insuficiente de recursos⁴⁹³.

A pretensão de uma conservação equilibrada entre os biomas brasileiros, que fundamentou o sistema, está distante de ser alcançada. De acordo com dados de dezembro de 2012, disponibilizados pelo Cadastro Nacional de Unidades de Conservação – CNUC, do Ministério do Meio Ambiente⁴⁹⁴, as UCs localizadas no bioma Amazônia, que ocupa cerca de 49% da área continental do país, somam mais de 76% da área total das 1.790 UCs continentais. Mais de 26% da Amazônia é composto de unidades de conservação, enquanto na Mata Atlântica esse índice é de 8,9%, no Cerrado 8,2%, na Caatinga 7,4%, no Pantanal 4,6%, no Pampa 2,7% e na área marinha 1,5%. Esses números revelam, em conjunto com a quantidade de UCs por bioma, que existe um desequilíbrio a ser sanado.

Um histórico trágico na manutenção de áreas protegidas também assombra as atuais unidades de conservação. Os 33,8 mil hectares do Parque Estadual do Morro do Diabo, além de alguns fragmentos dispersos, são o que sobrou de uma imensa área de reserva de quase 250 mil hectares criada na década de 1940 no Pontal do Paranapanema, no estado de São Paulo⁴⁹⁵. A área do parque, que na década de 1980 sofreu uma redução por conta da implantação da usina hidroelétrica de Rosana, é atravessada por uma rodovia estadual e uma ferrovia. Os parques nacionais de Paulo Afonso, nos estados da Bahia, Pernambuco e Alagoas, e de Sete Quedas, no Paraná, criados respectivamente em 1948 e 1961, foram integralmente extintos para dar lugar a usinas hidrelétricas.

O Parque Nacional do Iguaçu, um dos principais destinos turísticos do Brasil, é ameaçado pela possibilidade de reativação dos 18 quilômetros da Estrada do Colono, que corta a sua área, conforme Projeto de Lei nº 7.123/2010. O

⁴⁹³ MEDEIROS, Rodrigo. Op. cit., p. 59-60.

⁴⁹⁴ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação. **Unidades de conservação por bioma**. 2012. Disponível em <http://www.mma.gov.br/images/arquivos/areas_protegidas/cadastro_uc/UCs%20consolidadas%20por%20bioma%20e%20categoria%204.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013.

⁴⁹⁵ ARANA, Alba Regina Azevedo; ALMIRANTE, Marcos Fabio. A importância do corredor ecológico: um estudo sobre Parque Estadual “Morro do Diabo” em Teodoro Sampaio-SP. **Geografia**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 144-145, jan./jun., 2007.

parque sofre com a extração de palmito e a caça, além de estar sujeito a intensas atividades agrícolas no seu entorno. Ainda, está em construção a usina hidroelétrica do Baixo Iguaçu, poucos metros antes do início do parque.

Se as UCs já criadas são fragilizadas por grandes empreendimentos e ações isoladas que se valem da gestão e fiscalização precárias, a falta de ações para implantação definitiva de outras unidades dificulta a ampliação do rol de áreas protegidas. Essa deficiência chega a extremos, como no caso do Parque Nacional de Ilha Grande, com quase 80 mil hectares nos estados do Mato Grosso e Paraná. Em uma ação civil pública movida por uma associação de pescadores afetados pela criação da unidade de conservação, em 1997, a Justiça Federal chegou a reconhecer a caducidade do decreto de criação do parque, considerando que, uma década depois da sua edição, não foi promovido “nenhum ato de desapropriação, mantendo o estado de incerteza dos proprietários de áreas localizadas no perímetro do parque nacional”⁴⁹⁶.

Essa situação revela uma outra face das unidades de conservação, que é o deslocamento de populações tradicionais. Justamente pela faceta da conservação dos recursos naturais por essas populações, os seus territórios chamam a atenção de interesses preservacionistas. E então, a falta de diálogo necessário à concepção das UCs pretendidas levou a opções por modalidades incompatíveis com as práticas tradicionais, gerando conflitos socioambientais que maculam os ganhos ambientais pretendidos. Essas situações são trágicas pela violência cultural que representam e porque a natureza, que dá o sentido de pertencimento, torna-se elemento de interdição, dando oportunidade a ações predatórias⁴⁹⁷.

O Snuc buscou superar essa contradição, estabelecendo como uma de suas diretrizes a participação das populações locais na criação, implantação e gestão das unidades de conservação, conforme inciso III, do art. 5º da Lei 9.985/2000. Assim, a criação de UCs deve ser precedida de consulta pública, envolvendo os representantes de diferentes interesses que possam incidir sobre a área. A gestão desses espaços, por sua vez, deve ser realizada em conjunto com a sociedade civil, que integra os conselhos gestores das UCs. Conforme Santilli⁴⁹⁸, o envolvimento das populações locais ocorre com a finalidade de romper com a lógica autoritária e unilateral de criação e implantação de unidades de conservação pelo Poder Público.

⁴⁹⁶ BRASIL. Vara Federal Ambiental de Curitiba. Ação civil pública nº 2009.70.00.025365-5/PR. Requerente: Colônia de Pescadores Z13. Requerido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Juiz: Nicolau Konkel Junior. Curitiba, 08 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=4288539 &DocComposto=&Sequencia=&hash=d9c28495adc6de2c09e7fc069a7db0b9>. Acesso em: 24 jul. 2013.

⁴⁹⁷ SOUSA, Maria Sueli Rodrigues de. Deslocamento forçado de posseiros e pequenos proprietários do Parque Nacional da Serra da Capivara – estratégia de proteção ambiental ou violação de direitos humanos? **Revista do Mestrado em Direito**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 415-417, jul./dez., 2011.

⁴⁹⁸ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 158.

Porém, a ausência do plano de manejo, que é o instrumento técnico previsto pelo Snuc para a definição do zoneamento, dos usos e do manejo das unidades de conservação, é característica de grande parte das UCs brasileiras e relega as populações locais a indefinições sobre a destinação dessas áreas, gerando incertezas e insegurança. Tais situações estão além do texto legal, reivindicando ações efetivas para a implantação e gestão desses espaços. Santilli aponta que

Grande parte das áreas só existe “no papel”, suas terras não estão regularizadas e demarcadas, e faltam recursos, equipamentos e funcionários para fiscalizá-las e administrá-las. São altamente vulneráveis, e a ocupação desordenada do solo, promovida por atividades agropecuárias, e o desmatamento transformam grande parte dos parques e reservas em verdadeiras “ilhas”, distanciadas dos contextos sociais, políticos, econômicos e culturais em que se inserem.⁴⁹⁹

Finalmente, para concluir este tópico, importante mencionar o Decreto nº 5.758/2006, que institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, que considera os compromissos assumidos pelo Brasil ao assinar a Convenção sobre Diversidade Biológica, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, em 1992. Esse plano tem como uma de suas diversas virtudes a integração das unidades de conservação com outras áreas protegidas, como as áreas de preservação permanente e reservas legais, além de compreender terras indígenas e territórios de comunidades quilombolas, resolvendo, ao menos no plano abstrato, a mencionada deficiência do Snuc na articulação com outros espaços sob proteção legal.

3. O PROBLEMA DA SOBREPOSIÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E TERRAS INDÍGENAS

Antes da edição da Lei nº 9.985/2000, e consequentemente da instituição do Snuc, as Terras Indígenas eram frequentemente consideradas uma categoria de Unidade de Conservação.

Souza Filho⁵⁰⁰ ensina em sua obra *Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação*, publicada anteriormente ao advento da Lei nº 9.985/2000, que a falta de uniformidade e conhecimento dos mandamentos legais referentes às Unidades de Conservação, que se encontravam em leis esparsas e pouco co-

⁴⁹⁹ SANTILLI, Juliana. 2007, op. cit., p. 142.

⁵⁰⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação**. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1993, p. 12.

nhecidas, permitiu, embora ilegalmente, aos administradores públicos criarem unidades de conservação e espaços ambientais protegidos ao seu livre arbítrio, inovando, fundindo conceitos e conteúdos ou alterando apenas a denominação de categorias de manejo existentes.

Diante da inexistência de norma geral capaz de estabelecer um padrão uniforme para a criação, implantação e gestão das UCs, que garantisse lógica e eficácia ao sistema de proteção, o Brasil viveu uma fase de criação desorganizada de Unidades de Conservação por todo o país.

Talvez por isso, não era incomum que as Terras Indígenas fossem reiteradamente confundidas com UCs.

Contudo, a Lei nº 9.985/2000 deixa claro que as Terras Indígenas não representam uma categoria de UC. Afinal, as Terras Indígenas não integram a relação taxativa de Unidades de Conservação do grupo de unidades de proteção integral e nem tampouco do grupo de unidades de uso sustentável (contidas, respectivamente, nos artigos 8º e 14 do diploma legal).

A não inclusão das Terras Indígenas no Snuc causa estranheza num primeiro momento, uma vez que um dos objetivos do Sistema é exatamente a proteção dos recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando-se e valorizando-se seus respectivos conhecimentos e cultura, bem como as promovendo social e economicamente (artigo 4, inciso XIII).

Além disso, existem categorias de UCs (Reserva Extrativista e Reserva de Desenvolvimento Sustentável) que se prestam tanto à proteção dos meios de vida e da cultura das populações tradicionais quanto ao uso sustentável dos recursos naturais, tutelando, assim, simultaneamente a bio e a sociodiversidade, tal qual ocorre nas Terras Indígenas.

Apesar da aparente estranheza, procedeu muito bem o legislador ao não incluir as Terras Indígenas no Snuc.

As Terras Indígenas não são e nunca foram UCs, não podendo sequer ser consideradas espaços territoriais especialmente protegidos, instituto jurídico que constitui o gênero no âmbito do qual as UCs se apresentam como espécies.

Muito embora sejam espaços territoriais que abrigam componentes merecedores de especial proteção, as Terras Indígenas não são definidas (criadas ou constituídas) pelo Poder Público, mas meramente por ele reconhecidas (declaradas), o que por si só já revela a inaplicabilidade do inciso III do § 1º do artigo 225 da CRFB/1988 (fundamento constitucional dos espaços territoriais especialmente protegidos).

Isto porque as Terras Indígenas sempre foram Terras Indígenas, sendo o ato do Poder Público de demarcação um mero registro do momento de reconhecimento da Terra Indígena pelo Estado, gozando de natureza jurídica declaratória, enquanto os espaços territoriais especialmente protegidos (e, por consequência

lógica, as UCs) só passam a ser espaços protegidos após o ato de criação do Poder Público, que goza de natureza jurídica constitutiva.

Portanto, as Terras Indígenas e os espaços territoriais especialmente protegidos (dentre os quais figuram as Unidades de Conservação) são institutos jurídicos diferentes, cujas respectivas origens (indigenato e ato constitutivo do Poder Público) não se confundem.

A compreensão desta premissa é indispensável para que seja possível lançar reflexões críticas a respeito do problema da sobreposição de unidades de conservação e terras indígenas, objetivo deste tópico.

3.1. TERRAS INDÍGENAS

A relação dos povos indígenas com a terra não se limita ao reconhecimento da sua função de provedora de recursos naturais para a subsistência e o bem-estar dos mesmos. A ligação dos povos indígenas com a terra não é apenas física, mas também e principalmente espiritual, já que extraem a sua cosmovisão de mundo da íntima relação que com ela mantém, definindo, desta forma, seus modos de criar, fazer e viver.

É dizer que sem a terra os povos indígenas deixam de compreender a sua própria existência e a finalidade das suas vidas neste mundo. Por isso, o direito indígena à terra “trata-se de direito inalienável e imprescritível. Decorre, igualmente, da própria natureza humana indígena, posto que índio e terra estão de tal sorte ligados que dificilmente poderíamos conceber a existência do primeiro sem a segunda”⁵⁰¹.

Em virtude disso, a terra sempre esteve no centro de qualquer discussão envolvendo direitos indígenas, razão pela qual a legislação historicamente aplicada ao Brasil, tanto colonial quanto imperial e republicana, sempre foi obrigada a tratar das terras indígenas.

Antes mesmo da chegada dos portugueses ao Brasil, os territórios aqui ocupados pelos povos indígenas foram divididos entre os Reinos de Portugal e Espanha, através do Tratado de Tordesilhas (1494). Considerando-se que os indígenas não eram titulares de direitos na ordem jurídica dos conquistadores, que os tratavam como meros objetos de direito (sujeitos à morte, escravidão ou expulsão), quase nenhuma garantia ou benefício foi concedido pela legislação regente aos povos indígenas durante os primeiros 180 anos de colonização.

No entanto, em 1º de abril de 1680, um Alvará Régio positivou o ainda hoje vigente instituto jurídico do indigenato, “(...) velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos tempos da Colônia, quando o

⁵⁰¹ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001, p. 115.

Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”⁵⁰².

O indigenato, tido como fonte primária e congênita da posse territorial, pautou o tratamento conferido pelas Constituições brasileiras às Terras Indígenas.

Barreto⁵⁰³ esclarece que a Constituição Federal de 1934 transferiu expressamente aos indígenas a posse das terras por eles ocupadas em caráter permanente (proibindo a sua alienação) e que a Constituição Federal de 1946 reconheceu a posse das terras onde os indígenas se achavam permanentemente localizados (condicionando-a a sua não transferência), posição que permaneceu inalterada até a Constituição Federal de 1967, que agregou à posse indígena o usufruto exclusivo dos recursos. Já a Constituição Federal de 1969, ensina o autor, inovou ao declarar nulos e extintos os efeitos de qualquer domínio, posse ou ocupação não indígena nas terras ocupadas pelos índios.

O tema Terras Indígenas “(...) foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios”⁵⁰⁴. Isto porque “a questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se amparará seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas”⁵⁰⁵.

A CRFB/1988 declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União (inciso XI do artigo 20), concedendo a este ente da federação uma propriedade vinculada especificamente ao fim de oferecer condições para o exercício dos direitos dos indígenas, motivo pelo qual registra expressamente que estas terras são inalienáveis, indisponíveis e os direitos dos povos indígenas sobre elas imprescritíveis (§ 4º do artigo 231).

Diante disso, impõe à União os deveres (competências) de demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens (*caput*. do artigo 231).

Acolhendo claramente o instituto jurídico do indigenato, a CRFB/1988 reconhece (e, portanto, não cria) os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (*caput*. do artigo 231).

Tratando-se de direitos originários, “(...) não há ato constitutivo de terra indígena, ela é e se presume que sempre o foi. E esta presunção tem forte traço de realidade, os povos indígenas já estavam naquela terra antes dos não-indígenas chegarem”⁵⁰⁶.

⁵⁰² SILVA, José Afonso da. Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI e Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 48

⁵⁰³ BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003, p. 105-106.

⁵⁰⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 45.

⁵⁰⁵ Id.

⁵⁰⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 148.

Por esta razão, o § 6º do artigo 231 declara que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ou a exploração das suas riquezas naturais, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar.

Segundo Silva⁵⁰⁷, a caracterização de uma terra tradicionalmente ocupada pelos índios, nos termos do § 1º do artigo 231, depende do preenchimento de quatro condições: habitação em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, imprescindibilidade da preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e imprescindibilidade da preservação dos recursos ambientais necessários a sua reprodução física e cultural.

(...) tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.⁵⁰⁸

Também é Silva quem elucida que “(...) a expressão *ocupadas tradicionalmente* não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles”. Afinal, “o *tradicionalmente* refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção”⁵⁰⁹.

O destino das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo dos recursos por elas abrigados (§ 2º do artigo 231), o que torna problemática as situações de sobreposição de Terras Indígenas e Unidades de Conservação, especialmente quando se tratam de categorias de UCs do grupo de unidades de proteção integral, cujo objetivo básico é a preservação da natureza, o que impediria naturalmente o uso direto dos seus recursos naturais e a própria ocupação humana.

⁵⁰⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 47.

⁵⁰⁸ Id.

⁵⁰⁹ Id.

3.2. A "SOLUÇÃO" OFERECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO PROBLEMA DA SOBREPOSIÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E TERRAS INDÍGENAS

Souza Filho é taxativo ao afirmar que “qualquer ato administrativo, porém, que crie unidade de conservação específica em terras indígenas, é nulo, por força de dispositivo constitucional”⁵¹⁰.

O dispositivo constitucional ao qual se refere é o § 6º do artigo 231 da CRFB/1988, que enuncia:

§ 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.⁵¹¹

Tendo em vista que as Terras Indígenas resultam de um direito originário, fundado no instituto jurídico do indigenato, e que o ato do Poder Público de demarcação é um mero registro do momento de reconhecimento da Terra Indígena pelo Estado (gozando, portanto, de natureza jurídica declaratória), nada mais natural do que a prevalência das Terras Indígenas em relação às UCs em casos de sobreposição.

Final, o ato do Poder Público de criação (ato de natureza jurídica constitutiva) das UCs inevitavelmente teria por objeto regular a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não produzindo, portanto, efeitos jurídicos, de modo que “o ato que cria uma unidade de conservação é nulo se for praticado depois da demarcação e, extinto se antes fora feito”⁵¹².

Levando-se em consideração que a Lei nº 9.985/2000 é uma lei ordinária, sequer se poderia invocar o relevante interesse público da União para concluir pela prevalência das UCs em relação às Terras Indígenas em casos de sobreposição, já que tal exceção só seria admitida se disposta em lei complementar (nos termos do próprio § 6º do artigo 231).

Destaca-se que a prevalência das Terras Indígenas em relação às UCs em caso de sobreposição não significa que se estaria a privilegiar os interesses de uma

⁵¹⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. 1999, op. cit., p. 145.

⁵¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

⁵¹² SOUZA FILHO. Carlos Frederico Marés. 1999, op. cit., p. 145-146.

minoria étnica em relação aos interesses de toda a coletividade na promoção do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isto porque não se pode esquecer jamais que é a própria ocupação tradicional indígena aquilo que garantiu a manutenção da integridade destes espaços merecedores de especial proteção, de forma que a tutela da sociodiversidade nestes espaços se revela ser imprescindível para a tutela à biodiversidade.

Afinal,

(...) sabe-se que a relação harmoniosa que esses povos mantiveram com o seu ambiente ao longo dos tempos responde pela preservação das florestas e de seus recursos, o que tem levado grande parte dos que buscam soluções sustentáveis para o futuro do país a estender os seus esforços às terras indígenas em promissoras parcerias com os povos que nelas habitam.⁵¹³

No julgamento de Ação Popular (Pet 3388/RR – RORAIMA⁵¹⁴), realizado em 19 de março de 2009, que questionava a regularidade do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que “unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”, que “os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva” e que “há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental”, reconhecendo, assim, expressamente o acolhimento do indigenato, a natureza jurídica declaratória do ato de demarcação das Terras Indígenas e relação harmoniosa existente entre as Terras Indígenas e o meio ambiente natural.

Diante disso, a conclusão lógica seria a prevalência das Terras Indígenas em relação às UCs em casos de sobreposição, conforme se percebeu neste estudo.

Entretanto, não foi este o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que curiosamente concluiu que o território em que incide a sobreposição estaria sujeito à dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal não percebeu que a “solução” por ele oferecida não é capaz de resolver o problema da sobreposição de Unidades de

⁵¹³ ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos Indígenas no Brasil – breve relato de sua evolução histórica. In: ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. LACED/Museu Nacional, 2006, p. 55.

⁵¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Raposa+Serra+do+Sol%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

Conservação e Terras Indígenas, já que não esclarece se a ocupação indígena e o uso direto dos recursos naturais nas áreas sobrepostas seria possível.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Anthony B.; POSSEY, Darrell A. Manejo de cerrado pelos índios Kayapó. **Boletim do Museu Paraense Emilio Goeldi**; Botânica. Belém, v. 2, n. 1, p. 77-98, 1985.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001.

ARANA, Alba Regina Azevedo; ALMIRANTE, Marcos Fabio. A importância do corredor ecológico: um estudo sobre Parque Estadual “Morro do Diabo” em Teodoro Sampaio-SP. **Geografia**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 143-168, jan./jun., 2007.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos Indígenas no Brasil – breve relato de sua evolução histórica. In: ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. LACED/Museu Nacional, 2006.

AYALA, Patrick de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico, e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: BENJAMIN, Antônio Herman; CAPPELI, Sílvia; IRIGARAY, Carlos Teodoro; LECEY, Eladio (orgs.). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 261-293.

_____. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 267-304.

_____. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131-204.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-130.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 jul. 2013.

_____. Vara Federal Ambiental de Curitiba. Ação civil pública nº 2009.70.00.025365-5/PR. Requerente: Colônia de Pescadores Z13. Requerido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Juiz: Nicolau Konkel Junior. Curitiba, 08 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=4288539&DocComposto=&Sequencia=&hash=d9c28495adc6de2c09e7fc069a7db0b9>. Acesso em: 24 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Raposa+Serra+do+Sol%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes**. Campinas: Editora Millenium, 2005.

DRUMMOND, José Augusto; FRANCO, José Luiz de Andrade; OLIVEIRA, Daniela de. Uma análise sobre a história e a situação das unidades de conservação no Brasil. In: GANEM, Roseli Senna (org.). **Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010, p. 341-385.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERREIRA, Heline Sivini. Deveres ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233-267.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos Objetivos do Estado e Direito Ambiental na Constituição de 1988. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S.; CAETANO, M. A. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. 1.ed. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2012. v. 3, p. 17-48.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GANEM, Roseli Senna. Conservação da biodiversidade: das reservas de caça à Convenção sobre Diversidade Biológica. In: GANEM, Roseli Senna (org.). **Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010, p. 75-109.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 145-174.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131-204.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: os Novos Desafios à Proteção da Natureza em um Direito Ambiental de Segunda Geração. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219-256.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: NEAD, 2010.

MEDEIROS, Rodrigo. Evolução das tipologias e categorias de áreas protegidas no Brasil. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 41-64, jan./jun., 2006.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação. **Unidades de conservação por bioma**. 2012. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivos/areas_protegidas/cadastro_uc/UCs%20consolidadas%20por%20bioma%20e%20categoria%204.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

_____. O Sistema Nacional de Unidade de Conservação: uma visão socioam-

biental. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de. (Coords.). **Socioambientalismo: uma realidade – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 135-167.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SICARD, Tomás León. Agroecología: desafios de una ciencia ambiental em construcción. In: **Vertientes del pensamiento agroecológico: fundamentos y aplicaciones**. Sociedade Científica Latinoamericana de Agroecología – Socla, 2009, p. 45-67.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI e Sergio Antonio Fabris, 1993.

SILVEIRA NETTO, Manuel Azevedo da. **Do Guairá aos Saltos do Iguaçu**. Curitiba: Fundação Cultural, 1995.

SOUSA, Maria Sueli Rodrigues de. Deslocamento forçado de posseiros e pequenos proprietários do Parque Nacional da Serra da Capivara – estratégia de proteção ambiental ou violação de direitos humanos? **Revista do Mestrado em Direito**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 410-429, jul./dez., 2004. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação**. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1993.

_____. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

QUARTA PARTE

**OS DIREITOS DOS POVOS
INDÍGENAS E O PODER JUDICIÁRIO**

UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL E DAS TERRAS OCUPADAS PELA ETNIA KRENAK

Ingrid Giachini Althaus⁵¹⁵

Luciana Bonin⁵¹⁶

Marina Von Harbach Ferenczy⁵¹⁷

INTRODUÇÃO

Nesse capítulo traçar-se-á um comparativo entre os casos das terras indígenas Raposa Serra do Sol e das terras ocupadas pela etnia Krenak, conforme as decisões do Supremo Tribunal Federal, para os conflitos ali ocorridos.

Para tanto, descrever-se-á, primeiramente, o caso Krenak, subdividindo-o na descrição da etnia indígena Krenak em si, sua localização territorial, expondo o

⁵¹⁵ É advogada, professora no curso de graduação da Faculdade Cenecista de Campo Largo - FACECLA; graduada pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais, especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná e mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR (Bolsista Capes).

⁵¹⁶ Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Especialista em Docência de Nível Superior pelas Faculdades Dr. Leocádio José Correa – FALEC. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Membro do Grupo de Pesquisa 'Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica', desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR.

⁵¹⁷ Mestre em Direito pela PUC-PR, Advogada e membro da Comissão de Direito Ambiental da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção Paraná.

conflito ocorrido nas terras por eles ocupadas e, por fim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso.

Assim, passa-se a análise, como segundo tópico, do caso Raposa Serra do Sol, o qual, também, será exposto dividido em quatro sub-tópicos, tratando-se dos povos indígenas da Raposa Serra do Sol, de sua localização territorial, do conflito ocorrido e, por fim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no presente caso.

Vencidas tais etapas, realizar-se-á uma abordagem sobre o protagonismo do Supremo Tribunal Federal em ambos os casos, cada qual com suas peculiaridades próprias. Mesmo porque, é inegável que tais casos inauguraram uma nova fase na luta pela proteção do povo indígena, muito embora diversos questionamentos possam ser feitos.

Para, por fim, demonstrar os reflexos do julgamento do caso Raposa Serra do Sol e Krenak em futuras decisões daquele Tribunal e na própria sociedade em si, embora tenha se tratado da resolução de casos concretos postos à análise.

1. CASO KRENAK

1.1. DA ETNIA INDÍGENA KRENAK

Denominados pelos portugueses como “botocudos do leste”, em razão do uso de botoques auriculares e labiais, autodenominam-se “Kren”, sendo “Krenak” o nome de um líder do grupo no início do século XX⁵¹⁸.

Uma certa liderança por parte das mulheres no que diz respeito à tomada de significativas decisões internas ao grupo é uma característica peculiar da etnia. Externamente, o cacique é quem representa o grupo.

No século XVI, foram acusados de serem antropófagos, fato que nunca foi confirmado. Tal acusação - aliada à característica Krenak irreduzível à evangelização e civilização - acarretou a este povo a declaração de diversas “guerras justas”, decretadas desde o governo colonial, tendo sido, portanto, os Krenak vítimas de violentos massacres.

No entanto, sempre tendo mantido uma relação de equilíbrio com a natureza, os Krenak tiveram seu modo de viver flagrantemente ameaçado com a chegada dos colonos em busca de minas de ouro, originando a partir daí inúmeros entraves e embates entre estes que, além das matas fechadas, tiveram como empecilho também as tribos que lá viviam imemorialmente.

A etnia Krenak possui, ainda, 204 membros⁵¹⁹.

⁵¹⁸ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/krenak/253>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

⁵¹⁹ Conforme dados da Funasa, de 2006.

1.2. DA LOCALIZAÇÃO TERRITORIAL

O povo Krenak refugiou-se na margem esquerda do Rio Doce, área pertencente ao município de Resplendor, Minas Gerais, após os ataques de alguns povos indígenas e dos colonizadores, sendo que há registros de que lá estão desde 1650.

Nas décadas de 1950 e 1970, foram brutalmente transferidos da área acima referida, mediante violência e fraude de servidores do Serviço de Proteção ao Índio, para uma fazenda, denominada Fazenda Brasília.⁵²⁰

Contudo, posteriormente, em 1980, retornaram a ocupar 68 hectares da referida área, até que o restante lhes fosse restituído.

1.3. DO CONFLITO OCORRIDO NAS TERRAS OCUPADAS PELA ETNIA KRENAK

Não obstante, a etnia indígena Krenak ocupar imemorialmente as margens do Rio Doce, em Minas Gerais, nelas exercendo atividades essenciais à manutenção de sua identidade física e cultural, foram seus integrantes inescrupulosamente expulsos de suas terras.

Após os massacres de inúmeros integrantes da etnia, durante as árduas tentativas de civilização, catequização e pacificação, os membros da etnia Krenak tiveram que, anos mais tarde, por outro grande desafio: enfrentar a abertura da estrada de ferro Vitória-Minas.

Entretanto, sua construção não trouxe como consequência, apenas aumento de urbanização, arrendamento e invasão de terras, os Krenak tiveram, lamentavelmente, sua população nitidamente diminuída⁵²¹.

Os integrantes da etnia Krenak passaram a representar, assim, um grande empecilho às ambições capitalistas de um crescimento pautado por ideais eminentemente econômicos. Até mesmo, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), na época, revelou-se cúmplice de ideal tão mesquinho.

Isso porque, por volta do ano 1911, os seus servidores agruparam os integrantes da etnia Krenak, numa área situada a 16 Km da atual cidade de Resplendor, no Estado de Minas Gerais, consistindo tal fato o meio pelo qual o governo encontrou, à época, de diminuir os embates entre os indígenas e os colonos, liberando os caminhos para a ferrovia⁵²².

⁵²⁰ ACO 323-7 MG folhas 66.

⁵²¹ KRENAK, Douglas. Brasil: O Povo Indígena Krenak. 2005, p. 4. Disponível em: <<http://www.redindigena.net/articulos/brasil.html>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

⁵²² Ibid., p. 5.

Em 1920, uma parcela do território original Krenak é doada, pelo governo de Minas Gerais, aos integrantes da etnia, sendo, contudo, a demarcação levada a efeito apenas em 1923.

Por outro lado, em 1960, é criada a FUNAI e extinto o SPI, bem como, por volta de 1970, os Krenak foram exilados na fazenda Guarani, em Carmésia, onde não houve êxito em sua adaptabilidade devido à infertilidade da terra e condições climáticas.

Assim, em meados de 1980, retornaram à sua reserva de origem, porém tendo que se contentar a ínfimos 44 hectares, notoriamente insuficientes à sua reprodução física e cultural⁵²³.

Durante todos esses entraves, a população Krenak diminuiu significativamente; em razão tanto das mortes frequentemente ocorridas nos embates⁵²⁴, assim como pela dispersão provocada pelos exílios, como também pela diminuição da saúde geral face à separação ao seu elemento essencial à manutenção de sua vida: suas terras originariamente ocupadas.

Entretanto, embates envolvendo a terra dos Krenak, perduraram até a década de 1990, quando a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), com sua litis-consorte ativa União Federal, pleiteou ao Judiciário a declaração de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais incidentes sobre área indígena, situada no município de Resplendor/MG (imemorialmente ocupada pelo povo Krenak e por outros grupos), outorgados pelo referido Estado em benefício de diversos réus detentores daqueles títulos.

Tanto que, o caso foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão passará a se analisar.

1.4. DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade de votos, a procedência do pedido da FUNAI, qual seja, a declaração de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais outorgados pelo Estado de Minas Gerais incidentes sobre terra indígena.

Pelo que, o Relator Ministro Francisco Rezek promoveu um histórico da legislação atinente às terras indígenas no Brasil, citando desde a Lei 601/1850 (Lei de Terras) que conferiu aos índios o direito de posse sobre as terras que ocupavam (indigenato), citando o art. 129 da Constituição

⁵²³ ACO 323-7 MG, folhas 75-80.

⁵²⁴ Insta observar que a retirada do povo Krenak de suas terras operou-se mediante violência e até mesmo mediante fraude de servidores do SPI (Serviço de Proteção ao Índio).

Federal de 1934, que consagrou o domínio da União sobre as terras indígenas, até o Estatuto do Índio, Lei 6.001/73.

Com fundamento em perícia antropológica realizada, reconheceu a presença, desde o século XVI, dos índios Krenak e Pojixá na área disputada, ressaltando que as comunidades tradicionais haviam sido brutalmente transferidas daquela localidade pelo próprio Poder Público, mencionando inclusive os negativos impactos do contato entre essas comunidades e os não-índios.

O Relator salienta, ainda, a íntima relação da terra indígena à esperança desse povo, à sua saúde, ao seu alimento e a própria manutenção de sua vida⁵²⁵.

A União enfatizou o fato de as terras, objeto da outorga dos referidos títulos por parte do Estado de Minas Gerais, incidirem sobre terras de domínio da União.

Contudo, o voto do Ministro Nery da Silveira foi favorável à anulação dos títulos de propriedade, fato motivado não em razão das terras serem tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas que lá habitavam imemorialmente, mas sim pela razão de que, a partir da Constituição de 1934, aquelas terras passaram à propriedade da União, não podendo desta maneira o Estado de Minas Gerais alienar bens daquela.

O Ministro Marco Aurélio igualmente fundamenta seu posicionamento favorável à anulação dos títulos em razão de consistir tal fato afronta à legislação federal vigente à época - sequer mencionando a ocupação imemorável dos indígenas no local - referindo-se apenas à ilegalidade, na época, da transferência estatal de terras pertencentes à União.

2. CASO RAPOSA SERRA DO SOL

2.1. DOS POVOS DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL (TIRSS)

A terra indígena Raposa Serra do Sol possui uma população de, aproximadamente, 19.000⁵²⁶ indígenas distribuídos em diversas comunidades, que delas fazem parte os povos Ingaricó, Patamona, Wapixana, Taurepang e, em sua maioria, os Makuxi.

De família linguística, pertencente ao Karib, os Makuxi, povo originário da Bacia do Orinoco, datam do século XVIII e, junto com os portugueses, contribuíram na defesa do Estado de Roraima, contra os espanhóis. No século XIX,

⁵²⁵ ACO 323-7 MG fls 99.

⁵²⁶ Instituto Socioambiental (ISA). Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

foram forçados a trabalhar, com a expansão da exploração da extração da borracha na Amazônia e, mais tarde, com a consolidação da pecuária, o que motivou, em parte, a migração de aldeias⁵²⁷.

Considerados como “hostis”, com o passar do tempo e com o constante contato com outros povos e não-índios, novos hábitos e valores passaram a fazer parte da sua cultura.

Atualmente, algumas aldeias possuem um pequeno rebanho de gado coletivo, através de projetos iniciados pela Diocese de Roraima, pela FUNAI e pelo Governo do Estado de Roraima, além disso, algumas famílias criam aves e suínos. Além da agricultura, essas atividades hoje são consideradas indispensáveis, tendo em vista a diminuição da caça⁵²⁸.

Todavia, para que esses povos pudessem efetivamente habitar suas terras sofreram e ainda sofrem toda forma de ameaças por parte daqueles cujos interesses não passam de econômicos. Fato que os ensinou sobre a necessidade de aprender a cultura dos não-índios para poderem defender a sua própria cultura.

A partir daí, os povos se organizaram para poderem ser ouvidos e reivindicaram os direitos que sempre lhes pertenciam, ou seja, o direito sobre suas terras, visto que ali habitam desde tempos imemoriais e, ou seja, até mesmo antes do Direito.

⁵²⁷ Disponível em: <http://www.portalaroraima.rr.gov.br/index.php?id=91&itemid=1&option=com_content&task=view>.

⁵²⁸ CONSELHO INDÍGENA DE RORAIMA (CIR). Makuxi. Disponível em: <<http://www.cir.org.br/portal/makuxi>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

2.2. LOCALIZAÇÃO TERRITORIAL



A terra indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS) está localizada a leste de Roraima, norte do Brasil. Abrangendo os municípios de Pacaraima, Normandia e Uiramutã, faz fronteira com a Guiana e a Venezuela, numa extensão de aproximadamente 1,7 milhão de hectares, totalizando 7,5% do território de Roraima.

2.3. DO CONFLITO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

De acordo com a Constituição Federal, “basta que as terras sejam tradicionalmente ocupadas para que sobre elas os povos tenham direitos originários”⁵²⁹, mesmo que estes povos sejam ainda desconhecidos. Os próprios índios sabem dos limites de suas terras e sobre elas tem direito independente de demarcação. Portanto, quando se fala em demarcação, fala-se em reconhecimento de um direito que anteriormente já existia. O que difere, por exemplo, das terras devolutas, “que dependem de demarcação pelo processo discriminatório”⁵³⁰.

Nesse sentido, o artigo 65 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) previa que o Poder Executivo realizasse todas as demarcações pendentes no prazo de cinco anos. Entretanto, este prazo foi desprezado.

Em 1988, o artigo 67 do Ato das Disposições Transitórias prorrogou por mais cinco anos o tempo para que a Administração concluísse o processo demarcatório. Novamente, o prazo foi desprezado, deixando a União em débito com os povos indígenas.

Além disso, o processo demarcatório esbarra em mais duas questões: a localização estratégica (áreas de fronteira) e a sobreposição com unidades de conservação, aumentando a burocratização e, conseqüentemente, a morosidade de todo o processo.

Em 1987, o Decreto 94.945 fez diferença com as terras indígenas de faixa de fronteira, dificultando a aplicação da Constituição. Vale ressaltar que, foi através deste decreto que o, então presidente, José Sarney, criou o Parque Nacional do Monte Roraima (PNMR), situado integralmente dentro dos limites das terras indígenas Raposa Serra do Sol. Em 1991, este decreto foi substituído pelo Decreto 22 que, apesar de tornar possível a demarcação de um grande número de terras indígenas, omitia quanto à participação dos povos neste processo.

Nesse contexto, desde 1977, trilhou-se a discussão sobre a demarcação da TIRSS e se esta demarcação dar-se-ia de forma contínua ou insular, dividindo os interessados e gerando uma série de conflitos com enfrentamentos corporais, mortes, prisões, invasões, acusações e protestos.

Contudo, com a substituição da Portaria nº. 820/1998, pela Portaria nº. 534/2005, através do Decreto de 15 de abril de 2005, assinado pelo, então presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, que se deu a homologação da demarcação, determinando que “o Parque Nacional do Monte Roraima é bem público da União,

⁵²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 148.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 149.

submetido a regime jurídico de dupla afetação, destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios”⁵³¹.

Por fim, no dia 19 de março de 2009, com 11 votos a favor e, sob 18 condições, é confirmada a demarcação da TIRSS de forma contínua.

2.4. DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O caso da Raposa Serra do Sol foi um longo e conflituoso embate judicial sobre demarcação de terras indígenas, que encerrou como sendo um julgamento histórico, marcado por uma decisão que abriu precedente a futuros julgados.

Isso porque, por maioria de votos, os Ministros, acompanharam o Relator, julgando procedente, parcialmente, a ação popular ajuizada, mantendo-se a demarcação das terras, nos termos da Portaria 534/05, bem como impondo restrições ao usufruto dos direitos indígenas. Assim, a área em questão foi desocupada, com a retirada de não índios das terras.

Dentre outros aspectos, em seu voto, afirmou que em todas as terras indígenas recaia, exclusivamente, o direito nacional, além de que todas terras indígenas são patrimônio da União, embora não impeça que as terras indígenas se situem nos Estados e Municípios e vice-versa.

Outrossim, expôs que as comunidades indígenas não tem autodeterminação política. Afirmando, também, que é uma era compensatória de direitos à minoria, historicamente, prejudicada, através de ações afirmativas, visando a “integração comunitária” do povo brasileiro.

Impõe-se, ainda, a data de 05 de janeiro de 1988 como o marco temporal da ocupação para fins de demarcação.

Por outro lado, enaltece que a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, rios, lagos, existentes nas terras indígenas não impedem a eventual presença de não índios, a abertura de estradas, instalações públicas, desde que submetidas a controle da União. E, bem como que os índios não podem se opor ao Poder Público em suas terras.

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio entendeu pela procedência total da ação, destacando os seguintes pontos: que existe na Constituição Federal princípio de integração e unidade política nacional, expondo que esta sempre ocorreu e seria um retrocesso o isolamento; posicionamento contrário à Declaração Universal dos Direitos Indígenas, que garante a autodeterminação dos povos; que a soberania nacional prevalece frente aos direitos indígenas; que nos Estados

⁵³¹ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. **Cronologia**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=cronologia&page=1>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

Unidos existe a garantia do direito de sistema jurídico próprio nas tribos; que a demarcação deveria ocorrer considerando aspectos econômicos e a importância dos fazendeiros no Estado, e não considerando apenas o argumento romântico das dívidas históricas com os índios; que posse dos índios preservada é a existente em 05 de outubro de 1988; que deve ocorrer a demarcação em ilhas.

Entretanto, ao mesmo tempo, as condições estabelecidas pelo Ministro Menezes Direito em seu voto foram consideradas, em alguns pontos, contróvertidas, pois contrariam, além da própria Constituição, Acordos e Convenções Internacionais, dos quais o Brasil é signatário.

Em memorial do Ministério Público Federal⁵³², Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República, questiona estes pontos, suscitados nas condições I, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e XVII, onde se tem na condição I, a primazia dos interesses da União na exploração dos recursos naturais existentes nas terras indígenas sobre os direitos indígenas, além de violar o artigo 15.2 da Convenção 169 da OIT, que estabelece:

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos existentes nas 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 receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Além disso, nas condições V e VI, os direitos dos índios ficam condicionados à política de defesa nacional, como também excluem a oitiva dos povos indígenas quando da tomada de decisões em assuntos que lhes dizem respeito, ferindo novamente a Convenção 169 da OIT, agora em seu 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.

⁵³² MEMORIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/491#attachments>>.

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.

Por outro lado, no mesmo artigo, a condição VII peca ao cercear, novamente, o direito da consulta prévia às comunidades indígenas.

Já, as condições VIII e IX descon sideram o princípio da proporcionalidade ao sujeitar os direitos dos índios à tutela do meio ambiente, contrariando o disposto no artigo 15.1 da Convenção 169 da OIT: “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.”

As condições X e XI, ao disciplinar o trânsito de não índios sobre suas terras, não permitem que as comunidades envolvidas sejam ouvidas, ofendendo os artigos 6.1, 7.1 e 18 da Convenção 169 da OIT.

Quanto à condição XVII, diz que é “vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”, o que constitui uma forma de retrocesso, dentro do processo histórico de reconhecimento dos direitos indígenas, uma vez que mudanças sociais podem, eventualmente, “pedir” uma ampliação de suas terras, ofendendo os artigos 32 e 39, III, da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio), os quais dispõem que são de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, bem como que constituem bens do Patrimônio Indígena, tanto os bens móveis quanto imóveis, adquiridos a qualquer título.

3. DO INEDITISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso Krenak e Raposa Serra do Sol não encerrou a interminável batalha no jogo de interesses entre empresários, produtores, fazendeiros, governos e aqueles que defendem a manutenção da tradição, da cultura, dos usos, dos costumes e dos recursos naturais, mas coloca uma vírgula perante os operadores do direito, em especial, juízes e ministros, que lhes permite continuar a história em cada caso concreto.

Seguindo as diretrizes estabelecidas na decisão, em especial do caso Raposa Serra do Sol, dados seus significativos avanços frente ao caso Krenak, poderão os operadores, assegurar os direitos tão pertencentes àqueles que tanto perderam em séculos de desrespeito ou continuar a manutenção de uma história triste, que tanto marcou o Brasil. Uma história gerida pela ganância e por interesses econômicos

que aviltam, corrompem e negam a essência de pessoas que como qualquer uma do mundo, querem apenas ser respeitadas como são.

Pois, como cita Damas,

A mesquinhez, intolerância e brutalidade do ordenamento montado em torno do estado nacional sequer permitem reconhecer que no território por ele delimitado existem de fato outros povos com costumes, tradições, crenças, valores, modos de vida e sistema de resolução de conflitos bem diferentes daquele imposto pela classe que tomou conta do controle político central.⁵³³

Porém, primeiramente, a decisão do caso Krenak trouxe avanços à sociedade como o fato de reconhecer a íntima relação da terra indígena à esperança desse povo, à sua saúde, ao seu alimento e a própria manutenção de sua vida. Cabe lembrar aqui as palavras, que bem definem tal fato, de Las Casas, citando Gênesis, a saber:

Façamos o homem a nossa imagem, como nossa semelhança, e que eles dominem sobre os peixes do mar, as aves do céu, todas as feras. E adiante: Enchei a terra, submetei- a dominai sobre os peixes do mar, etcétera; estas palavras demonstram com Deus concedeu a espécie da natureza humana o poder que essas palavras significam; porque quem disse: “que a terra verdeje de verdura”. E assim falando deu as árvores poder de germinar, disse também aos homens: “Dominai sobre os peixes do mar”, etc; e com isso lhes deu potestade sobre as coisas criadas e os fez donos delas quanto a seu uso e propriedade. “Pois Ele mandou e foram criados”.⁵³⁴

Por outro lado, embora alguns questionamentos, como o fato do voto do Ministro Nery da Silveira embasar-se, para sustentar a anulação dos títulos de propriedade, não pelo fato das terras serem tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas que lá habitavam imemorialmente, mas sim pela razão de que, a partir da Constituição de 1934, aquelas terras passaram à propriedade da União, não podendo desta maneira o Estado de Minas Gerais alienar bens daquela, possam ser vistos no julgamento.

Outrossim, os fundamentos mencionados na decisão ainda que, de fato, embasem, juridicamente, o pedido de declaração de nulidade dos títulos em questão, não compreendem o cerne da fundamentação.

Seu embasamento não pode ser outro senão o direito que o povo indígena Krenak sempre teve em relação a sua terra pelo simples fato de nela habitarem imemoravelmente.

⁵³³ SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão na fronteira da Amazônia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.

⁵³⁴ CASAS, Frei Bartolomé de las. Princípios para defender a justiça dos índios. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992, p. 13.

Tanto que, a própria Constituição Federal, em seu artigo 231, como anota Damas, “teve por mérito conceituar terra indígena na sua ampla concepção, incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas a produção, preservação do meio ambiente e as necessidades à sua reprodução física e cultural”⁵³⁵.

Além do que, cabe lembrar-se que,

Ademais, e pela primeira vez em nível constitucional, admite-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização sindical indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais, especialmente os minerais para o que se exige previa anuência do Congresso Nacional. Essa mesma constituição proibiu a remoção de grupos indígenas de suas terras, dando novamente ao Congresso Nacional a possibilidade de estudo das eventuais e estabelecidas exceções, declarando finalmente nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse sobre suas terras, sem direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas das ocupações de boa-fé.⁵³⁶

Da mesma forma, pode-se verificar que o âmago da problemática acima colacionada encontra seu principal fundamento no fato de que a simples ocupação dos Krenak naquela área por si só legitima a declaração de nulidade dos títulos, não sendo necessária, portanto, a adição de qualquer outra justificativa.

Para a perfeita compreensão da suficiência desse argumento para fundamentar o caso, é essencial que se tenha inicialmente uma correta compreensão de terra indígena e do valor que esta representa a esse povo. Até porque as diferentes etnias indígenas possuem distintas relações com a terra.

Os Yanomamis, por exemplo, acreditam que as montanhas são sagradas por representarem o local onde os espíritos de seus ancestrais residem. De qualquer forma, o que é importante estar elucidado é que a relação indígena com a terra não é meramente física. O espaço territorial vital necessário a uma comunidade indígena envolve aspectos físicos e culturais.

O espaço necessário a uma determinada comunidade pode ser compreendido como aquele que garante as práticas tradicionais, culturais, as crenças, a reprodução física e cultural, portanto.

Pelo que, Damas sustenta que

Acontece que a vida humana é também albergada pelo núcleo essencial da norma que reconhece a Raposa Serra do Sol como terra indígena, assim como bem jurídico constitucionalmente qualificado. Uma vez definida de

⁵³⁵ SILVEIRA, Edson Damas da. Op. cit., p. 58.

⁵³⁶ Id.

ocupação tradicional pelas etnias Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana, aquela terra se tornou necessária para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições e, por isso mesmo, de usufruto exclusivo às mencionadas etnias.⁵³⁷

Direito à terra e direito à vida encontram-se inelutavelmente entrelaçados, demandando proteção conjunta, já que interdependentes e essenciais à proteção dos povos indígenas.

Nesse sentido, Carlos Marés bem observa que:

A questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos (...) um povo sem o seu território está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo. Esta afirmação é válida para todos os povos exatamente porque o conceito de povo está ligado a relações culturais que por sua vez se interdependem com o meio ambiente. Deste modo, a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo. É no território e em seus fenômenos naturais que se assentam as crenças, a religiosidade, a alimentação, a farmacopéia e arte de cada povo.⁵³⁸

Ainda, referindo-se ao retorno dos Krenak as suas terras, o mesmo autor salienta também:

a volta para casa, como ocorreu com o povo Krenak, significa na verdade que a velha idéia dos aldeamentos extintos ou abandonados somente se aplica hoje se o povo deixar de existir, porque um povo está ligado não só a sua tradição cultural, suas crenças e criatividade, mas, e fundamentalmente, ao seu território.⁵³⁹

Por fim - ainda que o fundamento apontado no acórdão pudesse ser simplesmente o direito originário dos Krenak sobre suas terras - de fato a decisão foi favorável à comunidade indígena, declarando-se a nulidade dos títulos de propriedade outorgados pelo Estado de Minas Gerais e reconhecendo-se a imprescritibilidade dos direitos indígenas sobre suas terras, atuando o Judiciário de forma ativa e indelével no desafio da proteção dos direitos desses povos que lamentavelmente restam tão invisíveis à nossa sociedade.

De outro lado, apesar da decisão Raposa Serra do Sol ser vista como um avanço sobre os direitos indígenas, estes direitos ainda não são vistos como absolutos.

⁵³⁷ Ibid., p. 174.

⁵³⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. cit., p. 120.

⁵³⁹ Ibid., p. 136.

Talvez, pelo fato de que a decisão do caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal fundamentada em votos, como o do Ministro Carlos Aires Brito, relator, surgiu em um momento histórico onde os interesses econômicos capitalistas prevalecem sobre os interesses sociais, culturais e ambientais.

Mesmo porque, ao se falar em povos indígenas, fala-se em culturas tradicionais na iminência de serem “engolidas” pelo desenvolvimento pós-moderno, mas que devem ser preservadas ao máximo.

São as condições citadas

1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União na forma de Lei Complementar;

5 – O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;

11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

Assim, pode-se dizer que tal decisão do Supremo inaugura uma nova fase na luta pela proteção do povo indígena, muito embora possamos colocar diversos questionamentos, como deixar de considerar eventual jurisdição indígena para questões internas, o direito de exclusividade ao usufruto indígena, os tratados internacionais que garantem a autodeterminação dos povos e ranço integracionista.

4. CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO DOS CASOS KRENAK E RAPOSA SERRA DO SOL EM FUTURAS DECISÕES

Dentro desse contexto, as decisões do Supremo Tribunal Federal servirão, além de exemplo de respeito às comunidades tradicionais indígenas, também como parâmetro para outras decisões acerca de demarcação de terras indígenas, no sentido de balizar os critérios de demarcação, bem como o de direcionar a participação do Estado em todo o processo e, quem sabe, aumentar a sobrevida de culturas tradicionais e de seus povos.

No caso da Raposa Serra do Sol, por exemplo, é inegável o mérito do julgamento do Supremo Tribunal Federal “de resolver definitivamente uma demanda localizada que perdurava por quase 30 anos em que pese lançar incertezas a alguns aspectos que permaneceram controversos”⁵⁴⁰.

E, ainda, como destaca Damas,

Para os indígenas daquela região, a decisão do nosso Tribunal Maior atendeu plenamente os interesses das etnias residentes, porquanto entendeu como válido e regular todo o processo demarcatório, corroborando a sua forma contínua e mandando desintrusar todos os não índios que lá promoveram reconhecido esbulho. Entretanto, para o futuro da política indigenista no Brasil alguns retrocessos se verificaram e muitas dúvidas se levantaram (...).⁵⁴¹

Não obstante isso, toma-se, como exemplo, a repercussão desta decisão dos povos ocupantes da Raposa Serra do Sol em outras instâncias, com juízes e teóricos procurando aplicar a decisão a outros casos concretos.

⁵⁴⁰ SILVEIRA, Edson Damas da. Op. cit., p. 128.

⁵⁴¹ Id.

No Mato Grosso do Sul, para os índios Terena, foi no sentido de coibir a ampliação de seu território. No caso do Maranhão, para os índios Canela-Apãjekra, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça manteve a Portaria nº 3.508/2009 determinando a remarcação da TI Porquinhos Canela-Apãjekra, a fim de manter sua atual demarcação, ou seja, unida às aldeias Bacurizinho e Reserva Canela-Buriti Velho, conforme ementa a seguir:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT - REVISÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR - POSSIBILIDADE. (MS 14987/DF- STJ - Relatora Ministra Eliana Calmon- S1-Primeira Seção – Julgamento -28/04/2010 - Dje 10/05/2010).

Além desses casos, outros, como o da terra indígena Pequinzal do Naruvôte no Mato Grosso do Sul e o estabelecimento de um prazo de 24 meses para a FUNAI finalizar a demarcação de TI no litoral norte de Santa Catarina, também seguiram à decisão da Raposa Serra do Sol.

Do mesmo modo, espera-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do caso Krenak, também, continue influenciando positivamente questões que envolvam povos que não mais habitam seus antigos territórios, tornando obsoleta a antiga noção de “aldeamentos extintos” ou “abandonados”, esta se aplicando apenas em caso de não mais existência da comunidade.

CONCLUSÕES

Pode-se observar que o desafio do século XX foi instituir novas formas de direito, em razão dos crescentes anseios sociais e ambientais, advindos do capitalismo, ou seja, de uma nova realidade.

Mesmo porque, o capitalismo, envolto por sua expansão, suas crises, recessões, transformações, marcou a história, seja no campo da economia, no social, da política e da ideologia⁵⁴². Tanto que, após a Segunda Guerra Mundial, foram intensas as discussões sobre os intitulados “novos direitos”.

Os chamados, também, direitos da coletividade, decorrentes dos anseios dos povos, como indígenas, quilombolas, agricultores, dentre outros, vieram a se

⁵⁴² MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3.ed. Coimbra: Centelha, 1978, p. 11.

sobrepôr aos direitos individuais, visto que revelados pela crise ambiental, onde os interesses coletivos, nos quais não se incluem apenas os direitos indígenas, comecem a se chocar com interesses individuais.

Dessa forma, é ímpar a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso Krenak e Raposa Serra do Sol nesse contexto. Embora, essas decisões não encerrem a interminável batalha no jogo de interesses entre empresários, produtores, fazendeiros, governos e aqueles que defendem a manutenção da tradição, da cultura, dos usos, dos costumes e dos recursos naturais, conforme exposto, mas coloca uma vírgula perante os operadores do direito, em especial, juízes e ministros, que lhes permite continuar a história em cada caso concreto.

Tanto que, conforme tratamos nesse capítulo, seguindo as diretrizes estabelecidas nas decisões, poderão os operadores assegurar os direitos tão pertencentes àqueles que tanto perderam em séculos de desrespeito ou continuar a manutenção de uma história triste, que tanto marcou o Brasil.

Ou melhor, uma história movida pela ganância e por interesses econômicos que aviltam, corrompem e negam a essência de povos que como qualquer outro, querem apenas ser respeitados como são.

REFERÊNCIAS

CASAS, Frei Bartolomé de las. Princípios para defender a justiça dos índios. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992, p. 13.

CONSELHO INDÍGENA DE RORAIMA (CIR). Makuxi. Disponível em: <<http://www.cir.org.br/portal/makuxi>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/krenak/253>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

_____. **Cronologia**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=cronologia&page=1>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

KRENAK, Douglas. Brasil: O Povo Indígena Krenak. 2005. Disponível em: <<http://www.redindigena.net/articulos/brasil.html>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

MEMORIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/491#attachments>>.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3.ed. Coimbra: Centelha, 1978.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional**: direitos fundamentais em tensão na fronteira da Amazônia brasileira. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

DIREITO À DIVERSIDADE LINGUÍSTICA E ABANDONO DE PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI: O CASO VERÓN

Danilo Andreato⁵⁴³

INTRODUÇÃO

“Eu me interesso pela linguagem porque ela me fere ou me seduz”. Esta espirituosa frase de Roland Barthes⁵⁴⁴ dá mostras do poder latente na linguagem, que, para além de seus signos e significantes, guarda íntima conexão com relações de poder. Ela mesma se revela uma relação de poder, em que é possível se tomar como exemplo o sufocamento de um determinado idioma por um grupo socialmente preponderante, traduzindo-se na subjugação de uma cultura por outra.

A linguagem é, talvez, o mais importante elemento cultural, com inegável e intensa capacidade agregadora. Disso se infere a extrema valia das línguas indígenas para que os povos autóctones brasileiros utilizem-nas frente ao Judiciário, mantendo vivas suas culturas e fazendo valer direitos humanos fundamentais, consagrados na Constituição brasileira de 1988 e em vários instrumentos internacionais.

Levado à sessão do tribunal do júri na justiça federal em São Paulo, o *caso Verón* retrata emblemático capítulo na defesa de direito dos índios à diversidade

⁵⁴³ Professor adjunto das Faculdades Santa Cruz (graduação e especialização). Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial em cursos preparatórios para concursos. Mestre em Direito (PUC/PR). Especialista em Direito Criminal (Unicuritiba). Titulado em Formação Especializada em Direitos Humanos (Universidade Pablo de Olavide – Sevilha, Espanha). Assessor jurídico da Procuradoria da República no Paraná (Ministério Público Federal). www.daniloandreato.com.br.

⁵⁴⁴ BARTHES, Roland. **O prazer do texto**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2002, p. 51.

linguística. O imbróglio se deu em 04.05.2010, quando o Ministério Público Federal, acompanhado da FUNAI na condição de assistente de acusação, abandonou o plenário porque a presidência do júri impediu que os Guarani-Kaiowá, vítimas e testemunhas, falassem em guarani, seu idioma nativo, embora houvesse o auxílio de intérprete. Explicarei melhor na sequência.

1. REPERCUSSÕES DA USURPAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

O desaparecimento de vários idiomas indígenas está estreitamente ligado à usurpação das suas terras e à assimilação da cultura da sociedade dominante. Como resultado dessa equação tem-se a morte de inúmeros índios decorrente da luta por terras tradicionais. Os indígenas perderam territórios, o que implicou ter os espaços físicos originariamente ocupados utilizados por outrem. Mas essa ocupação ultrapassou os limites físicos, impingindo-lhes também a perda de espaços no âmbito sociocultural, cujos efeitos lhes são extremamente deletérios.

É fora de dúvida que o discurso reforça a identidade. A interação, o falar sobre a sua cultura, rememorar feitos dos antepassados, todos eles funcionam como fatores de agregação, fortalecendo laços de pertencimento, tendo na territorialidade elevada importância para a vitalidade dessas práticas.

As mais variadas propostas de ocupação territorial capitaneadas em solo brasileiro pelo aparato estatal notadamente tiveram em mira favorecer e fortalecer aspectos econômicos, privilegiando a propriedade privada. Esse modelo do que se entende por desenvolvimento e civilização está presente entre nós há longas datas, remontando à época em que, como estratégia para promoção da colonização e aproveitamento de vastos territórios, implantou-se no Brasil Colônia as sesmarias⁵⁴⁵, sistema utilizado por Portugal no continente europeu e posteriormente aqui implementado para propulsionar a ocupação territorial em nome da Coroa portuguesa.

Durante o século XX muitas foram as propriedades rurais vendidas a particulares, com a intenção de fomentar, em latifúndios, a produção agropecuária ou monocultura extrativista, geralmente direcionada ao abastecimento do mercado externo⁵⁴⁶. Conta-

⁵⁴⁵ RAU, Virgínia. **Sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1982, p. 143.

⁵⁴⁶ Locke chegou a afirmar que, “no começo, antes que o desejo de ter mais do que precisa tivesse alterado o valor intrínseco de tudo quanto somente depende da própria utilidade para a vida do homem, ou tivessem concordado em que o pedacinho de metal amarelo que se conservasse sem desgaste ou decomposição equivaleria a um grande pedaço de carne ou a um monte inteiro de trigo, embora os homens tivessem o direito de se apropriar, pelo trabalho, cada um para si, de tudo quanto na natureza pudesse fazer uso, não poderia isto ser demasiado, nem em prejuízo de terceiros, se a mesma abundância ainda se apresentasse aos que fizessem uso da mesma diligência. Aquele que toma posse da terra pelo trabalho não diminui, mas aumenta as reservas comuns da Humanidade”. Para o autor, “aquele que cerca um pedaço de terra e tem maior volume de conveniências da vida retirado de dez acres do que poderia ter de cem abandonados à natureza, pode dizer-se verdadeiramente que dá noventa acres aos homens”. LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância. Segundo tratado sobre o governo**.

nos Guimarães⁵⁴⁷ que, desde a gênese da ocupação lusitana do nosso território, “esboçavam-se e, com o tempo, foram tornando-se cada vez mais nítidas as grandes linhas da política seguida pela aristocracia rural, coerente com seu espírito de casta e seus interesses de domínio”.

Entre as diversas nuances dessa política, merecem destaque as grilagens de terras decorrentes de títulos de propriedade falsos ou indevidamente concedidos pelo Poder Público em detrimento dos povos indígenas, seus habitantes originários, tantas vezes invisíveis aos olhos do Estado.

A relação dos índios com a terra é enfeixada de peculiaridades. Dela se apropriam coletivamente, estruturando-se socialmente de modo autônomo, com seus próprios referenciais de diversas ordens, entre elas a linguística.

Apesar dessas notas distintivas, a criação dos Estados nacionais na América Latina, especialmente ao longo do século XIX e com graves reflexos até os dias atuais, pautou-se pela ideia de gerar sociedades de iguais, reprimindo sutil ou violentamente as diferenças existentes entre os inúmeros povos então reunidos na mesma porção geopolítica. Na medida em que a integração passou a ser o “discurso culto dos textos e das leis”⁵⁴⁸, na prática o que se viu foi a transformação da cordialidade de integração em discriminação.

Certo é que nos direitos culturais residem fundamentos para uma gama de direitos, como o direito ao idioma. Não tem sido tarefa fácil para os índios a manutenção da sua língua materna e dos seus costumes, elementos da vida que se contrapõem aos propósitos dos jesuítas e à aquisição de direitos individuais.

Assim como a religião e o Direito, a língua somente tem sentido enquanto se mantiver viva na dinâmica das relações sociais, ingrediente marcadamente de prática coletiva, sem deixar de ser direito individual, como o direito individual de falar a língua-mãe⁵⁴⁹. À vista disso, a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos parte do princípio de que tais direitos são simultaneamente individuais e coletivos (art. 1.º, 2).

Compreendido adequadamente, o direito à diversidade linguística deita raízes no direito ao exercício da cultura. Este, ao ser tratado sob a forma de direito individual, corresponde ao direito à liberdade.

Cada um dos países latino-americanos, sem exceção, é formado por diversos povos. São países marcados sobretudo por heterogeneidade cultural

Ensaio acerca do entendimento humano. São Paulo: Victor Civita, 1973, p. 55.

⁵⁴⁷ GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 110.

⁵⁴⁸ Souza Filho menciona que a “situação de inadequação dos povos indígenas para o sistema jurídico clássico capitalista ou burguês ou contemporâneo é também uma demonstração da própria incompletude do sistema. E esta incompletude se dá não por se tratarem de povos que vivem em sociedade não contemporânea, não burguesa nem capitalista, mas por conceberem a vida e a sociedade de forma diferente, e por terem uma cultura e cosmovisão diferentes, relações diferentes e, evidentemente, Direito diferente”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 67.

⁵⁴⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2006, op. cit., p. 70.

cuja repercussões na organização estatal são sentidas em maior ou menor dimensão⁵⁵⁰.

O não reconhecimento dessa diversidade cultural cunhou a expressão “índio”, um signo único, símbolo da tentativa de ignorar a pluralidade do sem-número de nações indígenas então existentes. Durante o Brasil Colônia criou-se até uma língua-geral utilizada por missionários. Além de que compreendessem e fossem compreendidos pelos autóctones, pretendiam que estes se comunicassem entre si por intermédio desse idioma de laboratório. Operou-se o desenvolvimento de uma língua generalista, com embasamentos em tupi e guarani, a qual era utilizada e ensinada aos “gentios”. Nominaram-na *nheengatu* (“língua boa”, em tupi). “Era a língua da catequese, da evangelização”⁵⁵¹. Conhecida também como *língua brasílica*, surpreendentemente sobrevive, sendo falada em especial no Amazonas.

Ao longo do tempo, os povos indígenas foram forçados a viver em espaços delimitados. Em algumas regiões do Brasil, como em Mato Grosso do Sul, viram-se confinados em parcelas diminutas de terras. Essa transição sempre teve como traço distintivo a violência, emanada da sociedade nacional que se construiu sobre os territórios indígenas.

Com a chegada dos europeus ao Brasil no final do século XV teve início, de forma bastante acentuada, a agressão aos índios, atingidos tanto no campo pessoal quanto cultural. Tais ofensas, como bem lembra Dallari⁵⁵², encontrou pouca resistência até muito recentemente.

Em período que precedeu as sucessivas invasões das áreas originariamente ocupadas e a massiva redução populacional, o povo Guarani, dividido nos subgrupos Kaiowá, Nandeva e Mbyá, ocupava vasta área territorial compreendida em regiões atualmente correspondentes ao Paraguai e Argentina, além de, no Brasil, boa parte dos estados de Mato Grosso do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Apesar da dispersão e do confinamento a que esses grupos foram submetidos, jamais perderam a concepção de território contínuo.

No caso de Mato Grosso do Sul, a expressão *Guarani-Kaiowá* designa índios Kaiowá e Nandeva, os quais são ali conhecidos apenas como Guarani⁵⁵³.

⁵⁵⁰ O assunto é tratado por Souza Filho, para quem “O Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente. O exemplo de cada um dos países latino-americanos, porém, com a existência de várias Nações Indígenas com maior ou menor contato com a sociedade, faz por desmentir essa concepção. Não há país na América Latina que possa se dizer constituído de um único povo, a diversidade cultural é imensa e cada povo mantém com maior ou menor rigor sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2006, op. cit., p. 71.

⁵⁵¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2006, op. cit., p. 73, nota 101.

⁵⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – REGIONAL DO MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (orgs.). **Conflitos de direitos sobre as terras guarani kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 33.

⁵⁵³ “Os Guarani estão divididos em três parcialidades que vivem no Paraguai, na Argentina, no Uruguai e no

Ambos convivem em muitos *tekoha* e estão juntos na luta pela terra⁵⁵⁴. *Tekoha*, em guarani, significa o local em que ganha concretude o modo de ser próprio dos Guarani-Kaiowá. Cuida-se de espaço não só físico, mas também espiritual, no mais das vezes inadvertidamente denominado *aldeia*, nomenclatura reducionista por não abarcar o seu real alcance.

2. LÍNGUAS DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

A língua guarani pertence ao tronco tupi.

Por causa da imensa diversidade dos povos indígenas no Brasil, criaram-se muitos critérios para sua divisão. Ganham relevo os alusivos aos aspectos linguísticos e culturais.

Kayser⁵⁵⁵ sustenta que o critério linguístico leva em conta as línguas utilizadas pelos povos, seu pertencimento a troncos linguísticos e a famílias linguísticas. Com apoio no pesquisador Aryon dall'Igna Rodrigues, pontua que no ano de 1500 eram faladas cerca de 1.300 línguas no território do Brasil atual. Hoje esse número se reduziu a 180, em razão da extinção de grande parte dos povos indígenas.

Outro dado relevante diz respeito à variedade dos falares em nosso País e a sua influência na formação da língua portuguesa assimilada por aqui. O território brasileiro, levando-se em consideração o número das línguas indígenas faladas, concentra a maior diversidade de toda a América do Sul, fator que acaba repercutindo na composição do português do Brasil.

Cerca de vinte mil vocábulos presentes nos dicionários comuns, segundo Kayser⁵⁵⁶, originam-se somente do tupi, como os verbetes *babau*, que significa “acabou-

Brasil: os Mbyá, com uma população estimada em 10 a 11 mil; os Avá-Chiripá, com cerca de 9 mil; e os Pãi/Kaiowá, com 35 a 40 mil pessoas. A população Guarani que habita a região sul do estado de Mato Grosso do Sul é de cerca de 25 mil e, na sua grande maioria, corresponde à parcialidade Kaiowá e, em menor número, aos Nandeva. Os Nandeva se autodenominam Guarani e, portanto serão tratados desta forma no presente texto. Embora em menor número, eles estão presentes em várias aldeias Kaiowá, por isso o uso da designação Kaiowá/Guarani para referir-se às duas parcialidades. ‘Há, contudo, entre os subgrupos Guarani-Nandeva, Guarani-Kaiowá e Guarani-Mbyá existentes no Brasil, diferenças nas formas linguísticas, costumes, práticas rituais, organização política e social, orientação religiosa, assim como formas específicas de interpretar a realidade vivida e de interagir segundo as situações em sua história e em sua atualidade’”. BRAND, Antonio J. **O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani**. Os difíceis caminhos da Palavra. Tese (Doutorado em História) – PUC/RS, Porto Alegre, 1998.

⁵⁵⁴ CIMI/MS (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – REGIONAL DO MATO GROSSO DO SUL); COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (orgs.). **Conflitos de direitos sobre as terras guarani kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 11.

⁵⁵⁵ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurarck e Klaus-Peter Rurarck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 50.

⁵⁵⁶ Id.

se”, e *nhenhêném*, derivado do tupi *nhen nhen* (“fala, fala”), que em português quer dizer “resmungo, rabugice”⁵⁵⁷. Daí porque a tão difundida expressão “pessoa cheia de nhenhêném” ser utilizada em referência a alguém que fala e reclama muito⁵⁵⁸.

Há, porém, acesa controvérsia no que se refere à classificação das línguas indígenas. Em que pese a discussão em torno desse ponto, tem-se a categorização principal em dois troncos linguísticos. A cada um dos lados dessa bipartição vinculam-se inúmeras famílias linguísticas, “que têm uma origem comum, assim como outras 41 famílias linguísticas e aproximadamente dez famílias isoladas sem pertencimento a famílias ou troncos linguísticos”⁵⁵⁹.

Um desses dois troncos linguísticos é o *tupi*, que se desdobra em torno de dez famílias linguísticas, as quais se subdividem em, ao menos, outras quarenta línguas. O *tupi guarani* figura como a família linguística mais significativa, falada especialmente desde o centro da costa atlântica até o Mato Grosso do Sul. Tem nos Guarani e Guajajara os seus maiores representantes.

O *tupi macro-jê*, por sua vez, é tronco linguístico que abrange doze famílias linguísticas, destacando-se a *jê* como a mais expressiva, com um total superior a quarenta línguas, predominantemente faladas no centro-sul do Brasil e em determinadas regiões litorâneas do nordeste.

Entre os povos que falam *macro-jê* estão os Kaingang, os Caiapó, os Xavante e os Xakriabá. Outras famílias linguísticas com marcante presença são: 1) *aruák* (Acre, Amazonas, Amapá, Mato Grosso e Roraima); 2) *karib* (Pará, Roraima, Amazonas e Amapá); 3) *tukáno* (Amazonas); 4) *pano* (Acre e Rondônia); 5) *txapakúra* (Amazonas, às margens do Rio Madeira); 6) *múra* (Amazonas); 7) *makú* (Amazonas); 8) *nambikwára* (Rondônia e Mato Grosso do Sul); 9) *guaikurú* (Mato Grosso do Sul); 10) *arawá* (Amazonas e Acre); 11) *katukína* (Amazonas); 12) *yanomami* (Amazonas e Roraima). Há, outrossim, famílias linguísticas constituídas de apenas uma língua.

Ameaçados por inúmeros conflitos em sua existência física e cultural, os Guarani estão distribuídos por 86 terras indígenas, cujos territórios demarcados constituem áreas insuficientes, principalmente por estarem superpovoados⁵⁶⁰.

O problema é grave, ainda mais quando se tem em vista que grande parte dessas terras não foi conclusivamente demarcada, deixando-se de concretizar o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estipulou o prazo de cinco anos con-

⁵⁵⁷ “*Babau*: acabou-se; sumiu; (...) *Nhenhêném*: resmungo, rabugice; conversa repetitiva”. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 83 e 519.

⁵⁵⁸ A propósito, consulte-se os ensaios: D’ALKMIN, Sônia Maria. **O mito de Babel e o direito fundamental ao idioma**. Disponível em: <<http://intertemas.unioledo.br/revista/index.php/ETIC/issue/view/31>>. Acesso em: 22 jun. 2010. e ARAÚJO, Ruy Magalhães de. Os tupinismos na formação do léxico português do Brasil. **Revista Philologus**, Círculo Fluminense de Estudos Filológicos e Linguísticos, Rio de Janeiro, ano 14, n. 40, Suplemento. Disponível em: <http://www.filologia.org.br/revista/40suple/os_tupinismos.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2010.

⁵⁵⁹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Op. cit., p. 50-51.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 57.

tados da promulgação da Constituição de 1988 para que a União concluísse a demarcação das terras indígenas⁵⁶¹. Em vigor desde 21.12.1973, quando publicada no Diário Oficial da União, a Lei 6.001 (Estatuto do Índio) já havia determinado no seu art. 65 igual prazo para que o Poder Executivo demarcasse as terras ainda não submetidas a esse procedimento. Com efeito, o constante adiamento do fornecimento de condições “que facilitem os caminhos de dignidade só produz frustração e ansiedades”⁵⁶².

Atente-se, porém, que a demarcação em si não constitui a terra como indígena, consistindo em instrumento administrativo direcionado à sua identificação e delimitação física. É, pois, ato declaratório. Saliente-se ainda que vários desses territórios se situam em faixa de fronteira⁵⁶³, utilizada pelo exército brasileiro.

Outra questão a ser enfrentada decorre do interesse em diversas dessas áreas para o corte de madeiras nobres, assim como a edificação de grandes obras, como usinas hidrelétricas, altamente impactantes na realidade dos indígenas. Isso porque a consecução de tais interesses, contrapostos aos dos indígenas, quando menos tem por companhia a criação de estradas e aberturas de vias de acesso, produzindo o desmatamento de vastas áreas, do qual decorrem, entre os seus perniciosos efeitos, a expulsão ou destruição da flora e da fauna, impedindo ou dificultando sobremaneira atividades de subsistência (coleta, caça e pesca).

Com esse breve cenário não há dificuldade para perceber que os Guarani se veem ameaçados em razão de seus territórios estarem ocupados, grande parte deles por fazendas, de maneira que “as invasões e as tentativas dos índios de expulsar os invasores ou de, após a própria expulsão, retomar a posse de suas terras, são quase sempre acompanhadas de confrontos graves e violentos, frequentemente mortais”⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Os parâmetros basilares sobre o processo administrativo de demarcação estão definidos na Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), no Decreto n. 1.775/1996 e na Portaria n. 14/1996 do Ministério da Justiça. Cabe à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) o papel de promover, orientar e executar a demarcação dessas terras. De acordo com o quadro-resumo do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), atualizado em 10.11.2009, de um total de 988 terras indígenas, 323 delas não foram objeto de nenhuma providência no sentido de regularizá-las. Vide <http://www.cimi.org.br/?system=news&eid=242>. Acesso em: 04 dez. 2010.

⁵⁶² FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37.

⁵⁶³ Ao julgar o Caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém” (STF, Tribunal Pleno, Pet 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe 24.09.2009).

⁵⁶⁴ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Op. cit., p. 58.

Bem examinado, o episódio do dia 04.05.2010, acontecido na sessão do tribunal do júri federal encarregado de apreciar o caso Verón na capital paulista, é muito mais do que parece. Sua devida contextualização demonstra tratar-se, na realidade, da apreciação judicial de conflitos envolvendo direitos indígenas e que descambaram em brutal violência contra índios, vitimando fatalmente, entre tantos, o cacique guarani-kaiowá Marcos Verón.

3. O CASO VERÓN

Município de Juti, estado de Mato Grosso do Sul. No território indígena Takua-ra, distante pouco mais de 300 quilômetros de Campo Grande, funcionários da Fazenda Brasília do Sul teriam sido responsáveis pela morte do septuagenário cacique Marcos Verón, um dos líderes dos Guarani-Kaiowá. Além de Verón, outros indígenas foram vítimas de agressão naquela região nos dias 12 e 13.01.2003, fatos que ganharam as páginas de informes brasileiros e estrangeiros, a exemplo da Anistia Internacional⁵⁶⁵.

Segundo dados do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), o Mato Grosso do Sul lidera o ranking dos conflitos ligados a direitos territoriais. Naquela faixa oeste do Brasil ocorreram 23 dos 26 casos relatados em 2003, 28 dos 41 em 2004 e 17 dos 32 casos levantados pelo CIMI até julho de 2005, os quais somam 287 índios vítimas de homicídio entre 1995 e 2005⁵⁶⁶.

Por se tratar de disputa sobre direitos indígenas, o caso Verón atraiu a competência da justiça federal por força dos arts. 109, XI⁵⁶⁷, e 231⁵⁶⁸ da Constituição. O feito é proveniente do juízo federal de Dourados/MS, subseção judiciária à qual o município de Juti está vinculado. Contudo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região acatou pedido do Ministério Público Federal a fim de que ocorresse o desaforamento,

⁵⁶⁵ Veja-se matéria publicada no *site* da *Amnesty International*. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR19/002/2005/en/cb61079f-d526-11dd-8a23-d58a49c0d652/amr190022005pt.html>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁵⁶⁶ FEITOSA, Saulo. A década da violência. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **A violência contra os povos indígenas no Brasil – Relatório 2003-2005**. Brasília: CIMI, 2006, p. 13.

⁵⁶⁷ CF, art. 109: “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) XI – a disputa sobre direitos indígenas”. Nas palavras de Dallari, “A Constituição de 1988 consagrou, com bastante ênfase, os direitos dos índios e das comunidades indígenas, inclusive o direito à identidade cultural e o direito à ocupação permanente da terra e a exclusividade no uso de seus recursos e na exploração de suas riquezas. Do ponto de vista da garantia desses direitos, dois pontos merecem especial referência. Um deles foi a atribuição de competência à Justiça Federal para as questões que envolvam direitos de índios. Isso foi importante porque em vários Estados brasileiros, sobretudo onde há maior número de terras indígenas, era muito forte a influência das elites econômicas e políticas locais sobre o Poder Judiciário, o que tornava muito difícil obter êxito na defesa de direitos dos índios contra os interesses daquelas elites. Embora seja visível essa influência também em alguns juízes federais, no conjunto a mudança de competência tem-se mostrado muito benéfica para os índios”. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 36.

⁵⁶⁸ CF, 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”.

instituto processual que possibilita a transferência da realização do julgamento, pelo tribunal do júri, quando se tratar de ao menos uma das hipóteses elencadas nos arts. 427 e 428 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.719/2008⁵⁶⁹. O caso, então, foi desaforado para a justiça federal em São Paulo/SP, por existir dúvida com relação à imparcialidade dos jurados sul mato-grossenses⁵⁷⁰.

Em júri iniciado na capital paulista em 03.05.2010, três réus foram levados ao tribunal popular acusados de homicídio duplamente qualificado por motivo torpe e meio cruel (art. 121, § 2.º, incisos I e III, do Código Penal), além de tortura (art. 1.º, II, e § 4.º, III, da Lei n. 9.455/97), seis tentativas qualificadas de homicídio (art. 121, § 2.º, I, c/c o art. 14, II, do Código Penal), seis crimes de sequestro (art. 148 do Código Penal), fraude processual (art. 347 do Código Penal) e quadrilha (art. 288 do Código Penal, na dicção da época).

Todavia, o júri foi interrompido no dia seguinte porque o Ministério Público Federal, acompanhado da FUNAI na qualidade de assistente de acusação, viu-se obrigado a abandonar o plenário. Essa enérgica reação se deveu ao fato de a presidência do júri ter impedido os indígenas, vítimas e testemunhas, de, por meio de intérprete, prestarem depoimento em seu idioma nativo durante o julgamento, direito amparado nos arts. 210, § 2.º, e 231 da Constituição da República e em diversos documentos internacionais, como veremos.

Sinteticamente, eis o quadro dos acontecimentos nos autos da ação penal⁵⁷¹ em tela e que culminou com a saída do MPF e da FUNAI do plenário, atitude adotada para resguardar o direito do grupamento autóctone brasileiro de falar o próprio idioma:

1. Inicialmente, a presidência do júri indeferiu a juntada de documentos pelo MPF, embora no prazo legal (art. 479 do CPP). O MPF apresentou correção parcial e o TRF-3 determinou a juntada das provas aos autos;
2. Em seguida, a presidência do júri homologou a desistência de testemunhas da Defesa, sem considerar os princípios da comunhão da prova,

⁵⁶⁹ CPP, art. 427, *caput*: “Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas”. Confira-se, ainda, o *caput* do art. 428 do mesmo Código, assim grafado: “o desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia”.

⁵⁷⁰ Vários foram os fundamentos fáticos em que se apoiou o TRF-3 para desaforar o júri. “As manifestações da Assembleia Legislativa do Estado e as matérias jornalísticas com viés nitidamente desfavorável aos índios também faz prever a forte influência sobre os jurados”, consignou o Desembargador Federal André Nabarrete, em regime de plantão, na decisão prolatada no dia 21.04.2007, que determinou a suspensão da sessão do tribunal do júri federal então em Dourados/MS.

⁵⁷¹ Autos n. 2003.60.02.000374-2. Os autos passaram a ter curso na 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, em face da decisão do TRF-3 em sede de incidente de desaforamento n. 2007.03.00.036726-0, que deslocou a competência originariamente da 1ª Vara Federal de Dourados/MS.

oralidade, imediatidade e contraditório. O protesto foi registrado em ata, e a sessão se iniciou;

3. Já no dia 03.05.2010, a presidência do júri indeferiu requerimento do MPF de utilização de vídeos e leituras de provas dos autos para esclarecimentos aos jurados. Mesmo diante do prejuízo à acusação, o protesto foi feito em ata (art. 473, § 3.º, CPP), e a sessão prosseguiu;

4. A Defesa utilizou documento novo em plenário (conduta proibida pelo art. 479 do CPP⁵⁷²) para suscitar a suspeição do intérprete indígena. O MPF protestou pela nulidade provocada pela Defesa, para futuro recurso, e a sessão continuou;

5. Seria então ouvida a primeira vítima indígena, o guarani-kaiowá Reginaldo Verón, que foi atingido com um tiro na perna e mal fala o português. Havia várias vítimas indígenas e testemunhas de acusação também indígenas, todos com pouco, escasso ou nenhum domínio do português, com a exceção do líder indígena Ládio Verón. Por isso, o MPF havia requerido um intérprete para o plenário. Tal providência fora deferida meses antes, sem qualquer impugnação da Defesa.⁵⁷³

Consoante pontuou Aras, até então as nulidades e indeferimentos estavam relacionados com prerrogativas processuais do Ministério Público Federal, passíveis de futura discussão em sede recursal, mediante apelação ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, se fosse necessário. Mas a partir daí surgiu o último e crucial entrave, motivando a saída do MPF e da FUNAI do plenário.

A defesa solicitou à presidência do júri que os índios a serem ouvidos falassem em português, ao que o Ministério Público Federal discordou de forma peremptória. E divergiu com razão, pois, afinal, impedi-los de usar a língua materna contraria frontalmente os direitos humanos e fundamentais dos indígenas à sua identidade cultural e ao uso do seu idioma.

Para que fossem vistos (e ouvidos) pelo Judiciário, os Guarani-Kaiowá teriam de, naquele relevantíssimo momento, “esquecer” a sua língua-mãe. Esse lamentável episódio de negativa de direitos humanos e fundamentais relembra, salvas as devidas proporções, as duas hipóteses citadas por Souza Filho em que os indígenas deixavam a invisibilidade e passavam a ser visíveis: “quando reconhecidos como inimigos, então se lhes declarava guerra e era legitimada a matança, ou quando o indivíduo se reconhecia como cristão e trabalhador livre, deixando de ser índio”⁵⁷⁴. A justiça, no entanto, precisa ter olhos e ouvidos atentos.

⁵⁷² Art. 479, CPP: “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

⁵⁷³ ARAS, Vladimir. O caso Verón e o direito à diversidade linguística: ao lado das vítimas. **Blog do Vlad**, Salvador, 6 maio 2010. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2010/05/06/o-caso-veron-e-o-direito-a-diversidade-linguistica-ao-lado-das-vitimas/>>. Acesso em: 7 mai. 2010.

⁵⁷⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito de ser povo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela;

4. ABANDONO DE PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Não poderia o *Parquet* fazer vistas grossas – nem ouvidos moucos –, descumprindo sua função institucional de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, CF). Sustentar o inverso seria como exigir de um advogado que, em plena sessão do tribunal popular, não tomasse nenhuma atitude imediata, reservando-se apenas a interpor apelação ao tribunal competente após o encerramento do júri, ao presenciar o réu, seu cliente, ser obrigado a falar, a fim de que confessasse a prática do crime.

Seria imperdoável a omissão do causídico que, numa situação dessa, em vez de realmente patrocinar a defesa do acusado, optasse por passivamente assistir à grave violação do direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII, CF: “O preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”).

Por óbvio, a assistência de advogado prevista nesse inciso LXIII não é para que ele *assista ao* desrespeito dos direitos de seu cliente, mas sim para que *o assista* juridicamente sempre que se fizer necessário. Do mesmo modo, não se poderia exigir do Ministério Público que presenciasse a violação de direitos humanos sem que adotasse medida necessária e requerida pelas circunstâncias para pronta e devidamente salvaguardá-los.

O abandono de plenário não é desconhecido dos versados no tribunal do júri⁵⁷⁵. Cuida-se de instrumento do qual tanto a defesa quanto a acusação podem se valer, desde que com o objetivo de proteger determinados bens jurídicos em situações extremadas. Em dadas circunstâncias, nem o incomum ato de se retirar do plenário remediaria certas lesões a direitos, tamanha a intensidade das violações. É o que diz Bonfim:

E, sem perder a linha, o órgão do Ministério Público também não pode esquecer-se de que, embora tenha os deveres inerentes ao seu ofício, também tem os direitos facultados a qualquer cidadão. Há situações que cobram vigor, saúde do promotor, e que, sem ofertar a pronta repulsa, além de perder o libelo (e todo o direito da sociedade), pode passar por uma extrema humilhação. Não adianta o *vol d’oiseau* pela elegância desusada, *saindo às vezes até do plenário*, porque a injúria pesada e a agressão direta marcam in-

PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 481.

⁵⁷⁵ Leão, entusiasta do tribunal do júri, relaciona como cultores dessa instituição Roberto Lyra, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes, Carlos Araújo Lima, Romeiro Neto, Antônio Eugênio Magarino Torres, Carlos Alberto Torres de Melo, Bandeira Stampa, Edilson Mougenot Bonfim, Rogério Lauria Tucci e Vladimir Aras. No polo oposto, o autor destaca os juristas José Frederico Marques, Edgard Magalhães Noronha, Heleno Cláudio Fragoso, Nélson Hungria e Walter Coelho. LEÃO, Márcio Rodrigo A. de S. A necessidade do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal de 1988. In: ANDREATO, Danilo (org.). **Estudos de direito contemporâneo**. São Paulo: Iglu, 2010, p. 205-215.

deleavelmente o agredido, perante o Júri e a assistência. Onde estaria afinal para o embate, no sentido mais puro, o guardião e ‘soldado da lei’?! A lei, nesse ponto, ‘não quer o seu heroísmo’, como verberava Garraud, com o silêncio resolutivo à moda de Gandhi. Não se pretende que diante dos maiores absurdos invectivados da tribuna, da mais sórdida calúnia lançada, fique o promotor a declamar lições de boas maneiras, com os livros de etiqueta sob os braços, receitando *finesse*, de onde provenha a vilania.⁵⁷⁶

O tema já foi objeto de análise pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004 mediante acréscimo do art. 130-A à Constituição Federal de 1988. Competente⁵⁷⁷ para efetuar o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público, o CNMP analisou pedido de providências⁵⁷⁸ instaurado em face de promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins que saiu do plenário do júri por reputar equivocada a decisão judicial que determinou a retirada do recinto de pessoas que vestiam camisetas contendo fotografia da vítima com os dizeres “queremos justiça!”.

Antes de chegar ao CNMP, a questão foi apreciada pela Corregedoria-Geral do Ministério Público daquele estado, em razão de requerimento apresentado pelo juiz de Direito presidente da sessão em que se deu o abandono do plenário na Comarca de Gurupi/TO⁵⁷⁹. Decidiu-se pela desnecessidade de instauração de procedimento disciplinar, diante da atipicidade da conduta do promotor de Justi-

⁵⁷⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri – do inquérito ao plenário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 234.

⁵⁷⁷ Dispõe o § 2.º do art. 130-A da CF: “Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI”.

⁵⁷⁸ Processo CNMP n. 0.00.000.0000141/2007-15, Relator Conselheiro Fernando Quadros da Silva, j. 19.11.2007.

⁵⁷⁹ O topônimo de onde se deram os fatos ensejadores do precedente ora analisado, coincidentemente, é de origem indígena. Lima ensina que, em tupi, *gurupi* significa “rio das roças”. O autor aponta como equivocada a tradução feita pelo historiador Aduino Cordeiro Cavalcante, no seu livro *Gurupi*, edição UFG, 1968, que atribuiu ao vocábulo a acepção “diamante puro”. O nome do estado, Tocantins (“bico de tucano”), possui igual etimologia. LIMA, Moura. *Estudo linguístico histórico da palavra “gurupi”*. Disponível em: <<http://www.atitude-tocantins.com.br/?ctt=noticia.php&IdNoticia=7625>>. Acesso em: 03 dez. 2010.

ça, a teor da Lei Complementar estadual n. 12/1996 (Lei Orgânica do MP/TO).

Em *obiter dictum*, o CNMP chancelou o entendimento do MP tocan-tinense acerca da atipicidade da conduta do promotor, por se tratar de ação abrangida pelo princípio institucional da independência funcional (art. 127, § 1.º, CF)⁵⁸⁰. Caminhar noutra direção “seria burlar tal prerrogativa, cerceando a atuação do membro do *Parquet* e o impedindo de se valer de todos os meios que o ordenamento jurídico lhe autoriza”, conforme anotado no voto-condutor.

O CNMP disse mais. Deu-se por incompetente, por entender que não se insere no seu raio de atuação o exame de atos relacionados à atividade-fim do Ministério Público. Ao Conselho só cabe exercer, segundo o art. 130-A da Constituição, o controle de atos referentes à gestão administrativa e financeira do Ministério Público, ou seja, a fiscalização da atividade-meio da Instituição.

Note-se que a postura adotada pelo promotor de Justiça em Gurupi/TO, ao se retirar do plenário, primou por resguardar o direito fundamental de ir e vir dos familiares da vítima (art. 5.º, XV, CF)⁵⁸¹. Diante do impasse, não lhe restou outra solução a não ser a atitude emergencial de impedir a continuidade da sessão do tribunal popular, em lugar do ajuizamento de eventual medida judicial, uma vez que tal irresignação, ainda que fosse encaminhada o mais breve possível para análise pela instância superior, fatalmente não tutelaria, a tempo e modo, o direito fundamental ali violado.

Corroborando esse posicionamento, Luiz Felipe de Aguiar Tesheiner⁵⁸², citado por Aras, sustenta que “apenas casos extremos, atentatórios à dignidade do Ministério Público, violadores de direitos fundamentais ou não saneáveis pelas vias recursais, podem dar ensejo ao abandono de plenário pelo Órgão do Ministério Público”. Obviamente, o mesmo vale para a defesa, em circunstâncias de idêntica natureza.

⁵⁸⁰ CF, art. 127, § 1.º: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

⁵⁸¹ CF, art. 5.º, XV: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

⁵⁸² TESHEINER, Luiz Felipe de Aguiar apud ARAS, Vladimir. O caso Verón e o direito à diversidade linguística: ao lado das vítimas. **Blog do Vlad**, Salvador, 6 maio 2010. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2010/05/06/o-caso-veron-e-o-direito-a-diversidade-linguistica-ao-lado-das-vitimas/>>. Acesso em: 7 mai. 2010.

5. MULTICULTURALISMO E DIREITO À DIVERSIDADE LINGUÍSTICA

Etimologicamente, a palavra “idioma” significa, em grego, “costume especial”, justamente por refletir aspectos próprios de uma comunidade. Nesse passo, a previsão dos direitos linguísticos em documentos internacionais constitui “mecanismo jurídico legítimo de garantir o multiculturalismo linguístico na contemporaneidade”⁵⁸³.

O Brasil e a comunidade internacional reconhecem e garantem o direito à diversidade linguística por meio de vários documentos. Vejamos alguns deles:

a) *Constituição Federal de 1988*: o art. 210, § 2.º, estabelece que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, mas assegura “às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. Trilhando essa via, o *caput* do art. 231 expressamente reconhece aos índios não só sua organização social, costumes, crenças e tradições, mas também suas *línguas*, bem assim “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

b) *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*: adotada em 2007 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas após receber a aprovação de 143 países⁵⁸⁴, incluindo o Brasil, a Declaração é produto do consenso internacional sobre os direitos indígenas. No art. 13, o inciso 1 assegura a esses povos o direito de “revitalizar, *utilizar*, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, *idiomas*, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas e de mantê-los”. O inciso 2 desse artigo impõe aos Estados o dever de implantar medidas eficazes para garantir a proteção desse direito, de forma a assegurar que “os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, *proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados*”.

c) *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966*⁵⁸⁵: às pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, o art. 27 consagra o direito de que não sejam privadas de ter, “conjuntamente com outros membros

⁵⁸³ FERRAZ, Adilson Silva; SILVA, Hudson Marques da. O advento dos direitos linguísticos: uma crítica à pretensão de controle da língua. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, v. 40, n. 2. Caruaru: Ideia, 2009, p. 18.

⁵⁸⁴ Canadá, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia votaram contra, ao passo que onze países se abstiveram de votar. Com exceção da Colômbia, todos os países latino-americanos posicionaram-se em prol da adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

⁵⁸⁵ Decreto n. 592, de 06.07.1992, publicado no DOU de 07.07.1992.

de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e *usar sua própria língua*”.

d) *Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho*⁵⁸⁶: a proteção contra a violação dos direitos dos povos indígenas e tribais encontra lastro no art. 12, que igualmente impõe aos Estados a tarefa de resguardá-los contra a violação de seus direitos. O dispositivo confere, outrossim, o direito de ação (“poder de mover ação legal”), pessoalmente ou por seus organismos representativos, para assegurar o devido respeito a esses direitos. A parte final do art. 12 dispõe sobre a adoção de mecanismos que deverão ser implementados “para garantir que os membros desses povos possam *compreender e se fazerem compreender em processos legais, proporcionando-lhes, se necessário, intérpretes ou outros meios eficazes*”.

e) *Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*⁵⁸⁷: estabelece o art. 13, 1, o direito de toda pessoa a *livremente pensar e se expressar*, o que abrange “a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, *verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha*”.

f) *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*: vocacionada a traçar os contornos de uma ordem mundial alicerçada no respeito à dignidade da pessoa humana, o seu art. 2.º, 1, reconhece a toda pessoa a capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na DUDH, “sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, *língua*, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. Mais adiante, o art. 19 afirma o direito de toda pessoa à *liberdade de opinião e expressão*, no qual se insere o direito à “liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

g) *Declaração Universal dos Direitos Linguísticos de 1996 (Declaração de Barcelona)*: o art. 3.º, 1, elenca como direitos individuais inalienáveis, *a serem exercidos em todas as situações*, o direito a ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística, *o direito ao uso da língua em privado e em público*, o direito ao uso do próprio nome, o direito de relacionar-se e associar-se com outros membros da comunidade linguística de origem, o direito de manter e desenvolver a própria cultura, bem como todos os demais direitos de caráter linguístico reconhecidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Integra o leque dos direitos coletivos dos grupos linguísticos o “*direito a serem atendidos na sua língua nos organismos oficiais e nas relações socioeconômicas*” (art. 3.º, 2).

⁵⁸⁶ Decreto n. 5.051, de 19.04.2004, publicado no DOU de 20.04.2004.

⁵⁸⁷ Decreto n. 678, de 06.11.1992, publicado no DOU de 09.11.1992.

Nos moldes do inciso 1 do art. 10 da Declaração de Barcelona, “*todas as comunidades linguísticas são iguais em direito*”, cabendo a todos o direito de “*utilizar oralmente e por escrito, nos Tribunais de Justiça, a língua historicamente falada no território onde estão situados*” (art. 20, 1). Nessas condições, “os Tribunais devem utilizar a língua própria do território nas suas ações internas e se, por força da organização judicial do Estado, o procedimento prosseguir fora do lugar de origem, deverá manter-se a utilização da língua de origem”.

h) *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*⁵⁸⁸: assinada no ano de 2005, em Paris, a Convenção assinala que a *diversidade linguística constitui elemento fundamental da diversidade cultural*, cujo “florescer em um ambiente de democracia, tolerância, justiça social e mútuo respeito entre povos e culturas é indispensável para a paz e a segurança no plano local, nacional e internacional”. Sob essa perspectiva, pauta-se pelo *princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas*, “incluindo a das pessoas pertencentes a minorias e a dos povos indígenas” (art. 2.º, 3).

A esse quadro acrescente-se a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*, de 1966, cujo órgão de monitoramento, o Comitê sobre Eliminação da Discriminação Racial (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination – CERD*), tem dedicado especial atenção à proteção dos povos indígenas, adotando, em Recomendação Geral⁵⁸⁹, a diretiva de que o ato de discriminar povos indígenas constitui discriminação racial, nos termos da Convenção, devendo-se lançar mão de todos os meios apropriados para reprimir e eliminar atitudes discriminatórias.

Como se vê, os direitos linguísticos não se cuidam de instrumentos direcionados ao controle de idiomas. Buscam assegurar o respeito, “no percurso da *praxis* linguística”, de outros direitos e princípios, do “direito de ser reconhecido como integrante de uma comunidade linguística, autodeterminação dos povos, dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão etc.”⁵⁹⁰.

A despeito desse arcabouço normativo, a presidência do júri na capital paulista acolheu o requerimento da defesa e deferiu a coleta dos depoimentos dos indígenas em português.

Assim como ao magistrado não é dado facultar, mas sim *garantir*, ao réu o direito ao silêncio, também não pode o juiz facultar ao índio que se valha, apenas a título subsidiário, da sua língua materna. É direito humano e fundamental do indígena comunicar-se em seu idioma, direito este que pode e deve ser exercitado frente aos Poderes da República, inclusive o Judiciário.

O reconhecimento da língua-mãe garantido pelo Brasil e pela comunidade internacional aos povos autóctones, por lógico, é para que possam utilizá-la, e

⁵⁸⁸ Decreto n. 6.177, de 01.08.2007, publicado no DOU de 02.08.2007.

⁵⁸⁹ Recomendação Geral XXIII (51), de 18.08.1997, CERD/C/51/Misc. 13/Ver.4.

⁵⁹⁰ FERRAZ, Adilson Silva; SILVA, Hudson Marques da. Op. cit., p. 19.

não para que sirva de mero adorno cultural ou para simples satisfação de interesse histórico⁵⁹¹.

Malgrado a Constituição Federal consagre no seu art. 13 o português como idioma oficial da nossa República, o Estado brasileiro reconhece aos índios suas línguas (art. 231, *caput*, CF). Na Bolívia, são vários os idiomas oficiais, contemplando-se nesse rol línguas indígenas⁵⁹².

Alguns dos nossos municípios já adotaram idioma indígena como língua oficial, sempre ao lado do português. O pioneiro foi São Gabriel da Cachoeira, cidade no extremo norte do Amazonas, situada às margens do Rio Negro. Lá, três são as línguas indígenas oficiais desde 2002 – *nheengatu*, *tukano* e *baniwa* –, por obra da Lei municipal n. 145, de 11 de dezembro daquele ano.

Em Mato Grosso do Sul, o município de Tacuru⁵⁹³ percorreu o mesmo rumo, alçando o guarani e suas variedades ao patamar de língua oficial, por meio de projeto de lei sancionado em 24.05.2010. Proposta similar tramita na Câmara de Vereadores de Paranhos/MS.

Essa oficialização não é mero capricho do legislador. Oficializar idioma tem o condão de promover socialmente as comunidades que o utilizam, porquanto o Estado, além de reconhecer sua existência, contribui sobremaneira para evitar discussões bizantinas quanto à possibilidade de seus falantes terem de mudar de língua quando, por exemplo, quiserem se dirigir aos poderes públicos. A permanência da língua sem *status* oficial e sem qualquer reconhecimento estatal revela-se, assim, um poderoso instrumento para subjugar comunidade linguística⁵⁹⁴. Mas, como vimos, a subjugação

⁵⁹¹ O § 2.º do art. 5.º da Lei n. 11.904/2009 (Estatuto de Museus) prescreve que “será declarado como de interesse público o acervo dos museus cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representar um valor cultural de destacada importância para a Nação, respeitada a *diversidade cultural, regional, étnica e linguística do País*”. Há, ainda, o Inventário Nacional da Diversidade Linguística, gerido pelo Ministério da Cultura e que, nos termos do Decreto n. 7.387, de 09.12.2010, trata-se de “instrumento de *identificação, documentação, reconhecimento e valorização das línguas portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*” (art. 1.º). As línguas inventariadas deverão ser objeto de ações de valorização e promoção por parte do Poder Público (art. 5.º).

⁵⁹² Prevê o art. 5.º, I, da Constituição boliviana de 2009: “Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu’we, guarayú, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeñotritinario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco”. Com semelhante orientação é o art. 48 da Constituição peruana de 1993: “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”. Disposições congêneres são também encontradas no Equador (Constituição de 2008, art. 2.º: “(...) El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso”) e Paraguai (Constituição de 1992, art. 140: “El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación”). O *site* presidencial paraguaio também disponibiliza aos internautas informações vertidas para o guarani, como se pode verificar em <http://www.presidencia.gov.py/v1/?cat=252>.

⁵⁹³ *Tacuru* (“cupim”) é palavra guarani.

⁵⁹⁴ D’ALKMIN, Sônia Maria. Op. cit.

linguística dos povos originários felizmente não foi a escolha do constituinte de 1988, que optou por expressamente reconhecer aos índios suas línguas⁵⁹⁵.

O prestígio social que se outorga a uma língua é um dos fatores fundamentais que incide nas situações de multilinguismo. O reconhecimento social da cultura indígena e, conseqüentemente, do seu idioma, determina em grande proporção os processos de conservação ou substituição de uma língua^{596,597}.

Falar perante o Judiciário em idioma indígena consiste em fazer valer o direito à liberdade de expressão e à diversidade cultural, estando o Poder Público compelido a adotar medidas especiais a fim de tutelá-los, conforme determina o inciso 2 do art. 4.º da Convenção n. 169/1989 da OIT.

Entre essas medidas especiais situa-se o uso de intérprete, com vistas a resguardar direitos relacionados à diferença (idioma) e aos direitos gerais de cidadania (liberdade de expressão e acesso substancial ao Judiciário). A omissão estatal quanto ao seu dever de efetivar providências adequadas ou as executando de forma insatisfatória poderá redundar na sua responsabilização no plano jurídico doméstico, bem como na esfera internacional⁵⁹⁸.

A realização da justiça também é ato de reconhecimento de identidades. A partir do discurso e do idioma no qual é veiculado traduzem-se muito mais do que as lutas ou os sistemas de dominação. Traduz-se, primordialmente, “aquilo pelo que se luta”, como apontou Foucault, divisando o poderio ínsito a todo sistema de educação, “maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem consigo”⁵⁹⁹. O poder imposto pelos povos, seja pelo viés cultural, econômico, político ou bélico, repre-

⁵⁹⁵ Nem sempre foi essa a alternativa eleita. “No decorrer dos anos, do ponto de vista normativo, os índios foram enxergados como sujeitos que deveriam se adaptar à cultura ‘oficial’. Tal fenômeno, desde a colonização e até o advento da atual Constituição, se dava através dos mais requintados atos de violência e também na edição das Constituições anteriores”. BECKHAUSEN, Marcelo. Etnocidadania, direitos originários e a inconstitucionalidade do poder tutelar. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 536-537.

⁵⁹⁶ ALCÁINE, Azucena Palacios. Factores que influyen en el mantenimiento, sustitución y extinción de las lenguas: las lenguas amerindias. In: VIDAL-FOLCH, Ariadna Lluís i; ALCÁINE, Azucena Palacios (coords.). **Lenguas vivas en América Latina**. Barcelona-Madrid: ICCI-UAM, 2004, p. 119.

⁵⁹⁷ Exemplo disso é o Paraguai, conforme comenta a autora sobre a curiosa “disociación que existe en la población paraguaya entre el guaraní que se habla en la capital, Asunción, y el guaraní indígena, relegado a las comunidades indígenas, que parece no tener nada que ver con la población urbana. Así, encontramos una escala de prestigio, donde el guaraní indígena es propio de los ‘indios’, rechazados éstos como grupo salvaje, incivilizado, a diferencia del guaraní mestizo o jopara, que se habla en la ciudad, y que, a pesar de estar ‘contaminado’ por el español, según la opinión de los propios paraguayos, – *jopara* quiere decir mezclado –, goza de un prestigio superior porque no se asocia directamente con el guaraní indígena, como si ambos no provinieran de la misma población autóctona”. ALCÁINE, Azucena Palacios. Op. cit., p. 119. Em outra obra, a autora menciona que o Paraguai tem uma situação de pluriculturalismo e multilinguismo. ALCÁINE, Azucena Palacios. *Lenguas en contacto en Paraguay: español y guaraní*. In: PINO, Carmen Ferrero; LASSO-VON LAN, Nilsa (coords.). **Variedades lingüísticas y lenguas en contacto en el mundo de habla hispana**. Bloomington: 1st. Books Library, 2005, p. 35.

⁵⁹⁸ Nesse sentido, veja-se BECKHAUSEN, Marcelo. Op. cit., p. 541.

⁵⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 10 e 44.

senta expressivo elemento para a utilização de um determinado idioma⁶⁰⁰.

O direito é algo curioso. Para que de alguma maneira se opere, é preciso que aquele munido do *poder de dizer*, enfim, *diga*, e que assim o faça obedecendo aos rituais jurídicos. A título ilustrativo, basta o juiz competente, após seguir as formalidades legais, dizer “condeno”, para que o acusado esteja condenado⁶⁰¹. Poderes dessa espécie nada têm de atributos mágicos. Passos⁶⁰² assevera que “o jurídico é o *sentido e significação* que se empresta a determinados atos dos homens”, pois, diferentemente das realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico), que nos são dadas, o Direito não nos é dado, “só existindo enquanto produzido, representado, sempre, pelo *resultado do agir comunicativo dos homens*, um fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade”.

A ética dos direitos humanos guia-se pela afirmação da dignidade e pela prevenção às aflições humanas. Entretanto, além das agruras sofridas pela barbárie cometida por não-índios em suas terras, certamente acentuou o sofrimento dos Guarani-Kaiowá o desrespeito do Judiciário frente ao direito que lhes cabe de se expressar no idioma materno. A tragédia, em parte fomentada por preconceito à cultura indígena, agudizou-se logo na capital cultural do País... Triste ironia do destino.

Por falarem a língua portuguesa muito mal “e por ser ela um centenário símbolo da opressão aos guaranis, os indígenas queriam usar o próprio idioma materno e afirmaram isto mais de uma vez ao MPF e à FUNAI”. Não se pode deixar de observar que “aspectos antropológicos recomendavam o uso do guarani na sessão do júri, um cenário por si solene e grave e absolutamente distante da realidade daquele povo”⁶⁰³.

No paradigmático julgamento do caso Raposa Serra do Sol⁶⁰⁴, a mais alta

⁶⁰⁰ Esses aspectos são destacados por Silva, em texto dedicado ao estudo dos motivos que levaram a se tornar uma *língua mundial*, locução empregada para “caracterizar um idioma falado por uma grande quantidade de pessoas em todo o mundo que o utiliza como um meio de efetiva comunicação internacional, o que faz com que seja adotado como primeira língua estrangeira a ser ensinada nas escolas”. SILVA, Hudson Marques. Língua franca no Brasil: inglês, globês ou inglês brasileiro? **Veredas Favip – Revista Eletrônica de Ciências**, América do Sul, v. 2, n. 1 e 2, jan. a dez. 2009. Disponível em: <<http://veredas.favip.edu.br/index.php/veredas1/article/view/76/87>>. Acesso em: 05 dez. 2010.

⁶⁰¹ Com isso não se quer afirmar que simples palavras, ainda que solenemente proferidas, sejam suficientes para a concretização de todos e quaisquer direitos. Entre a condenação e a execução penal, por exemplo, há considerável distância.

⁶⁰² PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília**, 9(2), abr./jun. 1997, p. 56-57.

⁶⁰³ ARAS, Vladimir. Op. cit.

⁶⁰⁴ STF, Tribunal Pleno, Petição 3.388, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe 24.09.2009. Consta do acórdão: “Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais inces-

Corte brasileira permitiu a presença em plenário de índios trajados em conformidade com sua cultura, uma bela lição de respeito às diferenças e que merece ser seguida. Não são poucos os rigores impostos com relação às vestimentas dos não-índigenas para que tenham acesso às dependências do Supremo Tribunal Federal, o que, com alguma intensidade, também ocorre nos demais foros nacionais.

Nessa perspectiva, falar o próprio idioma reforça a identidade e eleva a autoestima, além de ser um direito. O que não podemos é enxergar o diferente como um oponente a ser rebaixado ou aniquilado, um “inimigo potencial que contradiz ou desvanece nosso sentido de pertencimento, justificando com isso a necessidade do fechamento identitário”, como nos alerta Flores⁶⁰⁵.

6. "A VOZ É O ECO DA ALMA": TRIBUNAL DO JÚRI, ORALIDADE E SOCIOLINGÜÍSTICA

A oralidade é nota característica do tribunal popular, com particular atenção quando se trata da fase do plenário. Composição do conselho de sentença, inquirição de testemunhas, réus e (quando possível) vítimas, debates, quesitação e leitura da decisão. Tudo isso e mais um pouco, no júri, desenrola-se em linguagem oral.

Os sete cidadãos escolhidos para compor o conselho de sentença atuam como juízes. São eles quem analisarão e darão o veredito sobre o crime contra a vida, e os que lhe sejam conexos, levado a julgamento. O juiz, para aplicar a lei, precisa antes compreendê-la, e, para compreendê-la, esta precisa chegar-lhe em verbos apropriados⁶⁰⁶.

Por igual, os depoimentos de vítimas e testemunhas precisam chegar aos jurados em palavras apropriadas. Quanto maior a extensão vocabular e o domínio do idioma falado pelos depoentes, maior será a probabilidade de que a verbalização dos seus pensamentos se aproxime do que pretendem enunciar sobre o que sabem dos fatos em apreço.

Distintas formas de lidar com as palavras podem ser examinadas sob o prisma da habilidade verbal, que, de acordo com Adcock⁶⁰⁷, está relacionada à apreensão da ideia e significado das palavras, componente cultural denotador da extensão do vocabulário. “A voz é o eco da alma”, já dizia Pitágoras. Ainda mais fiel aos ecos da alma será a vocalização de palavras cujos sentidos sejam adequadamente compreendidos por seus interlocutores (emissores e receptores).

santemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica”.

⁶⁰⁵ FLORES, Joaquín Herrera. Op. cit., p. 85.

⁶⁰⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri – do inquérito ao plenário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 205.

⁶⁰⁷ ADCOCK, C. J. **Manual de psicologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965, p. 147-148.

Diferentes representações de uma mesma realidade formam mapas cognitivos diversos, propiciando reações diferentes naqueles que recebem mensagens idênticas. Os motivos desse fato são numerosos, passando principalmente pelas crenças de cada um, suas experiências, sentimentos e condicionamentos⁶⁰⁸.

Trein sustenta existirem quatro modos pelos quais a sociedade nos julga, todos ligados à nossa comunicação com o mundo: a) *o que dizemos*; b) *como dizemos*; c) *o que fazemos*; d) *nossa aparência*. *Como* dizer o *quê*, quando no frágil mosaico de ínfimas palavras as mais vivas assemelham-se a vultos mentais? *Como* dizer o *quê*, quando não se maneja com fluência o idioma e se está em um ambiente cerimonioso recapitulando a violência contra si e seus pares? Muito pouco ou quase nada se consegue dizer com exatidão nessas circunstâncias em idioma que não se domina.

As palavras podem servir para nos fazer alcançar o riso ou nos deixar em prantos, podem servir como remédio ou veneno. A palavra certa é, de fato, um agente poderosíssimo. Com escassez vocabular, será missão inglória a tentativa de encontrar a palavra certa para revelar o que se passa na mente.

Por tudo isso, comungamos do entendimento de que o mais adequado seria que a presidência do júri no caso Verón tivesse indagado aos Guarani-Kaiowá em qual língua eles se expressam melhor, para que desse idioma se valessem a fim de prestar depoimento auxiliados por intérprete ali presente, regularmente admitido no processo. “Fossem estrangeiros”, ressalta Aras⁶⁰⁹, “não lhes teria sido negado o direito de falar por meio de intérprete, mesmo que manejassem um pouco do português”.

Não sem razão, Santos⁶¹⁰ questiona como pode ser possível a realização de um diálogo multicultural quando algumas culturas foram reduzidas ao silêncio e as suas formas de ver e conhecer o mundo se tornaram impronunciáveis. Esse emudecimento *sui generis* inviabiliza o preceito constitucional que visa a concretizar o valor da inclusão comunitária por intermédio da identidade étnica.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que o art. 231 da Constituição impõe à União o dever de proteger as populações indígenas, “*preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida*”⁶¹¹. Todas essas vertentes estão entrelaçadas.

Tomando como parâmetro o caso Verón, permitir que os Guarani-Kaiowá se expressem no seu próprio idioma é promover o reconhecimento cultural em momento decisivo para a defesa da vida e das terras indígenas. A análise do caso escapa aos limites do jurídico, merecendo ser examinado pelos mais doutos à luz da sociolinguística, ramo que se ocupa da relação entre a língua e a sociedade.

⁶⁰⁸ TREIN, Thales Nilo. **Júri – as linguagens praticadas no plenário**. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 97-98.

⁶⁰⁹ ARAS, Vladimir. Op. cit.

⁶¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 30.

⁶¹¹ STF, 2ª Turma, RE 270.379, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17.04.2001, DJ 29.06.2001.

Pode-se afirmar, sem correr o risco de ir além das sandálias (*ne sutor ultra crepidam*)⁶¹², que os guaranis têm na conversa um momento singular, verdadeiro encontro entre duas almas. Falar alto, ou exprimir gestual acentuado durante o diálogo, possui conotação negativa a ponto de, na sua compreensão de mundo, assustar a alma alheia⁶¹³. “Na investigação da natureza interpretativista, há necessidade de entender os fatos sociais a partir da análise dos discursos que a constroem ou a partir das pessoas que vivem as práticas discursivas estudadas”⁶¹⁴.

CONCLUSÕES

Conduzido de modo adequado, o julgamento pelo tribunal do júri permite a realização da justiça, com a transmissão de importantes mensagens e lições de cidadania, reprimindo graves delitos, punindo os culpados e defendendo as vítimas e a sociedade. Por outro lado, a sua má condução fere a credibilidade da instituição junto à sociedade, tornando-se terreno fértil para a proliferação de injustiças e outras pragas.

O júri, por sua própria história e configuração, prima pela análise das questões que lhe são submetidas a partir do viés do que podemos chamar de estado de liberdade. Nada mais condizente com essa liberdade do que, em um procedimento judicial com destacada fase na qual impera a oralidade, garantir o uso da língua-mãe aos que precisam exprimir seus pensamentos e relatar fatos com fidedignidade, ainda mais quando não se tem domínio de outro idioma e se dispõe de serviços de intérprete para proporcionar a correta comunicação entre os interlocutores.

Aos povos indígenas é assegurado o direito à diversidade linguística, exercitável em público e frente aos poderes públicos, pois, paralelamente ao direito à igualdade, há o direito fundamental à diferença. É preciso perceber a diversidade cultural como fator positivo e estimulante ao desenvolvimento humano. Inclusive para que não vejamos na diversidade uma adversidade à tutela de direitos e à realização da justiça.

⁶¹² “Não suba além das sandálias, sapateiro”. Famosa advertência do pintor e escultor grego Apeles convertida em aforismo latino.

⁶¹³ Vide www.revistalingua.com.br/textos.asp?codigo=12042. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁶¹⁴ CINTRA, Ema Marta Dunck. Vozes silenciadas: um estudo sociolinguístico dos chiquitano do Brasil. **Signótica – Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística da Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, v. 18, n. 2, p. 270, jul./dez. 2006.

REFERÊNCIAS

- ADCOCK, C. J. **Manual de psicologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.
- ALCAINE, Azucena Palacios. Factores que influyen en el mantenimiento, sustitución y extinción de las lenguas: las lenguas amerindias. In: VIDAL-FOLCH, Ariadna Lluís i; ALCAINE, Azucena Palacios (coords.). **Lenguas vivas en América Latina**. Barcelona-Madrid: ICCI-UAM, 2004, p. 111-125.
- _____. Lenguas en contacto en Paraguay: español y guaraní. In: PINO, Carmen Ferrero; LASSO-VON LAN, Nilsa (coords.). **Variedades lingüísticas y lenguas en contacto en el mundo de habla hispana**. Bloomington: 1st. Books Library, 2005, p. 35-43.
- ARAS, Vladimir. O caso Verón e o direito à diversidade linguística: ao lado das vítimas. **Blog do Vlad**, Salvador, 6 maio 2010. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2010/05/06/o-caso-veron-e-o-direito-a-diversidade-linguistica-ao-lado-das-vitimas/>>. Acesso em: 7 mai. 2010.
- ARAÚJO, Ruy Magalhães de. Os tupinismos na formação do léxico português do Brasil. **Revista Philologus**, Círculo Fluminense de Estudos Filológicos e Linguísticos, Rio de Janeiro, ano 14, n. 40, Suplemento. Disponível em: <http://www.filologia.org.br/revista/40suple/os_tupinismos.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2010.
- BARTHES, Roland. **O prazer do texto**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- BECKHAUSEN, Marcelo. Etnocidadania, direitos originários e a inconstitucionalidade do poder tutelar. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVE-SAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 525-557.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri – do inquérito ao plenário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRAND, Antonio J. **O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani**. Os difíceis caminhos da Palavra. 1998. Tese (Doutorado em História) – PUC/RS, Porto Alegre, 1998.
- CIMI/MS (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – REGIONAL DO MATO GROSSO DO SUL); COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (orgs.). **Conflitos de direitos sobre as terras guarani kaiowá no Estado do**

Mato Grosso do Sul. São Paulo: Palas Athena, 2000.

CINTRA, Ema Marta Dunck. Vozes silenciadas: um estudo sociolinguístico dos chiquitano do Brasil. **Signótica – Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística da Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, v. 18, n. 2, p. 269-282, jul./dez. 2006.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio:** ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

D'ALKMIN, Sônia Maria. **O mito de Babel e o direito fundamental ao idioma.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/issue/view/31>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – REGIONAL DO MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (orgs.). **Conflitos de direitos sobre as terras guarani kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul.** São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 31-37.

FEITOSA, Saulo. A década da violência. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **A violência contra os povos indígenas no Brasil – Relatório 2003-2005.** Brasília: CIMI, 2006, p. 13-14.

FERRAZ, Adilson Silva; SILVA, Hudson Marques da. O advento dos direitos linguísticos: uma crítica à pretensão de controle da língua. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, v. 40, n. 2. Caruaru: Ideia, 2009, p. 9-19.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** São Paulo: Edições Loyola, 2009.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.** 2.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil:** desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurarck e Klaus-Peter Rurarck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LEÃO, Márcio Rodrigo A. de S. A necessidade do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal de 1988. In: ANDREATO, Danilo (org.). **Estudos de direito contemporâneo**. São Paulo: Iglu, 2010, p. 177-227.

LIMA, Moura. **Estudo linguístico histórico da palavra “gurupi”**. Disponível em: <<http://www.atitudetocantins.com.br/?ctt=noticia.php&IdNoticia=7625>>. Acesso em: 03 dez. 2010.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância. Segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Victor Civita, 1973.

PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 9(2), abr./jun. 1997, p. 47-59.

RAU, Virgínia. **Sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1982.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, Hudson Marques. Língua franca no Brasil: inglês, globês ou inglês brasileiro? **Veredas Favip – Revista Eletrônica de Ciências**, América do Sul, v. 2, n. 1 e 2, jan. a dez. 2009. Disponível em: <<http://veredas.favip.edu.br/index.php/veredas1/article/view/76/87>>. Acesso em: 05 dez. 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. O direito de ser povo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 475-498.

TREIN, Thales Nilo. **Júri – as linguagens praticadas no plenário**. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

