

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 19/2009

ESTATUTO DOS
POVOS INDÍGENAS

ISSN 2175-5760



9 772175 576000

Esplanada dos Ministérios • Bloco T • Edifício Sede • 4º andar • sala 434
e-mail: sal@mj.gov • CEP: 70064-900 • Brasília-DF • www.mj.gov.br/sal

Secretaria
de Assuntos
Legislativos

Ministério
da Justiça



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça





SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 19/2009 – versão publicação

Estatuto dos Povos Indígenas

Convocação 02/2008

Pontifícia Universidade Católica do Paraná
PUC-PR

Coordenação Acadêmica

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434

CEP: 70064-900 – Brasília – DF

www.mj.gov.br/sal

e-mail: sal@mj.gov.br



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça



CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem por objetivo institucional a preservação da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Anualmente são produzidos mais de 500 pareceres sobre os mais diversos temas jurídicos, que instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial.

Em função da abrangência e complexidade dos temas analisados, a SAL formalizou, em maio de 2007, um acordo de colaboração técnico-internacional (BRA/07/004) com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que resultou na estruturação do **Projeto Pensando o Direito**.

Em princípio os objetivos do *Projeto Pensando o Direito* eram a qualificação técnico-jurídica do trabalho desenvolvido pela SAL na análise e elaboração de propostas legislativas e a aproximação e o fortalecimento do diálogo da Secretaria com a academia, mediante o estabelecimento de canais perenes de comunicação e colaboração mútua com inúmeras instituições de ensino públicas e privadas para a realização de pesquisas em diversas áreas temáticas.

Todavia, o que inicialmente representou um esforço institucional para qualificar o trabalho da Secretaria, acabou se tornando um instrumento de modificação da visão sobre o papel da academia no processo democrático brasileiro.

Tradicionalmente, a pesquisa jurídica no Brasil dedica-se ao estudo do direito positivo, declinando da análise do processo legislativo. Os artigos, pesquisas e livros publicados na área do direito costumam olhar para a lei como algo pronto, dado, desconsiderando o seu processo de formação. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa.

Desse modo, além de promover a execução de pesquisas nos mais variados temas, o principal papel hoje do Projeto Pensando o Direito é incentivar a academia a olhar para o processo legislativo, considerá-lo um objeto de estudo importante, de modo a produzir conhecimento que possa ser usado para influenciar as decisões do Congresso, democratizando por consequência o debate feito no parlamento brasileiro.

Este caderno integra o conjunto de publicações da *Série Projeto Pensando o Direito* e apresenta a versão resumida da pesquisa denominada **Estatuto dos Povos Indígenas**, conduzida pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR).

Dessa forma, a SAL cumpre seu dever de compartilhar com a sociedade brasileira os resultados das pesquisas produzidas pelas instituições parceiras do *Projeto Pensando o Direito*.

Pedro Vieira Abramovay

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

O Direito brasileiro não tem sido omissivo em relação aos povos indígenas, mas a lei sempre os tem tratado como passageiros, transitórios, até serem integrados como trabalhadores individuais. A Constituição de 1988 rompeu com essa tradição integracionista e individualista. O propósito da Lei anterior era integrar o indivíduo índio na comunhão nacional. Explicitamente.

A Constituição de 1988 ao romper com esta tradição criou para os índios o direito de continuar a ser povos, isto é, de, como povos, coletivos portanto, manter a organização de sua vida e de seu futuro. Todo rompimento de paradigma, porém, não tem facilidades para implantação. Neste caso duas razões de igual grandeza e profundidade marcam a dificuldade: (1) toda a legislação anterior é marcadamente individualista e integracionista; (2) criar o sistema legal coletivista não integracionista importa em mexer com inúmeros dispositivos que não poucas vezes fere interesses maiores ou menores da nacionalidade e cidadania. O sistema jurídico é individualista e integracionista, mudá-lo para os índios é tarefa árdua. Por isso, em muito boa hora o a Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da Justiça, junto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) lançaram, dentro do Projeto Pensando o Direito, a convocatória para que uma equipe acadêmica desenvolvesse uma pesquisa sobre um possível e necessário novo diploma jurídico para os direitos dos povos indígenas no Brasil.

O Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná festejou o edital exatamente porque tem a questão indígena como um dos seus focos principais de estudo e pesquisa. Coordenado por mim, reuni um grupo de mais seis pesquisadores e dois estagiários. Clarissa Bueno Wanderscheer é doutoranda pela PUCPR e desenvolve pesquisa ligada a conhecimentos tradicionais e a relação do Estado com populações tradicionais; Rosely Aparecida Stefanec Pacheco, também doutoranda pela PUCPR, desenvolve pesquisa sobre os povos guarani e sua relação e resistência frente ao Estado Nacional; Vilmar Martins Moura Guarany é um membro da etnia guarani, mestrando que acaba de defender sua dissertação sobre indígenas, também pela PUCPR, os três sob minha orientação; Carlos Rodrigues Pacheco, concluiu recentemente seu mestrado na Universidade Federal da Grande Dourados; Theo Botelho Marés de Souza é mestrando na PUCPR. Os dois estagiários, Luciana Xavier Bonin e Arildo França são graduandos em Direito e este último é da etnia terena.

O propósito inicial da pesquisa, de cunho acadêmico, muito rapidamente se transformou em prático, tendo em vista que a própria Secretaria de Assuntos Legislativos organizou seminários com a participação de indígenas em todas as regiões do Brasil. Com isto, seus objetivos foram ampliados e houve um evidente aprofundamento do tema. Sendo assim a pesquisa ganhou mais um objetivo que foi orientar o Ministério da Justiça, tecnicamente, em relação ao necessário desenvolvimento legislativo para implementar os novos paradigmas apresentados pela Constituição de 1988. Os resultados foram altamente positivos e agora estão sendo publicados.

A equipe que tive a honra de coordenar tem muito claro e enaltece a importância do Projeto Pensando o Direito que visa exatamente construir com as Universidades alternativas à implementação dos direitos coletivos. É por isso que apresenta com muita alegria o resultado do trabalho, que, feito

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

com o maior rigor científico, acreditamos ser uma contribuição à sociedade brasileira. Por isso nosso profundo agradecimento aos integrantes do Projeto Pensando o Direito e aos coordenadores da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

Curitiba, outubro de 2009.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Coordenador Acadêmico

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS
PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Relatório Projeto BRA/07/004

PROJETO PENSANDO O DIREITO.

Convocação nº 002/2008 – Seleção de projetos

ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

PROPONENTE: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Membros: Carlos Frederico Marés de Souza Filho (coordenador-doutor-PUCPR)

Clarissa Bueno Wandscheer (doutoranda-PUCPR)

Rosely Aparecida Stefanés Pacheco (doutoranda-PUCPR)

Theo Botelho Marés de Souza (mestrando-PUCPR)

Vilmar Martins Moura Guarany (mestre-PUCPR)

Carlos Rodrigues Pacheco (mestrando-UFMG)

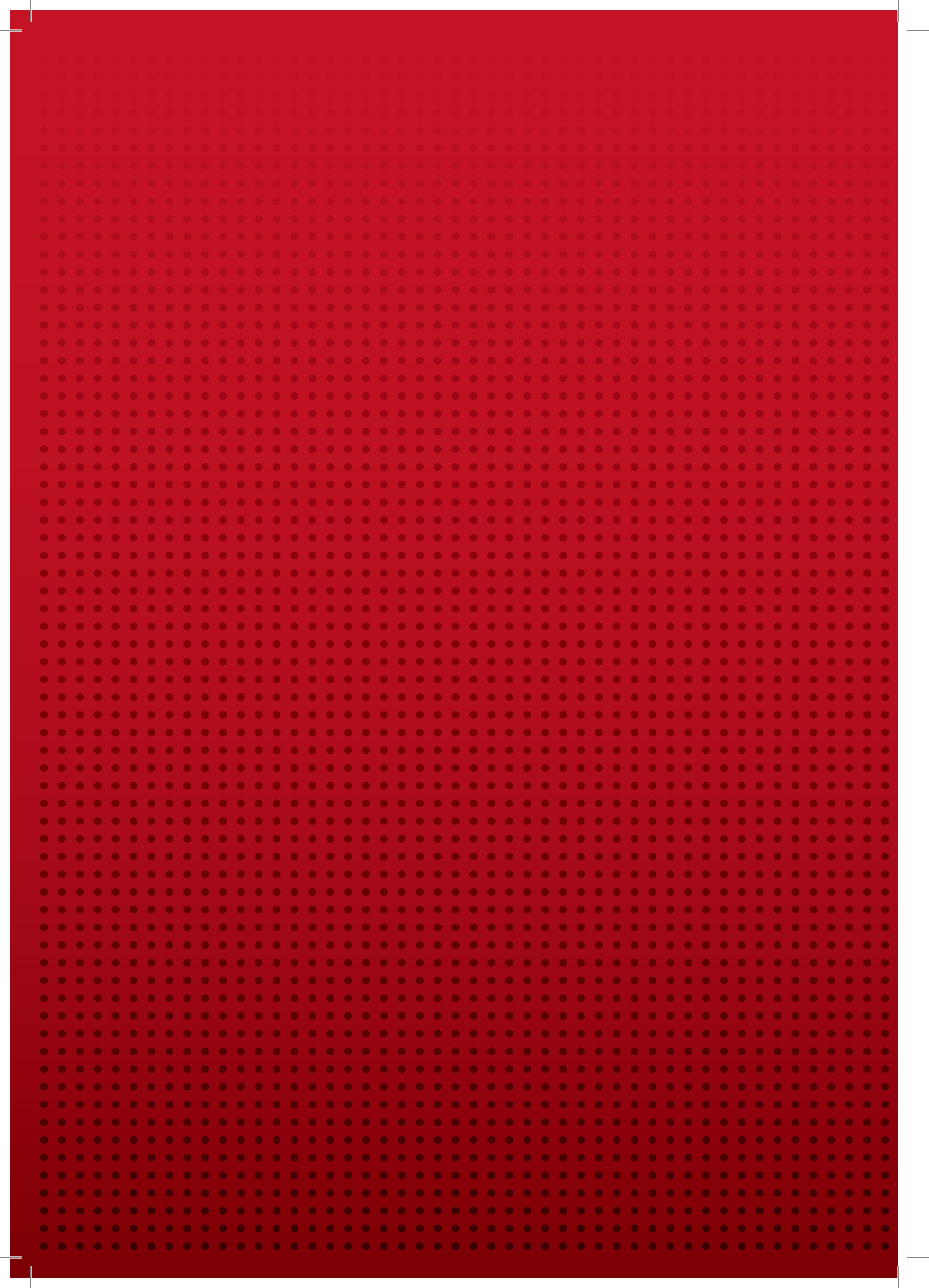
Luciana Xavier Bonin (bolsista de graduação-PUCPR)

Arildo França (bolsista de graduação-UFMS)

Relatório Final Resumo

Curitiba

2009



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11

2. EXPOSIÇÃO DE RESULTADOS DE PESQUISA POR ÁREA TEMÁTICA 13

2.1 Demarcação de Terras Indígenas 13

2.2 Mineração em Terras Indígenas 16

2.3 Consulta Prévia 19

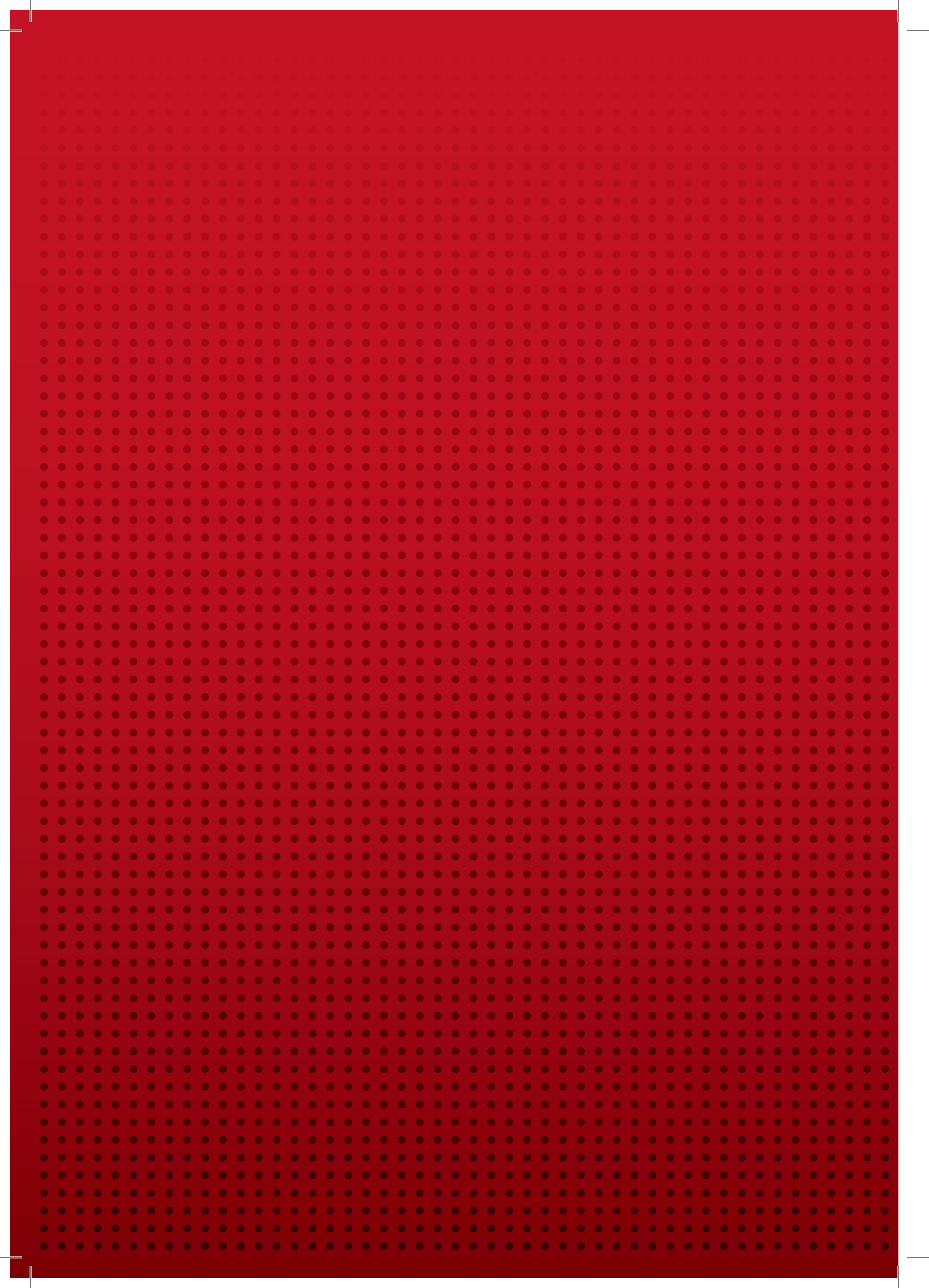
2.4 Proteção do Conhecimento Tradicional 23

2.5 Gestão Territorial 28

2.6 Validade dos tratados internacionais no Brasil: aplicabilidade pelo Poder
Judiciário 38

2.7 Raposa serra do sol: uma visão do Supremo Tribunal Federal, um caso bom para
pensar 42

REFERÊNCIAS 57



ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE EM FACE DAS DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado da pesquisa desenvolvida por grupo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), em atendimento à Convocação 002/2008 do Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, com o objetivo de desenvolver estudos sobre “Estatuto dos Povos Indígenas: uma Análise em Face das Determinações Constitucionais e Internacionais”. Participaram do grupo alunos convidados da Universidade Federal da Grande Dourados e da Universidade de Mato Grosso do Sul.

A questão é extremamente atual, já que praticamente todos os países da América Latina vêm reconhecendo direitos aos povos indígenas habitantes de seu território. A Constituição brasileira, por exemplo, dedica um capítulo completo ao reconhecimento dos povos indígenas. Porém, apesar destes avanços, ainda há necessidade de instrumentos legais que permitam a concretização dos direitos. O Brasil dispõe de um Estatuto do Índio (Lei 6001/73) que já não basta como instrumento adequado para a garantia e efetivação dos dispositivos constitucionais.

No plano internacional, em 1989, a Conferência Internacional da OIT aprovou, após uma discussão de três anos, com a participação de representantes de organizações indígenas e governamentais a Convenção nº 169. Esta norma internacional possibilita o entendimento de que os povos indígenas são sujeitos coletivos de direitos, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescritíveis, além de definir os deveres e as responsabilidades dos Estados na sua salvaguarda.

Outras questões receberam influência normativa de tratados assinados e ratificados pelo Brasil, como a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. E, recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre Os Direitos dos Povos Indígenas.

Além disso, está em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.057/91, que pretende atualizar os direitos indígenas em relação à Constituição e praticamente substitui a vigente Lei 6.001/73. Há ainda muitas outras iniciativas de projetos de lei referentes a atividades como mineração, manejo florestal, exploração de recursos hídricos, proteção do meio ambiente e propriedade intelectual, voltadas para as populações indígenas.

Por outro lado, há neste momento muitas demandas indígenas que buscam a implementação dos tratados internacionais e reivindicações diretas da articulação indígena nacional, em busca da melhora das condições de existência. Isso tudo demonstra a relevância deste

trabalho, que tem como objetivo trazer elementos de reflexão principalmente sobre as seguintes temáticas: demarcação de terras indígenas, mineração em terras indígenas, consentimento prévio informado, proteção do conhecimento tradicional e gestão de terras indígenas.

Além do produto teórico apresentado, o grupo de trabalho desenvolveu dois seminários com o objetivo de envolver a sociedade na discussão sobre os direitos indígenas. Um dos seminários foi realizado em Curitiba/PR, nos dias 27 e 28 de novembro de 2008, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), com o tema: Estatuto dos Povos Indígenas. E o outro, em 27 de março de 2009, em Dourados/MS, na Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), com a mesma temática. Ambos contaram com a participação de representantes das comunidades indígenas, do Ministério da Justiça, do Ministério Público Estadual, alunos de graduação e pós-graduação de diversas instituições de ensino superior.

E por fim, o grupo apresentou um Projeto de Lei, que foi resultado da discussão da equipe, e fundamentado nas demandas indígenas identificadas nas diversas Oficinas Regionais e Seminário Nacional realizados pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em 2008, e nos quais o grupo esteve sempre representado. Esta iniciativa da SAL teve como objetivo a participação dos indígenas e suas manifestações acerca dos temas que mais os preocupa. O projeto de lei foi discutido pela Comissão Nacional de Política Indigenista, em 2009, e apresentado ao Congresso Nacional.

2. EXPOSIÇÃO DE RESULTADOS DE PESQUISA POR ÁREA TEMÁTICA

2.1 DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

A Constituição de 1988, que dedicou todo um capítulo aos povos indígenas, reconheceu o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Direito originário, explica Marés, “quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei” (MARÉS, 2006, p.122).

A Constituição encarrega-se de definir as terras tradicionalmente ocupadas, no §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, as terras tradicionalmente ocupadas compõem-se 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 Constituição de 1988 declarou nulos e extintos os atos que visem a ocupação, posse ou domínio das terras indígenas. O § 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”.

São nulos os títulos referidos ainda que tenham sido concedidos antes da Constituição, pelo que determina o artigo 231, § 6º. De fato, não importa a época da concessão, não existe direito adquirido contra o que estabelece o poder constituinte originário. Se a ocupação for de boa fé, as benfeitorias deverão ser indenizadas, mas, ainda assim, os títulos são nulos.

E para que os direitos sobre as terras indígenas possam ser garantidos é necessária a demarcação. Esse instituto foi desenvolvido 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”* (LIMA, 1998, p.208). 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 231, parágrafo primeiro da Constituição Federal sobre uma sorte de terras”* (MARÉS, 1990, p.11).

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 o ‘estar’ indígena sobre a terra e não a demarcação”* (MARÉS, 2006, p.148).

Portanto, 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, sendo admitida apenas a revisão dos limites da terra indígena demarcada para ampliá-la, quando a área demarcada for menor do que aquilo que os índios consideram “seu território”, evitando o confinamento.

Ademais de um tema polêmico, em decorrência das pressões sociais, encontra-se no Congresso Nacional uma enorme quantidade de projetos de lei e de emendas constitucionais, propondo alterações no procedimento demarcatório brasileiro.

O Estatuto do Índio (Lei 6001/73), em seu artigo 65, determinava que o Poder Executivo concluisse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos de sua publicação, isto é, 21 de dezembro de 1978. O prazo não foi cumprido. E o artigo 67 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal renovou este prazo para a União Federal concluir a demarcação das terras indígenas por mais cinco anos, contados a partir da promulgação da Constituição. O novo 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.

As demarcações, ademais da falta de cumprimento dos prazos, também são barradas em decorrência de sua localização estratégica ou sobreposição com outra área. O primeiro caso se refere às terras indígenas em áreas de fronteira. 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. Observa Aurélio Veiga Rios que *“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”* (RIOS, 1993, p.60).

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 estratégica que a área de fronteira seja constituída por terra de propriedade da União e com outra afetação que já exijamente a proteção da União independentemente.

Deve-se registrar que, conforme assinalou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.483, “a manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira” (BRASIL, 2007).

O segundo caso é o das terras indígenas que estão sobrepostas às unidades de conservação, ou vice-versa. Essa é uma questão complexa. Unidades de Conservação são espaços territoriais especialmente protegidos por suas características naturais relevantes. Regidas pela Lei 9.985/2000, as Unidades de Conservação estão previstas no artigo 225, § 1º, III da Constituição Federal. Portanto, ambos os espaços têm previsão Constitucional, mas com uma diferença substancial: a cláusula de nulidade e extinção em favor de terras indígenas constante no §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.

Portanto, conclui-se que a demarcação, assim entendida como a redução da terra a um espaço geográfico delimitado, 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.

O que se observa é que 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 Constitucionais Transitórias da Constituição.

Além disso, há no Congresso Nacional uma mobilização anti-indígena que se manifesta em muitos Projetos de Lei e Propostas de Emenda à Constituição que, além de afrontarem os princípios constitucionais, prejudicam os indígenas, tentando a desconstrução de um importante arcabouço legal, que é um dos mais avançados do mundo. Alguns projetos pretendem interferir no procedimento demarcatório de tal forma que ferem o próprio conceito de terra indígena, já que trata o processo demarcatório como se fosse ele a constituir o caráter indígena da terra, em evidente confronto com a Constituição que não só define a terra, como garante ser o direito sobre ela originário, isto é, anterior a qualquer ato ou processo.

Sendo assim, os indígenas têm direito à sua terra independentemente da demarcação. O ato de demarcação, precedido de um procedimento administrativo ou não, é ato de reconhecimento tão somente.

2.2 MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

São muitos os dispositivos constitucionais que tratam da questão indígena, além dos já citados artigos 231 e 232. Alguns são inovadores, outros dão status constitucional a presentes regras anteriores. O artigo 20, XI trata das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como domínio da União Federal; o artigo 22, XIV estabelece a competência privativa da União legislar sobre populações indígenas; o artigo 49 especifica competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar em terras indígenas a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais. Este dispositivo deve ser lido conjuntamente combinado com outros dispositivos, como o artigo 176, § 1º:

Art. 176, § 1.º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou **terras indígenas**.

Todos os dispositivos devem ser emoldurados no artigo 231, já citado, e que garante aos índios direitos à sua organização social e à terra. Sobre a exploração de minérios, especificamente dispõe o § 3º do artigo 231: *“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”*.

Dessta forma, os cuidados que a Constituição teve com a exploração de recursos não renováveis em geral, deve ser ampliada quando se tratar de terras indígenas. Pelo menos quatro especificidades em relação à exploração minerária em terras indígenas estão estabelecidas: (I) autorização do Congresso Nacional, (II) consulta às comunidades indígenas afetadas, (III) participação nos resultados da lavra e (IV) na forma da lei, ou em outras palavras, a necessidade de se ter uma lei específica para regulamentar a exploração de recursos minerais em terras indígenas.

Em relação à primeira exigência, trata-se de uma séria preocupação do constituinte de 1988 com a proteção dos direitos e interesses das comunidades indígenas. Por isso atribui ao Congresso Nacional o poder de autorizar a exploração ou não, ficando no plano secundário a presença do órgão oficial indigenista e do Departamento Nacional de Exploração Mineral – DNPM. Neste sentido, nota-se a atuação conjunta do Poder Legislativo e o Executivo visando proteger os direitos e interesses indígenas. Esta autorização, específica para uma autorização local, deve ter suas premissas estabelecidas em lei geral, conforme o quarto requisito. Por isso, não significa que o Congresso possa autorizar sem motivação e contra o parecer do Poder Executivo. Ao contrário, deve haver uma conjunção de vontades legislativa e executiva, além, é claro, indígena, como determina a próxima exigência.

Quanto à segunda exigência constitucional, de que sejam ouvidas as comunidades indígenas, trata-se de uma inovação importante e que tem constado das últimas constituições

latino-americanas. Sem a consulta prévia não pode ser autorizada a exploração mineral em terras indígenas. Porém, não apenas para exploração de minérios se exige a consulta prévia, mas a todo empreendimento ou ato que possa causar dano à comunidade, por isso no próximo ponto trataremos genericamente da questão.

Para a concretização da terceira exigência, o direito da comunidade afetada a participar do resultado da lavra, deverão ser estabelecidos percentuais das atividades advindas da exploração mineral. Esse percentual deverá ser devidamente detalhado na lei que regulamentar a atividade de exploração mineral. Novamente é importante esclarecer que a gestão do patrimônio indígena deverá ser da comunidade indígena e não do órgão federal indigenista.

Nesse sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 13 de Setembro de 2007 por sua Assembléia Geral, reconhece aos povos indígenas autonomia, autogoverno e livre determinação. Autonomia (artigo 4) deve ser entendida como a liberdade que têm os povos indígenas de decidir livremente sobre todos os assuntos que afetem suas terras, territórios, recursos naturais, vida e destino, em relação à sociedade da qual fazem parte. Já o autogoverno (artigo 4) é a forma própria de organização social, política e econômica de cada povo indígena; autonomia para decidir, de acordo com as suas culturas, sobre questões que os afetem. E por fim, a livre determinação (artigo 3), como o direito que têm os povos Indígenas de definir livremente sobre seus próprios assuntos, com total liberdade, para promover o seu desenvolvimento econômico, político, social, cultura, educativo e jurídico, bem como outro aspecto qualquer que diga respeito à sua vida e destino, incluindo o direito à autonomia e ao autogoverno, assim como o de circular livremente através das fronteiras.

E, por fim, o quarto requisito, a atividade será regulamentada na forma da lei, ou em outras palavras, por intermédio de lei ordinária aprovada pelo Congresso Nacional. O legislador constituinte entendeu que, mesmo sendo as terras indígenas de ocupação tradicional destinadas à posse permanente dos índios e lhes cabendo o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, os recursos minerais são bens pertencentes a União. Tendo em vista que as terras indígenas são bens da União, ela manteve para si o subsolo e os recursos minerais incluindo os do solo, mas que as comunidades indígenas têm direito a resultado da lavra a ser definida na forma da lei.

Por isso, está claro que não há óbice quanto à exploração de recursos minerais em terras indígenas desde que sejam preenchidos alguns requisitos já estabelecidos na Constituição e que devem ser regulamentados por lei federal, nos termos do artigo 22, inciso XIV, da Constituição Federal, que fixa competência privativa para a União legislar sobre populações indígenas; e nos termos do artigo 49, inciso XVI, que estabelece competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de riquezas minerais. Isto é, a lei deve regulamentar os procedimentos de aprovação, os requisitos e a forma de atender a vontade da população indígena em cada caso.

Recorrentemente, o Congresso Nacional discute mineração em terras indígenas. Em 1991, foi apresentado o PL 2057. Esse projeto tem por objetivo instituir o novo Estatuto do Índio por considerar que a Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio vigente, já está ultrapassado e não condiz com a realidade da atual Constituição Federal. Esse PL visava, portanto, alterar significativamente a Lei Especial Indígena, contemplando a questão da mineração. No ano de 2000 foi apresentando o Substitutivo ao PL 2057 denominado Estatuto das Sociedades Indígenas, que está ainda em discussão.

No ano de 1996, o Senador Romero Jucá apresentou o PL 1610 tratando especificamente da mineração em terras indígenas. Esse Projeto foi aprovado no Senado e seguiu para a Câmara dos Deputados, permanecendo até recentemente, quando foi apresentado pelo Poder Executivo, em abril de 2006, durante a Conferência Nacional dos Povos Indígenas ocorrida na cidade de Brasília, o Anteprojeto de Lei de Mineração. A reação negativa foi imediata e as lideranças indígenas disseram que não queriam tratar desse assunto sem prévio aviso e que esse assunto deveria ser tratado no âmbito do novo Estatuto do Índio.

Naquele ano o Projeto não seguiu sua discussão pública, como queria o Poder Executivo Federal, mas no ano seguinte, quando da instalação da Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI, em 19 de abril de 2007, o assunto novamente foi levado à baila na primeira reunião.. A posição indígena foi a mesma da adotada na Conferência Nacional, na qual onde as lideranças solicitaram que o assunto fosse tratado não de forma “retalhada” mas no conjunto, ou seja, quiseram discutir o assunto dentro do contexto de um novo Estatuto do Índio. O projeto facilitava enormemente a mineração e não respeitava a opinião das populações afetadas.

O pedido foi aceito e no ano de 2008 foram realizadas, em todo o território nacional, dez Conferência Regionais onde se tratou do novo Estatuto do Índio e, dentro dele, a questão da mineração. Durante esse período o Deputado Federal Eduardo Valverde, então relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei Nº 1.610, de 1996, apresentou seu Relatório à Comissão, à Câmara dos Deputados, à sociedade civil e às comunidades e Povos Indígenas. Esse Relatório foi analisado pelas lideranças indígenas nas Conferências regionais.

Ficou definido pelos indígenas que o Congresso Nacional só deverá levar adiante o processo legislativo sobre populações indígenas, bem como posteriormente autorizar a exploração de recursos minerais, com a participação indígena clara em toda as fases. Esta participação deverá ocorrer mediante consulta de boa-fé para obter o consentimento livre, prévio e esclarecido das comunidades afetadas.

Para o Estado brasileiro, Poder Executivo e Legislativo, cumprir os compromissos assumidos em instrumentos internacionais e que já integram o sistema legal interno, não poderá deixar de atender a solicitação dos povos indígenas de participar ativamente na discussão de quantos assuntos tratem da questão que lhes é pertinente.

Deve-se prever a maior liberdade possível para que cada povo decida seu futuro e o que fazer em relação à exploração de atividades econômicas. Aqueles que querem explorar as atividades de mineração que assim o façam, observando-se a proteção e defesa do espaço geográfico das terras indígenas e as riquezas das culturas indígenas ali presentes. Por outro lado, se os povos e suas comunidades que não quiserem explorar seus recursos, por quais razões forem, inclusive e especialmente espirituais e culturais, devem ter seus direitos respeitados.

2.3 CONSULTA PRÉVIA

Todo ato ou prática que afete uma população indígena deve ser informado e, de preferência, consultada a população afetada, como vimos anteriormente em relação à mineração em terras indígenas. Os povos indígenas têm o direito a serem consultados cada vez que se prevê medidas e projetos que possam afetar direta ou indiretamente suas atividades culturais, sociais, espirituais ou diretamente seus direitos territoriais e ambientais.

Esta questão está relacionada diretamente com o direito do povo gerir o seu futuro, isto é, exercer o direito à livre determinação/autonomia. Este direito os povos indígenas possuem para gerir em seus territórios, seus sistemas jurídicos e administrativos. Essa reivindicação encontra aporte tanto na legislação nacional quanto internacional e se entende como base para uma série de direitos específicos relacionados com os âmbitos de decisões políticas, econômicas, sociais e jurídicas no interior das comunidades, das quais fazem parte os povos indígenas, e que, devem ser respeitados pelo Estado para garantir as expressões de identidades dos povos indígenas brasileiros e de pessoas indígenas que se auto identifiquem como tal.

Entretanto, não é fácil saber como e que natureza tem esta consulta. Tanto ela pode ser mascarada como, ao ser realizada corretamente, ser desconsiderada. Ambas situações são recorrentes e ambas violadoras dos direitos indígenas.

A já citada Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre povos indígenas, prevê as garantias necessárias para o reconhecimento das sociedades indígenas, dentro da ordem jurídica dos países. E, dentre as disposições desta Convenção, uma das mais importantes é a que determina que os Estados identifiquem os territórios indígenas e garantam a proteção efetiva de seus direitos de propriedade e posse baseados na tradição, na cultura, na vontade de cada povo e que ainda estabelece que os povos indígenas sejam **consultados** sempre que algum projeto econômico nacional ou regional lhes afete.

Já no âmbito constitucional brasileiro, o princípio disposto no artigo 231 reconhece o caráter multiétnico e pluricultural do Brasil, e que dispõe sobre a obrigação estatal de reconhecimento, proteção e respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas que habitam o território nacional, particularmente no parágrafo 3º do mesmo artigo que expressa “*que 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". Para o cumprimento deste dispositivo faz falta um Regulamento de Procedimentos de Consulta e Participação determinados por Lei.

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 13 de setembro de 2007, pela Assembleia Geral das Nações Unidas descreve a "*urgente necessidade de respeitar e promover os direitos e as características intrínsecas aos povos indígenas, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos naturais*". A Declaração reconhece o direito dos povos indígenas de determinar as prioridades e estratégias para exercer seu direito ao desenvolvimento e requer que os Estados consigam o consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas antes de adotar e implementar medidas legislativas e administrativas que lhes possam afetar.

A Convenção 169 da OIT tem dois dispositivos sobre o direito de consulta prévia. Um de caráter geral (art. 6º), trata da consulta prévia a toda medida administrativa ou legislativa susceptível de afetar aos povos indígenas, e indica que a consulta tem como objeto chegar a um acordo ou consentimento das medidas propostas. A outra previsão (art. 15, 2) se refere à consulta prévia às atividades relativas a recursos naturais que de alguma forma possam afetar os povos indígenas quando a propriedade pertencer ao Estado.

Esses instrumentos estabelecem que os governos devem consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e em particular por meio de instituições representativas, cada vez que medidas legislativas ou administrativas afetar-lhes diretamente (Artigo 6º, alínea "a" da Convenção 169 da OIT). Sobre isso, as consultas deverão efetuar-se de boa-fé e de uma forma apropriada às circunstâncias, com a finalidade de se chegar a um acordo ou lograr o consentimento acerca das medidas propostas, conforme estabelece o item 2 do artigo 6º da Convenção 169 da OIT.

Ademais, a Convenção 169 da OIT estabelece que os povos indígenas "*têm o direito de decidir suas próprias prioridades no que atine ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete as suas vidas e, deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetar-lhes diretamente*".

As consultas aos povos indígenas devem constituir-se em mais que formalidades, ou meros processos por meio dos quais se lhes entrega informações sobre os projetos de desenvolvimento. A informação deve clara, completa, precisa e necessária, porém, tal informação por si só não é suficiente para a participação efetiva na tomada de decisões. Para serem verdadeiramente eficazes, as consultas devem prever oportunidade aos povos indígenas de serem escutados e de influírem diretamente nas decisões. De modo que as consultas com os povos indígenas sobre as atividades de desenvolvimento devem ser acompanhadas de medidas específicas para salvaguardar os interesses e direitos das comunidades envolvidas.

Tais medidas devem prevenir ou minimizar o impacto das atividades que possam causar danos ou interferir no uso e gozo das terras e dos recursos naturais dos povos indígenas, assim como em seus sítios sagrados.

Por isso, quando um Estado outorga uma concessão a um particular para a extração de recursos naturais que possam afetar uma comunidade indígena, está obrigado a propor e tomar medidas positivas para salvaguardar as práticas culturais e de subsistência do povo afetado. Para saber como fazer isto deve proceder à consulta prévia.

Está claro que um instituto que estabeleça procedimentos para realizar a consulta prévia não é de fácil desenho, porque influi um preciso processo de informação, tomada de opinião e vontade e reconhecimento da expressão de cada povo. Nem sempre os povos têm internamente formas precisas de manifestação de representação e vontade, o que dificulta ainda mais o diálogo. Há de se reconhecer também outras dificuldades paralelas, como a língua, princípios religiosos, razões éticas, políticas internas e, sobretudo, os direitos de minorias, clãs ou famílias, etc.

Nesse sentido, o direito de consulta prévia não pode ser interpretado como um instrumento exclusivo para tratar sobre o aproveitamento específico de algum recurso natural, mas deve ser objeto de uma dimensão política mais ampla, para pensar a forma como se dará a participação do povo na definição de políticas públicas que lhe digam respeito. Assim, a consulta prévia deve abranger todos os aspectos que envolvam uma atividade e suas consequências futuras.

Talvez um dos aspectos mais delicados para a efetivação da consulta prévia é a representatividade. Quem representa um povo indígena? Quem fala por ele? Quem são legítimos interlocutores?

O Brasil é um país pluriétnico que possui mais de 220 povos e que falam mais de 180 línguas. cada povo possui formas próprias de representatividade. Assim, deve se prever diferentes instâncias de conversação e negociação, fazendo do processo de consulta um longo conhecimento do povo consultado. Não é possível promover uma consulta sem depender de profissionais como antropólogos, indigenistas e tradutores altamente especializados naquela comunidade.

Se há dificuldade pelo lado dos povos indígenas na realização da consulta, menor não é a dificuldade da entidade consulente. É claro que esta consulta é tarefa indelegável do Estado, mas dizer isto é, ainda, pouco. O Estado é, ele mesmo, múltiplo e dividido, cada órgão, Ministério, Departamento, acaba tendo feições próprias e não raras vezes entram em velado ou franco conflito. O mesmo Estado que promove a agricultura de larga escala tem instâncias de proteção das florestas. Assim, é fundamental que os entes que tem por obrigação a defesa dos índios esteja sempre presente nas consultas.

É fundamental definir em lei que a interlocução deve ocorrer entre o Estado, que adota medidas administrativas (licenças, autorizações, concessões, contratos, licitações etc.), e os povos indígenas afetados.

Outra dificuldade já apontada é que as consultas devam ocorrer na língua dos povos envolvidos no processo, para que possam efetivamente participar e manifestar de forma consciente.

Além disso, a consulta prévia não pode ser compreendida com uma mera audiência pública, um evento, uma reunião ou um encontro. Seu reconhecimento e aplicação implicam, necessariamente, a existência de um processo mutuamente acordado, que poderá estar composto por vários eventos de diferentes naturezas (reuniões, oficinas, seminários, assembleias etc.), segundo decidam as partes, e sempre com a disposição de tempo suficiente e recursos próprios para sua execução. A verificação da realização de um processo de consulta anterior à adoção de uma decisão pública consiste em conseguir observar no conteúdo e motivação da decisão final a opinião dos diretamente afetados e, em que medida aquela opinião pôde ser influenciada.

A questão mais delicada em relação ao direito de consulta prévia é a que implica em um direito de veto, conforme as Convenções Internacionais, é legítimo aos povos indígenas se oporem às decisões do Estado que lhes afetem. Portanto, é necessário definir de maneira clara o alcance deste instrumento jurídico, que sempre deve ser avaliado com relação à utilidade que representa na defesa dos direitos substantivos dos povos interessados. Para que um povo exerça o direito a veto deve estar plenamente informado e consciente das consequências.

O processo de consulta prévia servirá sempre para informar, fundamentar e amadurecer decisões do Estado e dos povos interessados e, nessa medida, não deve ser desconsiderado. Não existem razões para não aproveitar a oportunidade política que o exercício deste direito implica tanto para os povos quanto para os Estados. Mas, diante deste cenário, serão a avaliação de cada caso, de cada contexto e a disposição de forças vigentes as que indicarão a conveniência e utilidade deste instrumento na defesa dos direitos dos povos indígenas e tribais.

Em geral, todos os processos de consulta prévia devem cumprir princípios básicos que lhes são comuns, como serem executados de boa-fé, por meio de procedimentos adequados e com as instituições representativas dos povos, antes da adoção de qualquer decisão e com o objetivo de chegar a um consenso. Mas são nos processos cotidianos, particulares a cada tipo de consulta que os elementos gerais são qualificados no seu significado concreto.

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas nos Tratados, Declarações, Convenções bem como nas constituições e legislações da América Latina só é explicável graças ao crescente envolvimento desses povos e de suas organizações no cenário político que, por sua vez, tem aberto as portas a novos mecanismos para fomentar essa participação política.

A consulta prévia e a participação como demanda indígena é, como se vê, um direito já garantido tanto pelo direito interno quanto pelo direito internacional, e leva a reflexão sobre temas como interculturalidade e democracia. Neste sentido percebe-se que na América

Latina os indígenas desenvolveram sua capacidade de auto-organização, utilizando para isso, muitas vezes, a linguagem e os mecanismos do Estado de direito. A partir daí, na maior parte dos Estados, o processo de reconhecimento “evoluiu” da integração para o multiculturalismo/interculturalidade. Paralelamente a isso a questão indígena internalizou-se (ROULAND, 2004, p.591).

Conforme pondera Azelene Kaingang:

“É preciso definir o que é o consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas para as ações que os afetam. Uma consulta não é apenas a oportunidade de dizer sim ou não para determinado empreendimento, mas a possibilidade de abrir o diálogo entre o Estado e os povos indígenas e finalmente se definir os interesses de cada um e estabelecer uma relação de respeito mútuo”.(KAINGANG:2008)

Desta forma, o exercício do direito à consulta prévia e participação não se resolve na precisão do processo ou procedimento, vai mais além, para atingir a essência do relacionamento entre Estado e povos indígenas, garantindo a dignidade, a autodeterminação e a própria existência de um povo.

2.4 PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL

Conhecimentos tradicionais é o nome dado ao conjunto de saberes acumulados por um povo, compartilhado ou não com outros povos, fundados em suas práticas, tradições, cultura e usos, associados ou não à natureza na qual vivem.

Embora seja muito amplo o conceito de conhecimentos tradicionais, a visão ocidental os diminui, ora relacionando-os à diversidade biológica que envolve o grupo, ora lhe atribuindo valor econômico.

Assim, há autores que consideram o conhecimento tradicional o conjunto de inovações e práticas de povos indígenas e comunidades tradicionais relacionadas à conservação e ao uso sustentável da diversidade biológica (PISUPATI, 2007. p.15).

O Estatuto do Índio, a já citada lei 6.001/73, nada dispõe sobre a proteção do conhecimento tradicional e tão pouco apresenta conceitos ou preocupações com tais conhecimentos, visto que está voltada eminentemente para as questões de terras indígenas. Na época em que foi escrito, a principal preocupação, ainda dentro de políticas integracionistas, era a proteção das terras e do patrimônio indígena, na esperança que isto servisse para sua assimilação como trabalhador livre.

A própria Constituição brasileira de 1988 não se refere diretamente aos conhecimentos tradicionais, apesar de tratar da questão não mais como integracionismo, mas como perpetuação dos povos indígenas. Esta política tem por base a garantia dos direitos culturais, claramente expressos na Constituição.

Portanto, embora haja proteção geral à cultura, quando se trata de conhecimentos tradicionais a legislação somente protege os conhecimentos tradicionais associados à real ou potencial utilização econômica, o que insere na dinâmica dessas comunidades valores que lhes são estranhos. Esta prática dificulta a preservação e o reconhecimento dos conhecimentos tradicionais, uma vez que desloca o foco da proteção, que deveria ser cultural, para o econômico. Como consequência, retira destas práticas a sua importante e determinante carga ética e cultural.

A Medida Provisória 2.186, de 2001, editada pela primeira vez com o número 2.052 em 2000, regulamenta a Constituição em relação ao patrimônio genético brasileiro e trata do acesso aos conhecimentos tradicionais:

“Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos:

I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção;

II - ao acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes;

III - à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado; e

IV - ao acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica.”

Continua o artigo 7º da mesma Medida-Provisória, definindo o que entende por 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 ou potencial, associada ao patrimônio genético;”

Para completar, acrescenta um artigo 8º retalhado por exceções:

Art. 8º Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao 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.

§ 1º O Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e das comunidades locais para decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País, nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento.

§ 2º O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Medida Provisória integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro, conforme dispuser o Conselho de Gestão ou legislação específica.

§ 3º A proteção outorgada por esta Medida Provisória não poderá ser interpretada de modo a obstar a preservação, a utilização e o desenvolvimento de conhecimento tradicional de comunidade indígena ou comunidade local.

§ 4º A proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual.

As definições legais acima transcritas deixam claro que a preocupação está não com a proteção dos conhecimentos, mas com o acesso a eles e os eventuais “benefícios” que as detentoras do conhecimento podem receber. Mais ainda, o interesse está na possibilidade real de alcançar estes conhecimentos, inclusive pela proteção da propriedade intelectual eventualmente adquirida por terceiros, como deixa entrever o inusitado § 4º.

As comunidades tradicionais e indígenas estão desamparadas pela legislação nacional e também pela latinoamericana. Neste sentido a Coordinación de Las Organizaciones Indígenas de La Cuenca Amazônica – COICA, defende a criação de legislações nacionais e internacional no sentido de associar os conhecimentos tradicionais diretamente às culturas locais e, portanto, realizar a proteção da mesma maneira como se protege a cultura. Neste sentido a proposta trata os conhecimentos tradicionais de forma a afastá-la das pretensões do capital internacional, nos termos em que relata o teórico malásio Gurdial Singh Nijar. (NIJAR, 1995.)

A Organização Mundial da Propriedade Industrial – OMPI, em sua publicação nº 920S recomenda que os países membros proporcionem aos titulares de conhecimentos tradicionais alternativas para a proteção desses conhecimentos. Recomenda, também, que sejam criados meios e instrumentos para as comunidades interessadas defenderem seus interesses e possam decidir de acordo com sua livre determinação a melhor opção para a proteção de seus conhecimentos. Estas recomendações implicariam em catalogar os conhecimentos, de tal forma demandaria um trabalho enorme para indexar os conhecimentos a serem protegidos. (OMPI, s/d. p.16).

Evidentemente há uma enorme resistência por parte das comunidades em catalogar e/ou classificar seus conhecimentos. Além da extrema dificuldade de indexar os conhecimentos, esta alternativa traz duas consequências que podem ser danosas às populações: em primeiro lugar a publicação de listas contendo esses conhecimentos tradicionais aguça e facilita a cobiça das empresas interessadas e, por outro lado, deixa de fora da proteção tudo aquilo que não estiver catalogado.

Esta indexação, na realidade, é um mecanismo a mais do sistema de propriedade intelectual, como uma forma de continuidade do sistema, e de forma alguma pode ser vista como uma maneira alternativa que garanta a proteção e a autodeterminação dos povos.

Outro instrumento internacional é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, já várias vezes citado, e que foi aprovado pelo Decreto-legislativo nº143/2002 e pelo Decreto nº 5051/2004. Esta Convenção estabelece diversas garantias para as populações indígenas, privilegiando seus usos, costumes e tradições. Estabelece, por exemplo, que

os Governos devem consultar os povos interessados quando houver medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-los, garantindo que possam participar na tomada de decisões em instituições ou organismos administrativos e outros responsáveis pelas políticas e programas que lhe afetem. (art.6).

A Convenção determina ainda que os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades de acordo com suas crenças, instituições e bem-estar espiritual, de controlar as suas terras e, também, o seu desenvolvimento econômico (art.7) se assim o desejarem. Portanto, ao Estado compete dar efetividade à decisão dessas populações, sem, contudo, impor seus interesses ou os interesse internacionais. A decisão da comunidade detentora do conhecimento deve ser soberana sobre os demais interesses sobre determinado conhecimento.

Em que pese se possa encontrar no âmbito internacional várias Declarações que podem ser aplicadas direta ou indiretamente para a proteção do conhecimento tradicional, como Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural da UNESCO de 2001; Declaração de Istambul pela terceira Mesa redonda de Ministros de Cultura de 2002, Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural imaterial, aprovada pela UNESCO em sua 32ª reunião, realizada em Paris, em 2003; Convenção Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das expressões Culturais, celebrada pela UNESCO em 2005; (ZANIRATO; RIBEIRO. 2007) a questão de como proteger os conhecimento tradicionais ainda não é pacífica.

Alguns países que já desenvolveram normas próprias estão baseados na Convenção da Diversidade Biológica, assim como, com o acordo Trips (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – Acordo sobre proteção da propriedade intelectual). A influência desse acordo está nas legislações de vários países. A legislação da Tailândia (Act on Protection and Promotion of Traditional Thai Medicinal Intelligence, B.E.2542), por exemplo, adota o regime de registros e com a proteção por um período de tempo, da mesma forma que é feita pelas leis de patentes. Portugal, em seu Decreto-lei nº 118/2002, estabelece que os conhecimentos tradicionais serão protegidos contra sua reprodução ou utilização comercial ou industrial se preencherem as seguintes condições: estarem identificados, descritos e registrados no Registro de Recursos Genéticos Vegetais (RRGV) e, essa descrição deve ser feita de modo a garantir que terceiros possam reproduzir ou utilizar esses conhecimentos para produzir resultados idênticos. Aqui, da mesma forma que lei anterior citada, prevalecem as diretrizes do Acordo sobre a proteção da Propriedade Intelectual, desconsiderando os interesses das populações tradicionais locais, o que é um dos objetivos da CDB.

O Acordo Centro Americano de Acesso aos Recursos Genéticos e Bioquímicos e ao Conhecimento Tradicional Associado demonstra preocupação com a proteção dos conhecimentos tradicionais, uma vez que reconhece a existência de um direito próprio, *sui generis*, das comunidades tradicionais independentemente de prévio registro ou declaração oficial.

No âmbito nacional, Projeto de Lei 2057 está na mesma direção que as demais iniciativas na ordem internacional, uma vez que apresenta alternativas de proteção dos conhecimentos tradicionais dentro do mesmo sistema de propriedade industrial predominante, necessidade de registro e proteção temporal.

Note-se, claramente, esse posicionamento no artigo 12 do referido projeto:

“Art.12 – É assegurado às comunidades, sociedades e organizações indígenas o direito de obter patente de invenção, modelo de utilidade, modelo industrial ou desenho industrial direta ou indiretamente resultantes dos conhecimentos ou modelos indígenas que detêm.

Parágrafo único – A patente a que se refere o caput será concedida às comunidades, sociedades ou organizações indígenas e ao autor da invenção, modelo de utilidade, modelo industrial ou desenho industrial.”

Seria o caso de patente em co-titularidade? A lei de propriedade intelectual determina que a co-titularidade (art. 91) é admitida entre empregado e empregador, dependendo do que ficar estabelecido em contrato. Desse modo, é possível que somente o empregador detenha os direitos de exploração da invenção. Com isso percebe-se que essa alternativa prevista na lei de propriedade intelectual não é condizente com as peculiaridades e formas de organização dos povos indígenas, uma vez que não é possível classificá-los de empregados e empregadores.

Mas o projeto de lei vai além ao garantir a co-titularidade independentemente da apresentação no pedido, em seu artigo 13. E neste mesmo artigo deixa a cargo do interessado na patente a indicação das respectivas comunidades indígenas que contribuíram para o desenvolvimento da invenção a partir de seus conhecimentos tradicionais. Isso deixa as comunidades indígenas reféns dos interesses dos pesquisadores externos, pois não vincula a apresentação de documento comprovando o consentimento prévio fundamentado/informado.

Mesmo ao garantir o direito de impugnar a patente por via administrativa ou judiciária não impede seu registro. Nesse aspecto deve-se questionar como as comunidades indígenas terão acesso aos pedidos formulados ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial ou instituições internacionais?

Para que os bancos de dados sobre conhecimentos tradicionais fossem eficientes seria necessário que as informações estivessem disponibilizadas em locais de fácil acesso às comunidades tradicionais e em seus idiomas de origem para garantir uma boa compreensão. A OMPI não teria condições de manter bancos de dados locais nestas condições, de modo que a criação e manutenção dependeriam da iniciativa dos próprios países interessados, que por sua vez também teriam dificuldade de realizar, especialmente na América Latina e no Brasil pela extensão do território e da diversidade cultural existente..

O projeto de lei acima referido faz, também, menção à proteção à propriedade intelectual não patenteável. A produção intelectual não patenteável é entendida como todo e qualquer conhecimento útil ou apropriável, em especial os fármacos e as essências naturais conhecidos

dos índios, objetivando a pesquisa, a efetiva aplicação e uso industrial e comercial (§ único do art. 17). Esse artigo nada mais faz do que inserir os conhecimentos tradicionais no sistema de propriedade industrial aplicado para os casos de invenções, a única diferença é que flexibiliza o critério na novidade inventiva já que parte do pressuposto de que é algo conhecido, aplicado e desenvolvido pelas comunidades indígenas. Mas, independentemente disso, garante utilização por quem tiver interesse em tal conhecimento em troca de uma contra-partida pecuniária para as comunidades detentoras do conhecimento (art. 18). E, em flagrante desrespeito à CDB, não obriga a apresentação por parte do interessado de documento comprovando o consentimento prévio fundamentado e informado da comunidade detentora do conhecimento.

O projeto é mais sucinto em relação aos direitos autorais, pois garante o direito autoral para as obras intelectuais e criações do espírito coletivamente produzidas, especialmente suas músicas, contos e lendas, que de certa forma já está protegido em cadastros, como o Cadastro Nacional de Cultura Indígena (Portaria 639/2000 Funai) e o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial (Decreto nº 3551/2000).

A proposta de proteção do Projeto de Lei não inova, já que não apresenta um sistema *sui generis* para a proteção do conhecimento tradicional, pois não valoriza o caráter de produção coletiva do conhecimento e a necessidade da perpetuidade de proteção tendo em vista a transmissão intergeracional e oral desses conhecimentos ele é, em rigor, a aplicação do atual sistema de patentes para os conhecimentos tradicionais, o que não serve aos interesses das comunidades indígenas e tradicionais.

Uma correta proteção dos conhecimentos tradicionais terá que, minimamente, estabelecer: a obrigatoriedade do consentimento prévio informado e fundamentado; a garantia de que a vontade da comunidade prevaleça, ou seja, que sejam protegidas as suas opiniões; o caráter inalienável e imprescritível dos direitos sobre os conhecimentos tradicionais, de modo que qualquer utilização depende da anuência da comunidade ou comunidades envolvidas; a participação dos indígenas e populações tradicionais no organismos de deliberação como o CGEN; a participação nos resultados.

2.5 GESTÃO TERRITORIAL

Como já se afirmou e demonstrou, a Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece o caráter pluricultural ou multiétnico da população. Sem dúvida, este feito reflete o novo processo dos fenômenos étnicos, que expressam o surgimento de novos movimentos e novas formas de organização dos povos indígenas. Portanto, deve-se considerar que há um reconhecimento constitucional da pluriethnicidade, o que significa uma ruptura com as políticas homogeneizadoras e assimilacionistas inspiradas no liberalismo republicano e no populismo “desenvolvimentista”.

No plano internacional, em 1989, a Conferência Internacional da Organização Internacional do Trabalho (OIT) concluiu uma discussão de três anos, com a participação de inúmeros

representantes de organizações indígenas e governamentais, aprovando a Convenção nº 169. Essa Convenção procura definir detalhadamente, além dos direitos dos povos indígenas, os deveres e as responsabilidades dos Estados na sua salvaguarda.

A revisão das normas internacionais sobre os povos indígenas coincidiu com o processo de revisão da legislação constitucional brasileira, que de maneira geral partilham dos mesmos propósitos.

Observa-se, ademais, que os desafios que os povos indígenas vêm enfrentando não são exclusivos do Brasil, mas fazem parte da agenda das sociedades pluriculturais. Dessa forma, acentua-se que as demandas indígenas e suas mobilizações por seus direitos não são novas. Ao longo do século XX têm protagonizado sucessivas demandas em defesa de seus direitos; e particularmente desde os anos 1980, puseram em marcha um poderoso processo de rearticulação social e política, com objetivo de obter um reconhecimento desses direitos enquanto sociedades etnicamente diferentes, incorporando suas demandas e esperanças na agenda da transição democrática. (LLANCAQUEO, 2006).

Por certo, o processo histórico de expansão das fronteiras não se fez sem conflitos. Foi necessário um longo período de lutas para que os direitos indígenas fossem assegurados. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 foi um marco importante, visto que na expectativa de garantir e conquistar direitos na Constituição foi que os povos indígenas escreveram parte de sua história, alcançando direitos até então nunca vislumbrados. Esses direitos constitucionais estão inscritos em um capítulo próprio - *Dos Índios*- e em uma dezena de dispositivos que contêm referências específicas a direitos indígenas, constantes de outras partes da Constituição.

Ademais das disposições constitucionais, tem-se a lei 6.001/73, Estatuto do Índio, a qual está redigida sob princípios de integração. De modo que no art. 1º pode-se ler: “esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

O art. 2º do Estatuto elenca os deveres que cabem aos entes políticos (União, Estados e Municípios). Além do dever de assistência (inciso II), do respeito às peculiaridades (III) e à livre escolha dos meios de vida (IV, V), de proporcionar a colaboração dos indígenas nos programas em seu benefício (VII, VIII) e respeitar a plenitude de seus direitos civis e políticos (X), há também o de “respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições usos e costumes” (VI). Integrar, preservando a cultura: eis o paradoxo.

O art. 3º estabelece definições no tocante ao termo índio ou silvícola como sendo, “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”, e para comunidades indígenas ou grupos tribais como “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”.

Tem-se que as formulações descritas acima são passíveis de críticas, no que se refere à etnicidade e o reconhecimento identitário (Barth, 1969). Também o critério cultural, tal qual apresentado no Estatuto não se firma, uma vez que a cultura é dinâmica.

O art. 4º encerra o Título I do Estatuto, classificando os indígenas em “isolados, em vias de integração e integrados”. Estes seriam os níveis na evolução da condição de indígenas até a absorção da cultura pela sociedade envolvente. Esta premissa era tida como algo natural e inevitável.

Importante destacar que aliada ao paradigma da integração tem-se implícita a concepção obsoleta de tutela, fundamentada na pressuposição de existência de “um código comum de condutas partilhado e conhecido (ainda que com graus variáveis de conformidade) por todos os membros de um mesmo grupo social de referência”, a partir do qual seja possível identificar desvios de conduta decorrentes “de uma incapacidade física ou mental de pessoas que atingem um conhecimento apenas deficiente e parcial dos códigos dominantes, exercendo uma participação social limitada” (OLIVEIRA, 1988, p. 223).

Após os princípios e definições básicas contidas no Título I, o Título II do Estatuto do Índio é dividido em quatro capítulos, tratando sucessivamente dos princípios, da assistência ou tutela, do registro civil e das condições de trabalho. O Título III trata da questão das terras e da cultura, distinguindo entre “terras ocupadas” e “áreas reservadas”, abordando de sua defesa, dos bens dos índios e respectiva renda, e da educação, cultura e saúde. O Título IV, traz as normas de natureza penal.

Souza Filho (1999) aponta que a partir do art. 7º o Estatuto do Índio parece retomar a conceitos da época do Império e da tutela orfanológica, importando em retrocesso em relação ao Decreto 5.484 de 1928. Conforme aponta Souza Filho, a Constituição de 1988 recepcionou a tutela do Estatuto do Índio enquanto instituto de direito público, ou seja: “a Constituição exige que o Estado proteja os bens indígenas e esta proteção pode ser efetivada pelo caminho do regime de tutela exposto no Código Civil e regulamentado pelo Estatuto” (SOUZA FILHO, 1999, p.107).

Importante destacar que o *caput* do art. 7º do Estatuto dispõe que o regime tutelar nele disciplinado, a cargo do órgão federal de assistência aos “silvícolas”, aplica-se somente aos índios e às comunidades indígenas “ainda não integrados à comunhão nacional”.

Este aporte traz sérias consequências aos direitos dos povos indígenas, isso porque poder-se-ia chegar à conclusão de que os indígenas ou povos considerados integrados deixariam de fazer jus à proteção representada pelo regime tutelar. Não raras vezes depara-se com discursos que tentam desqualificar a condição de indígenas no sentido de obstruir os direitos desses povos, alegando para tanto que todos os brasileiros são iguais e, portanto, não necessitam de direitos específicos.

Diante do exposto, o estudo da tutela legal (ou regime tutelar) dos indígenas é a confusão promovida pela própria legislação, entre tutela individual, de natureza civilística, legatária da tutela orfanológica, e a tutela das coletividades indígenas, essa com natureza de direito público.

É notória a distância entre os princípios e a realidade quando observado o Estatuto do Índio. E, nesta trajetória somente com a Constituição Federal de 1988 é que se criariam novas bases para uma relação mais concreta entre povos indígenas, Estado e sociedade envolvente.

Diante do exposto, enfatiza-se que os povos indígenas demandam por novos referenciais jurídico-políticos, para que possam exercer seus processos de autonomia. Esses referenciais já não podem mais ser pensados apenas a partir de uma minoria não-indígena. Nesse novo processo legislativo, os indígenas querem ser ouvidos enquanto indígenas, e exigem que se leve em consideração suas histórias, suas culturas, suas tradições.

Ao se enfatizar o tema gestão territorial, deve-se considerar que este está atrelado à temática do território, enquanto espaço material e imaterial. Isso porque não pode haver livre determinação ou autonomia dos povos indígenas sem território.

Conceitualmente, não se dissocia território de territorialidade, uma vez que segundo Robert David Sack (1986, p.19), “a territorialidade pode ser definida como as formas de controle exercidas por um grupo sobre uma determinada área, ou território. No seu limite, a territorialidade é a inter-relação entre espaço e sociedade”.

A noção de território é uma representação coletiva, uma ordenação “primeva” do espaço. A transformação do espaço (categoria) em território é um fenômeno de representação por meio do qual os grupos humanos constroem sua relação com a materialidade, num ponto em que a natureza e a cultura se fundem. A noção de território sem dúvida é formada através do dado imediato da materialidade, mas esse é apenas um componente, já que todas as demais representações sobre o território são abstratas.

Do exercício de seu direito à territorialidade, ou seja, da apropriação simbólica, material e, sobretudo, política do território, por parte dos povos indígenas, depende sua reprodução social, cultural e econômica. Sem território, não pode haver autonomia; de nada serviria que na legislação se estabelecesse uma série de direitos indígenas se estes não puderem ser exercidos em um espaço geográfico determinado. Por isso, a demanda territorial é central na reivindicação por autonomia dos povos indígenas, não só pelo controle dos recursos, mas também pela sua dimensão política, a qual, conforme assinala-se é a luta indígena pela *autonomia político-territorial*.

A partir de uma revisão conceitual e dos movimentos, revela-se que é necessário integrar as distintas acepções em uso da noção de “direitos territoriais”, para que esta não seja uma mera retórica, mas sim, um conceito operacional. É necessário identificar os direitos específicos e cruciais, que integrados sistematicamente formam um estatuto,

nos quais aqueles se realizam, e cujo conjunto garantam a territorialidade indígena em tempos de globalização.

Salienta-se que conceber uma política indigenista a respeito de gestão territorial, deve, em primeiro lugar, levar em consideração os povos indígenas como interlocutores principais - resguardada a sua sociodiversidade, a especificidade de suas formas próprias de representação política e a singularidade de seus movimentos políticos e organizações. Em segundo lugar, significa reconhecer que existe outros saberes, que não se limitam estritamente aos saberes "ocidentais", ou seja, reconhecer o grande acúmulo de experiências inovadoras desenvolvidas fora das fronteiras da administração do Estado, bem como o fato de que a execução da política indigenista não se esgota num único órgão.

E, intimamente, associado à questão da gestão territorial está a garantia de autodeterminação, e Chaudhury (1985), ainda que adotando outra nomenclatura, "livre determinação, aponta suas características: 1) A autoafirmação, que implica o direito que tem um povo a proclamar sua existência e a ser reconhecido como tal; 2) A autodefinição, que consiste na faculdade de determinar quem são os membros que integram esse povo; 3) A autodelimitação, que insere o direito a definir os próprios limites territoriais; 4) A autoorganização, que é o poder reconhecido a um povo de procurar se a si mesmo seu próprio estatuto, dentro de um marco estatal, 5) A autogestão, que expressa a faculdade de um povo para gerir seus próprios assuntos, significa dizer, para governar e administrar livremente de acordo com suas normas, seu estatuto.

De acordo com o que foi exposto, não é possível falar de um modelo autonômico e de um nível de descentralização jurídico-política que seja aplicável a todos os casos e a todos os Estados. Sendo a autonomia uma concretização do direito à livre determinação, essa liberdade deve manifestar-se como a faculdade para escolher qual deve ser o alcance da autonomia e quais são as competências concretas que assumirá este ente autônomo.

Isso deve acontecer em consenso com o Estado, pois o regime de autonomia implica uma negociação entre as duas partes. Tudo isso sem perder de vista que, as condições sociopolíticas e a relação de forças entre o Estado e as entidades autônomas são cambiantes; não se pode pensar na existência de um acordo ou modelo autonômico definitivo.

Algumas propostas para a Gestão do Sistema Nacional de Educação Escolar Indígena

- Criação de uma Secretaria Nacional de Educação Escolar Indígena na estrutura do Ministério da Educação, articulando todos os níveis de ensino, com equipe técnica e orçamento próprio.
- Criação de um Subsistema de Educação Escolar Indígena de modo a garantir o direito a uma educação diferenciada aos povos indígenas, acompanhada de nova legislação e orçamento próprio.
- Realização de censo específico da Educação Escolar Indígena, como instrumento que permita a avaliação e monitoramento da Política de Educação Escolar Indígena.

Controle Social e Participação Indígena nas políticas públicas de educação escolar indígena:

- Criação de um Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena, vinculado ao Gabinete do Ministro de Educação, com poderes deliberativos para formular a política nacional de educação escolar indígena.
- Incentivo e apoio para a criação e funcionamento de mecanismos de consulta e de participação de representantes dos povos indígenas na formulação de políticas públicas nos governos federal, estadual e municipal, em cumprimento à Convenção 169 da OIT.
- Transformação da vaga de governo da representação indígena no Conselho Nacional de Educação numa vaga do movimento indígena, a ser preenchida por meio de consulta pública ao movimento.

Educação Básica nas Terras Indígenas:

- Elaboração e implementação de diretrizes e referenciais curriculares para a Educação Básica
- Apoio à ampliação da oferta do Ensino Fundamental, Ensino Médio Regular, Ensino Médio Integrado e Profissionalizante, com programas de apoio às escolas e aos estudantes indígenas, de modo a garantir a sustentabilidade dos povos indígenas em seus territórios.
- Criação e implementação de uma política linguística para as escolas indígenas, que reconheça e valorize a atual diversidade das línguas faladas pelos povos indígenas.
- Criação de uma política de fomento para elaboração, publicação e distribuição de materiais didáticos específicos e diferenciados para as escolas indígenas, contemplando as línguas, culturas e conhecimentos próprios dos povos indígenas.
- Criação de programas específicos para atendimento aos estudantes indígenas e gestão e melhoria das condições de ensino nas escolas indígenas no que se refere à organização escolar, merenda e transporte escolar e manutenção das escolas nas Terras Indígenas.

Infra-Estrutura das Escolas Indígenas:

- Construção, ampliação e reforma das escolas indígenas, respeitando o desejo das comunidades indígenas no que se refere à arquitetura e materiais adequados ao ambiente das aldeias, inclusive nas Terras ainda não homologadas.
- Melhoria da infra-estrutura das escolas indígenas com disponibilização de energia, água encanada e rede de esgoto.

- Equipar as escolas indígenas com mobiliário, equipamentos e instrumentos que permitam o desenvolvimento de uma educação de qualidade às crianças indígenas.
- Implantação de Bibliotecas e laboratórios de informática com internet nas escolas indígenas, de modo a possibilitar o acesso dos estudantes indígenas à literatura universal e à rede mundial de computadores.

Formação Inicial e Continuada:

- Criação da Carreira de Magistério Indígena nos sistemas de ensino, de modo a regularizar a situação funcional dos professores indígenas.
- Elaboração de diretrizes curriculares e referenciais pedagógicos para os cursos de Magistério, em nível Médio e Superior, pelo CNE e MEC, com a participação indígena.
- Criação de dotação orçamentária específica para a formação dos professores indígenas no orçamento da União, para apoiar financeiramente as ações de formação das secretarias de educação, universidades, organizações indígenas e indigenistas.
- Retomada, por parte do MEC, do financiamento de organizações indígenas e indigenistas para ações de formação inicial e continuada de professores indígenas e produção de material didático.
- Promoção de Formação Continuada para os professores indígenas, especialmente nas modalidades de educação especial e educação infantil.

Ensino Superior e Formação de Profissionais Indígenas:

- Criação e implementação de uma política pública específica para o Ensino Superior Indígena, objetivando o acesso, a permanência, o acompanhamento para o êxito na formação de profissionais indígenas em diferentes áreas do conhecimento, por meio de um programa nacional específico.

A Educação Escolar e os Programas de Desenvolvimento:

- A criação de políticas que contemplem a educação e o desenvolvimento. Nesse item enfatiza-se que cabe à FUNAI, e às comunidades indígenas promoverem e coordenarem as ações, programas e projetos voltados à produção indígena.

Esses programas deverão ter como princípios, a serem respeitados pela União (FUNAI), que é o respeito às especificidades culturais, ambientais e tecnológicas e sócio-econômicas. Ainda, fica garantida a participação dos indígenas nas fases da elaboração, execução e gerenciamento dos programas a serem desenvolvidos, visando alcançar a autogestão. Tem-se como referencial que os projetos de desenvolvimento devem ser lidos por meio dos projetos de sustentabilidade indígena.

O próprio termo desenvolvimento é em si inadequado, mesmo quando adjetivado como sustentável ou étnico. Geralmente trata-se de uma idéia exógena às práticas produtivas dos índios. Por isso, o grande desafio é enxergar, aceitar e adotar o conceito indígena de economia, e não o modelo ocidentalizado. Todavia, ninguém gosta de relativizar a economia, nem financiadores, nem doadores, administradores ou pesquisadores. A economia indígena é quase sempre pensada em termos de desperdício, incapacidade e pauperização. Espera-se, em vão, que os índios tornem-se trabalhadores produtivos segundo a lógica capitalista, e os investimentos, seja por meio de programas de governo, de ONGs, ou de segmentos da sociedade civil, que, via de regra, estão assim direcionados.

Conforme Grünewald (2003), além da dimensão política local, é necessário também pensar modelos de etnodesenvolvimento ou sustentabilidade para as populações indígenas, considerando-se vários elementos: história, cultura, religião, economia, políticas públicas, relações interétnicas, fluxos culturais globais, além dos aspectos propriamente científicos e tecnológicos. Os componentes histórico, legal, cultural, espiritual, ético, político, tecnológico/científico e econômico devem ser estudados de forma inter-relacionada para pensar a sustentabilidade dos povos indígenas.

Levando-se em consideração o que foi exposto, a sustentabilidade indígena é um dos grandes desafios de um país pluriétnico e intercultural, já que implica na abertura para outras racionalidades, ou seja, exige abrir espaço na mente das pessoas em um campo especialmente resistente. Afinal, a sociedade ocidental que está acostumada a pensar que sua racionalidade econômica é, indiscutivelmente, a melhor.

No que se refere à gestão da saúde, verifica-se que em 1991, seis decretos presidenciais tratando de temas indígenas acabaram, entre outras medidas, retirando atribuições que eram concedidas à FUNAI (Fundação Nacional do Índio). Assim, surge a FUNASA (Fundação Nacional da Saúde), criada pelo Decreto presidencial n. 23 de 1991, ligada ao Ministério da Saúde que é hoje o órgão responsável pela saúde indígena.

Muito se tem debatido acerca da estrutura deste órgão, para que possa oferecer um serviço à altura das necessidades dos povos indígenas. Nesse sentido, na esfera da política de saúde indígena, tal como vem sendo implantada pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), é absolutamente necessária uma avaliação minuciosa, pensada de fora do âmbito das instituições dela executoras - seja a própria FUNASA, sejam as instituições a ela conveniadas, seja a FUNAI - de modo que os problemas fundamentais que até agora têm sido constatados possam ser ultrapassados.

São crônicos os problemas de demora na liberação de recursos e de medicamentos, acentua-se a falta de profissionais, de infraestrutura e condições de trabalho nos pólos-base, postos de saúde e Casas do Índio, para as ações preventivas e curativas. Os indígenas também afirmam que são constantemente discriminados na rede do Sistema Único de Saúde (SUS). Esse quadro tende a se agravar com a partidização da saúde indígena, a terceirização e municipalização do atendimento e o desrespeito ao controle social exercido pelos Conselhos Distritais.

Dentre as várias demandas dos povos indígenas, há aquelas que indicam que a FUNASA deverá ser capacitada a operar a partir de princípios antropológicos e fortalecida de modo mais amplo para executar plenamente suas tarefas, como também há aquelas que exigem que a saúde indígena deixe ser controlada pela FUNASA. Estes reivindicam ainda a criação de uma secretaria especial, ligada à Presidência da República, para gerir o atendimento à saúde dos indígenas. Ainda, é necessário que outros órgãos da administração pública sejam capacitados para atuar junto aos povos indígenas e que isto enseje a concepção de outras políticas setoriais. Fundamental que haja um compromisso de investimento na preparação de recursos humanos para atuar na área de saúde, a começar pelos próprios quadros da FUNASA, formando-os nas habilidades e competências necessárias à compreensão e efetiva atuação junto aos povos indígenas.

No tocante ao respeito aos direitos indígenas, o Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos. Souza Filho (1992) aponta que ao mesmo tempo em que a construção do Direito brasileiro manteve como inexistente qualquer manifestação jurídica das sociedades indígenas, foram sendo construídos institutos próprios para eles, cujo conjunto se convencionou chamar de direito indigenista.

Nesse sentido, grande parte dos povos indígenas tem reivindicado o direito de gerir e aplicar seus próprios sistemas jurídicos. Eles estão amparados tanto pelo direito nacional quanto internacional. Cita-se a Constituição Federal de 1988, a Convenção 169 da OIT e a da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Raquel Yrigoyen Fajardo, estudiosa do Direito penal indígena, em seu livro *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, traz esclarecimentos sobre os eixos que devem existir para uma coordenação entre o Direito Indígena e o Direito Estatal. Traz como tema o estabelecimento de critérios e regras para definir e resolver os conflitos de competência que segundo a autora são: 1) *material*, 2) *territorial*, 3) *personal*, y 4) *temporal entre ambos sistemas*; 5) *descriminalización del derecho y la justicia indígenas*; 6) *mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena*; 7) *mecanismos para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena*; 8) *remisión de casos o situaciones al derecho indígena*; 9) *fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales*; 10) *mecanismos de colaboración y apoyo entre sistemas*; 11) *procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena*.

Quanto à competência material, nem o Convênio 169 (OIT), nem os Acordos de Paz limitam o reconhecimento de matérias de direito e de justiça indígena. Aduz que o Convênio 169 da OIT especifica que se respeitarão os métodos de controle penal dos povos indígenas. Em síntese, o direito e a justiça indígenas estão facultados para regular e resolver situações e conflitos em todos os tipos de matérias. Quanto à Competência territorial, conforme Fajardo, o Convênio 169 da OIT não especifica nada sobre a competência territorial do direito. Cabe enfatizar que a competência para a regulação do direito indígena e para a

resolução de casos pela justiça indígena é o espaço territorial em que se localizam os povos e comunidades indígenas.

Autores latino-americanos tais como Fajardo (1999), Gomez (2000), Sierra (2004), dentre outros, enfatizam os mecanismos para o respeito de atos jurídicos indígenas, aduzindo que as normas para uma coordenação entre os sistemas jurídicos deveriam estabelecer mecanismos para o reconhecimento legal dos atos jurídicos realizados dentro do direito indígena (união conjugal, nomes, filiação, formas de contratos e outros atos), sem querer estabelecer novos requisitos que, na prática, signifiquem o desconhecimento do que já fora pactuado entre os povos indígenas.

Também se devem respeitar as decisões indígenas que resolvem os conflitos. O reconhecimento legal das decisões tomadas pelas autoridades e instâncias correspondentes dentro do sistema jurídico indígena, com o reconhecimento do Direito Indígena que implica no reconhecimento e validade das decisões de autoridades indígenas, quando intervierem para administrar a justiça. Deve haver um fortalecimento de autoridades, sendo que esse respeito advém do reconhecimento do direito. A lei deverá estabelecer determinados canais de diálogo com autoridades indígenas, com base em consulta prévia aos povos indígenas.

Quanto às formas de coordenação e colaboração efetiva entre sistemas jurídicos, deve ser clara a consulta, e com base no diálogo intercultural e intersetorial, que deve estabelecer mecanismos de colaboração entre autoridades indígenas e estatais, fixar critérios de mútuo respeito, diálogo, e sem subordinar as autoridades indígenas como meros auxiliares da justiça.

Certo é que o Convênio 169 da OIT reconhece esse direito consuetudinário. Portanto, faz-se necessária a elaboração de políticas públicas de respeito a tais direitos, levando em consideração suas instituições e autoridades.

Por fim, torna-se necessário repensar o papel do Estado e das políticas indigenistas, pois cabe ao Estado, “ouvindo” os povos indígenas, oferecer o suporte para essa nova realidade.

No Brasil, o reconhecimento formal do direito à organização e à representação própria dos indígenas, expresso na Constituição Federal de 1988, representou o impulso definitivo para o processo de livre determinação dos povos indígenas, o surgimento e a multiplicação de entidades indígenas e sua articulação em redes de apoio de movimentos de abrangência regional, nacional e internacional.

Na realidade, desconsiderar ou desvalorizar as estratégias indígenas, o diálogo interétnico, implica um empobrecimento da sociedade como um todo. Faz-se necessário conjugar esforços para uma melhor compreensão, para que se possa avançar nas questões que dizem respeito à temática referente aos direitos dos povos indígenas, tendo como premissa maior o direito à livre determinação para que esses povos continuem a buscar e concretizar seus projetos.

2.6 VALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL: APLICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

O país se destaca internacionalmente por participar das discussões internacionais sobre direitos dos povos indígenas. No entanto, se verifica uma resistência por parte dos poderes constituídos, principalmente do Judiciário, em aplicar as normativas internacionais que já foram assinadas e ratificadas pelo Brasil.

É interessante destacar o que se entende por tratado internacional, para então discutir a sua aplicação ou não pelo judiciário brasileiro. Tratado é “o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional” (ACCIOLLY, 2009, p. 132). Este acordo, conforme coloca a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, deverá ser celebrado por escrito “entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica” (MELLO, 1997, p. 1332).

Os tratados, “*enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.*” E são “*geralmente usado(s) para se referir(em) aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo “tratado”, outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional.*” (PIOVESAN, 2002. p.67).

Tem-se, portanto, nos tratados internacionais, um valioso instrumento através do qual se pode solucionar e prevenir conflitos de toda ordem (econômica, financeira, ambiental, cultural, social, etc.) em escala mundial. A contemporaneidade na qual está inserida toda a humanidade é evidenciada por uma percepção sistêmica, onde as mais variadas sociedades (sistemas) interagem simultânea e interdependentemente, em uma relação dinâmica entre elas e o meio onde vivem.

Assim, os tratados internacionais também funcionam como eixos sustentadores do equilíbrio dos interesses, tanto comuns como individuais, dos Estados e/ou Organizações. De modo que, a aplicação dos tratados internacionais, já ratificados pelo Brasil, só trazem benefícios para os direitos individuais e coletivos. Além disso, expressam o posicionamento da maioria dos países sobre direitos, deveres e garantias importantes para toda a humanidade e, por isso, manifestados nessas decisões internacionais.

Para que um tratado tenha validade, a Convenção de Viena sobre direitos e tratados de 1969, estipulou alguns quesitos para serem considerados. Assim, é necessário que as partes tenham capacidade para concluir tratados, estando seus signatários legalmente habilitados, em mútuo consentimento, sendo o objeto do consenso, lícito e possível. Porém,

a vigência de um tratado só terá início com “a troca (se bilaterais) ou depósito (se coletivos) dos instrumentos de ratificação e não com a aposição das assinaturas dos delegados devidamente habilitados” (ARAÚJO, 1995, p. 39).

No Brasil, as negociações de atos internacionais devem ser acompanhadas de um funcionário diplomático e aprovadas do ponto de vista jurídico, pela Consultoria Jurídica do Itamaraty e, sob o ponto de vista processual, pela Divisão de Atos Internacionais.

Após acordados os termos do tratado pelos contratantes, o processo de formação dos tratados prossegue com a sua assinatura, podendo ser feita por qualquer autoridade das Relações Exteriores, desde que possua a carta de plenos poderes, firmada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores, e que terá apenas um valor de aceite provisório ao tratado.

Assinado o tratado, ele é submetido à apreciação e aprovação no Congresso Nacional que, uma vez aprovado, deve ser promulgado pelo Presidente do Senado, através de Decreto Legislativo, e remetido ao Presidente da República para a sua ratificação, se assim o achar conveniente, para posterior troca ou depósito das cartas de ratificação. Na sequência, o tratado deverá ser publicado no órgão competente, para que possa ser incorporado à legislação interna, passando a ter força normativa.

Uma vez o tratado ratificado e cumpridos todos os mandamentos externos e internos para a sua entrada em vigor, o país está vinculado ao tratado, no qual assume certa conduta frente a determinada matéria.

No que tange à proteção dos direitos humanos, o art. 5º, § 2º, da CF/88 dispõe que “os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Sustenta Flávia Piovesan, citada por MAGALHÃES (2000, p.105) que a *contrário sensu*, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos” (PIOVESAN, 2000, p. 73).

Ainda no âmbito dos direitos humanos, vale ressaltar que, quando inseridos nos tratados internacionais, devem estes ser incorporados imediatamente no ordenamento brasileiro (art. 5º, par. 1º, CF/88). “Por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas da Constituição, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional (art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88 c/c o art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88)” (MAGALHÃES, 2000, p. 112).

Apesar disso, em grande parte das decisões, o Supremo Tribunal Federal entende que os tratados internacionais não se encontram em um nível hierárquico superior à Magna Carta, optando por esta em casos de conflito. Em contrapartida, uma outra parte das decisões do mesmo Tribunal entende a primazia dos tratados frente à Constituição,

criando assim, falta de consenso na aplicabilidade dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Note-se que a questão indígena está cada vez mais na órbita internacional, como se observa com a elaboração de algumas declarações importantes para os povos indígenas de todo o mundo. Importante foi a elaboração da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 1989, que reconheceu a diversidade étnica e cultural dos países signatários. Por esta Convenção se reconhece o direito a autodeterminação dos povos, tendo em vista que lhes permite o gerenciamento das suas necessidades e obrigatoriedade da sua participação em assuntos que estejam relacionados com seu modo de vida, usos, costumes e território.

O artigo 8º a Convenção estabelece a obrigatoriedade da legislação nacional em observar os costumes e o direito consuetudinário desses povos para a aplicação das leis nacionais. Fundamental é a presença do artigo 13, pois reafirma a relevância de se respeitar o território indígena, pois este se constitui em um importante elemento para a formação dos aspectos coletivos destes povos.

Ainda assim, tem-se posicionamento jurisprudencial limitando a autonomia dos povos indígenas. No que se refere à natureza da tutela do artigo 231:

“É de natureza civil, e não criminal, a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas.” (STF, HC 79.530, Rel Min. Ilmar Galvão, DJ de 25-2-2000).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto. Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput do artigo 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder

conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança. (STF, MS 25.483, Rel. Min. Carlos Brito, DJ 14-09-2007 PP-00032)

Alguns anos depois, a Convenção sobre Diversidade Biológica, foi discutida no Rio de Janeiro, em 1992, e regulamentada pelo governo brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 2 de 1994. Esta Convenção possui grande relevância no reconhecimento da importância dos povos indígenas na proteção da biodiversidade, como se observa:

"Preâmbulo:

[...]

Reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes;

[...].

Artigo 8

Cada parte contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

[...]

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar a sua mais ampla aplicação com a aprovação e participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;" (CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA)

Portanto, conforme o artigo acima citado, se protege as populações indígenas, com seus modos de vida distintos dos da sociedade envolvente. Reconhece-se a interação desses povos com a biodiversidade, infelizmente sem indicar a melhor forma de efetivar esta proteção.

Conclui-se que a garantia de proteção da diversidade biológica é fruto da manifestação cultural, portanto, o reconhecimento também deve abranger diversidade cultural, aceitando outros modos de vida e de construção social.

Como a temática de alguns tratados e convenções internacionais afeta os povos indígenas, é necessário garantir a participação desses povos no processo de discussão. Em muitos organismos internacionais é possível que os povos indígenas participem como convidados e com a possibilidade de manifestação com relação às matérias referentes aos seus interesses, mesmo que não possam votar.

A preocupação com os povos indígenas e a garantia de seus direitos fez com que a ONU declarasse 1993 como o Ano Internacional dos Povos Indígenas. A partir daí, foi proposto o projeto da Declaração dos Povos Indígenas, pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU. (INTERLEGIS, 2008).

E, em junho de 2006 o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou a Declaração Internacional de Direitos dos Povos Indígenas. A Declaração foi aprovada com 30 votos a favor, inclusive do Brasil, 12 abstenções, dentre elas a da Argentina, e 2 votos contra do Canadá e da Rússia (IWGIA, 2006, s/n). E, finalmente, em 13 de setembro de 2007, a Assembleia Geral da ONU aprovou esta Declaração, após duas décadas de negociações. Esta declaração deve proteger os mais de 370 milhões de pessoas que integram estas comunidades no mundo todo.

O texto foi ratificado por 143 votos a favor, por 4 contra e por 11 abstenções. É um marco histórico para o movimento indígena que, durante anos, viu suas tentativas para conseguir que seus direitos fossem respeitados se desfazendo nos corredores das Nações Unidas. Os quatro votos contrários foram dos Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, todos ex-colônias britânicas. Nesses países, as populações nativas como os inuit (esquimós), maoris e aborígenes têm movimentos organizados de resistência política e cultural. (GLOBO.COM, 2008).

Fica clara a necessidade de que o governo atue na proteção das comunidades a nível interno e internacional. Para isso, é necessário que todos os poderes instituídos, Legislativo, Judiciário e Executivo, atuem em prol da realização desses direitos garantidos nas leis nacionais e nos tratados internacionais ratificados pelo país.

Infelizmente, se observou que o Poder Judiciário Brasileiro não aplica as Convenções Internacionais. Foram analisadas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, referentes às questões indígenas, e poucas decisões apresentavam fundamentos em tratados, principalmente na Convenção nº169 da OIT, para a garantia dos direitos dos povos indígenas. Diferente é a situação de outros países na América Latina, a Colômbia, por exemplo, utiliza frequentemente essa Convenção para conceder e reconhecer direitos aos povos indígenas que habitam seu território.

Deste modo, verifica-se que, o judiciário nacional pode reconhecer os direitos pleiteados pelos povos indígenas com base nos tratados e convenções internacionais, ao invés de se pautar por instrumentos legais internos que não garantem a plenitude desses direitos, e muitas vezes contrariam os interesses dos povos indígenas envolvidos.

2.7 RAPOSA SERRA DO SOL: UMA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, UM CASO BOM PARA PENSAR

O Brasil é um dos países latino-americanos com mais forte tradição de judicialização da política. Há judicialização da política sempre que os conflitos jurídicos, mesmo que titulados por indivíduos, são emergências recorrentes de conflitos sociais subjacentes que o sistema político em sentido estrito, Congresso e Governo não querem ou não podem resolver. Os tribunais são, assim, chamados a decidir questões que têm um impacto significativo na recomposição política de interesses conflituosos em jogo.

O deslocamento das questões políticas para o espaço jurídico pode ser interpretado como um sintoma de democratização na tomada de decisões. A tradição brasileira de jurisdição constitucional se fortaleceu após 1988, na medida em que a Constituição Federal vigente teria canalizado demandas sociais reprimidas, refletindo, contudo, uma “Carta-compromisso” de transformação social do país, de maneira a judicializar algumas das importantes questões políticas no Brasil.

Nesse contexto, o poder judiciário tem sido palco de lutas no qual se encenam diferentes intenções, algumas amparadas, como o caso em tela no direito indígena, outras em interesses econômicos e políticos sobre as terras que deveriam ser resguardadas para usufruto exclusivo dos povos indígenas.

Nesse processo é que se apresenta o julgamento do caso Raposa Serra do Sol pelo STF, cujo resultado será um paradigma para outras áreas indígenas. Julgamento este que 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 e o ministro Menezes Direito pediu vista do processo apresentando 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, a maioria - oito dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal - confirmou a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena em área contínua. Na oportunidade, votaram pela manutenção da portaria demarcatória os ministros Menezes Direito – que propôs as 18 condições, ressalvas – Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ellen Gracie.

Porém, mesmo que oito dos 11 ministros da corte, já tivessem votado a favor da demarcação contínua, a decisão final sobre a legalidade da homologação da terra indígena foi adiada, devido a um pedido de vista feito pelo ministro Marco Aurélio Mello, fato que suspendeu mais uma vez o julgamento.

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 à 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.

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 18 condições, a partir das quais as demarcações das próximas áreas indígenas deveriam estar pautadas. Portanto, ao apresentar suas 18 “condições” e usando uma técnica inovadora — como afirmou o ministro Ayres Britto —, o ministro Menezes Direito criou uma espécie de diretriz sumular, a qual a União poderá seguir quando analisar o caso das, pelo menos, 227 terras indígenas que ainda estão à espera de definição.

Conforme se verá a seguir, algumas das condições apresentadas pelo ministro já estão contempladas no texto constitucional e outras visam enfatizar a restrição ao usufruto das terras e de seus bens pelos povos indígenas, bem como, estabelecer plena liberdade à União para que esta, de acordo com seus interesses, explore terras e recursos dela advindos, sem prévia consulta às comunidades. Essas condições, leia-se: restrições, serviram de embasamento para os votos da maioria dos outros ministros. Destaca-se que algumas dessas condicionantes contrariam os Acordos, Convenções internacionais e inclusive a própria Constituição Federal de 1988.

Além das condições/restrições, um dos aspectos mais controvertidos do voto do ministro Menezes Direito foi o de que a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, de setembro de 2007, da qual o Brasil é signatário, não possui nenhum efeito normativo no Brasil, o que se estende à Convenção 169 da OIT. Logo, elas não poderiam sustentar nenhuma decisão interna. Seria como se o Supremo dissesse que essa legislação não tem nenhuma validade. Repetiu, nesse caso, o voto do ministro Ayres Britto no aspecto que diz que “a Constituição brasileira já atende a todos os aspectos importantes do direito indígena”.

Na condição/restrição de n. 1 ficou estabelecido: “O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas podem ser suplantados 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”;

Na condição/restrição de n. 2: “O usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional”;

Na condição/restrição de n. 3: “O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional”;

Na condição/restrição de n. 4: “O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fискаção, dependendo-se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira”;

Na condição/restrição de n. 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”;

Estas restrições possibilitam a realização de grandes empreendimentos nas terras indígenas sem que os povos sejam consultados ou que venham a obter benefícios pelos impactos que estes empreendimentos causarão ao meio ambiente e à vida social e cultural de tais comunidades. E, se porventura, os povos indígenas necessitem explorar algum recurso das terras, como é o caso do garimpo, devem obter autorização do Congresso Nacional. O ministro 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.

Estas condições/restrições contrariam, ao menos no que se refere à exploração de alternativas energéticas, o art. 231 da Constituição Federal, que exige que devem ser ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados dessa exploração.

As restrições também caminham em sentido oposto ao que está pacificado na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que passou a vigorar com força constitucional de lei no Brasil, em 2004, e garante aos povos indígenas o direito à propriedade de suas terras, estabelecendo a necessidade de consulta sobre todas as medidas suscetíveis de afetá-las. A norma também assegura que nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal, e seu não-cumprimento pode ser denunciado à OIT.

Assim, o que realmente causa preocupação é a negação da necessidade de qualquer consulta às comunidades ou ao órgão indigenista para diversas atividades direta ou indiretamente vinculadas à política de defesa nacional e/ou qualificadas como de cunho estratégico. Na medida em que esta qualificação depende de critérios políticos, a abrangência das atividades e empreendimentos que ficariam potencialmente isentos de consulta parece extremamente flexível e traz um risco de arbitrariedade imensurável. Lembramos que o direito à consulta prévia, previsto pelo arcabouço constitucional de proteção do direito à autonomia dos povos indígenas, está explicitamente sancionado pela Convenção 169 da OIT, que o Brasil assinou e ratificou em 2004, conferindo-lhe, portanto, plena validade interna (Decreto nº 5.051 de 19/04/2004). Apesar de ainda incipiente, a aplicação do direito à consulta prévia já é algo a ser considerado, tanto que faz parte das demandas indígenas no tocante ao novo Estatuto dos Povos Indígenas.

Na condição/restrição de n. 06 ficou estabelecido: “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”.

Condição/restrição de n. 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”.

Condição/restrição de n. 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”.

Estas condições/restrições também ferem sobremaneira os direitos já consagrados nos Acordos e Convenções internacionais que dizem respeito à livre determinação e à autonomia dos povos indígenas, além de revelarem uma posição tutelar para com esses povos que nem mais a Constituição Federal vigente admite. Insere-se aqui, que, de acordo com o direito da livre determinação dos povos indígenas, que significa o direito de administrarem sua comunidade, não deve ser outro a estipular os dias e os horários para autorização que não a comunidade que será afetada. Cabe à administração, isto é, ao órgão indigenista, o acompanhamento, tendo em vista que o regime da tutela tal qual preceituado na Lei 6.001/73, Estatuto do Índio, não mais condiz com as demandas que estão postas.

A condição/restrição de n. 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”.

A condição/restrição de n. 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”.

A condição/restrição de n. 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”.

Segundo Lauriola (2009) sobre o tema da conservação da natureza, as condições propostas remetem à sobreposição de Unidades de Conservação a Terras Indígenas, com orientações gerais, a partir do caso do PARNA Monte Roraima, cuja área (116.000 ha.) está 100% sobreposta à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, representando cerca de 7%. Com relação ao caso específico, as propostas denotam um desconhecimento da realidade.

Também deve ser levado em consideração que, se a Constituição Federal estabelece a nulidade de qualquer título que incida sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, e, por isso não parece fazer sentido manter a incidência de Unidades de Conservação sobre essas mesmas terras, o que, nesses termos, seria ilegal. Além disso, diferentes estudos têm demonstrado que as terras que apresentam maior conservação ambiental

são exatamente às indígenas, o que tornaria desnecessária a interferência de instituições que muito precariamente conseguem manter sob vigilância as demais áreas do país reservadas para a proteção ambiental.

Assim, essas condições/restrições refletem a lógica etnocêntrica do raciocínio ocidental da modernidade, pois as áreas de floresta que ainda destacam-se como conservadas na Amazônia concentram-se em grande parte em terras indígenas. Portanto, o pensamento que advém daí é o de retirar dos indígenas o que eles conseguiram usar de forma sustentável até hoje, para impor modelos de conservação, pensados sob um modelo elaborado por uma minoria, no qual os povos indígenas ficam fora.

A condição/restrição de n. 17 estabelece: “É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”.

Na condição/restrição de n. 18: “Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis”.

Ao observarmos essas duas restrições, 17 e 18, percebemos que elas apresentam uma contrariedade ideológica, em patente ambiguidade, pois na primeira consta da vedação da ampliação de terra indígena já demarcada e a segunda aduz que os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis. Portanto, se ele é imprescritível, 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.

Ademais, uma terra para ser indígena não necessita de demarcação, ela é indígena pela sua pura existência conjugada com a presença de povos indígenas antes ou agora estabelecidos. A demarcação é uma das fases, e também faz parte do processo de reconhecimento de território indígena por parte do Estado brasileiro, que muitas vezes não coincide com as terras tradicionais indígenas. Também, de acordo com a Constituição Federal, compete à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, independentemente de como e quando foram realizadas as demarcações anteriores.

No intuito de trazer luz a estas questões, apresentamos algumas considerações sobre os direitos dos povos indígenas às suas terras tradicionais.

De acordo com a Constituição Federal de 1988:

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.”

Levando-se em consideração as orientações de José Afonso da Silva (1993),

O indigenato. Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o 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. (SILVA, 1993, p.43)

Também João Mendes Júnior:

(...) as terras do indigenato sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º, do Decreto de 1854 (...) (JOÃO MENDES JÚNIOR, 1912, p.62).

José Afonso da Silva aduz:

(...) O tradicionalmente refere-se não a uma ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições. (SILVA, 1993, p. 47-48).

Quanto à posse indígena e sua conceituação constitucional, que diverge da posse do direito civil, destacamos o que a legislação, a doutrina e a jurisprudência têm entendido sobre o assunto:

Na legislação a Constituição Federal de 1988 determina:

Art.231

(...)

§ 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.”

Também a Lei nº 6.001, Estatuto do Índio:

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

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.

Da doutrina, Tourinho Neto:

Os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Certo. Todavia, se provado que delas foram expulsos, à força ou não, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando sequer, como tutelados, podiam agir judicialmente; quando sequer desistiram de tê-la como própria.

É de assinalar-se, também, que não se pode igualar a posse indígena à posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível. Eis o conceito dado pelo art. 23 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio): “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.

Deve-se, por consequente, atentar para os usos, costumes e tradições tribais. Há de se levar em conta as terras por eles ocupadas tradicionalmente. (TOURINHO NETO, 1993, p. 20).

O jurista Themistócles Cavalcanti por sua vez aduz:

Para que se possa dar ao texto Constitucional o seu sentido próprio e uma aplicação prática, é indispensável ajustar ao conceito de habitação e ao sistema de vida dos silvícolas e à sua natureza mais ou menos nômade.

Assim a sua posse estaria vinculada não à idéia de habitação como a entendemos, mas de acordo com os costumes indígenas e as necessidades de sua subsistência, levando em consideração a importância da caça e da pesca na vida do indígena.

Evitei, portanto, o conceito que considerada a posse o exercício de alguns dos direitos inerentes à propriedade, que levaria a um terreno polêmico pois o domínio é da União, preferindo subordinar a posse aos costumes e hábitos dos próprios índios e a sua vinculação a terra.” (CUNHA, 1987, p. 101).

Da Jurisprudência

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, assim decidiu:

VOTO: O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural e intelectual. Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos silvícolas, trata-se de habitat de um povo. (Recurso Extraordinário nº 44.585 (Ministro Victor Nunes Leal – 1961)

O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

EMENTA: “PROCESSO CIVIL. ARGUIÇÃO DO ‘DECISUM’ REJEITADA. SÃO BENS DA UNIÃO TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADOS PELOS ÍNDIOS. INSTITUTO DO INDIGENATO. DIREITO CONGÊNITO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DO CONCEITO DE POSSE CIVIL. (. . .)

3. O fundamento do direito dos silvícolas repousa no indigenato, que não se caracteriza como direito adquirido, mas congênito.

(...)

5. Inaplicabilidade, à espécie, do conceito de posse civil. A posse indígena vem definida pelo art. 23 da Lei 6001 de 19.12.73, Estatuto do Índio.

(...)

7. Recursos improvidos.” (AC 91.03.15750-4-SP – Rel. Des. Federal Salette Nascimento - Publicação no DJU de 13.12.94, 1ª Seção, pág. 72900).

O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO:

EMENTA: "CIVIL. AGRÁRIO. POSSE. TERRAS INDÍGENAS. ÍNDIOS PATAXÓS. INDENIZAÇÃO DOS BENS DESTRUÍDOS PELOS ÍNDIOS.

1 - Os índios Pataxós vagueavam pelo sul da Bahia, onde tinha seu habitat, e se fixaram, posteriormente, em área, do atual Município de Pau Brasil, que lhe veio ser reservada, em 1926, pelo Governo daquele Estado-Membro.

2 - Os Pataxós não abandonaram suas terras. Foram, sim, sendo expulsos por fazendeiros, que delas se apossaram, utilizando-se de vários meios, inclusive a violência. A posse dos índios era permanente. A do réu precária, contestada.

3 - Indenização concedida, observando-se, no entanto, o § 2º do art. 198, da CF/69.

"VOTO: (...) Vamos a perícia antropológica:

À pergunta:

Se a região em que estão inseridos os Pls Caramuru-Catarina Paraguassu é habitat tradicional de silvícola ?

Responderam o perito e o assistente técnico da autora (fls. 896):

É indubitável, portanto, que a região foi e permanece habitat de grupos indígenas. Não existissem índios na região, certamente não haveria necessidade de criação da reserva por força de decreto-lei estadual promulgado nos idos de 1926, nem tampouco dos postos indígenas ali instalados. Se estes foram desativados ou entraram em processo de decadência, deve-se exclusivamente às pressões externas, má administração, violência física e psicológica e incúria oficial, e nunca à ausência de uma população indígena. Se esta foi confinada numa reserva e teve sua cultura e sociedade grandemente desfigurados pelos 'benefícios da pacificação', tal não significa a perda da sua identidade original e sua ligação a terra. E isto bem expressa a realidade do tradicionalismo da região como habitat indígena. (TRF-1ª Reg. - Apelação Cível nº 89.01.01353-3 BA - Rel. Min. Tourinho Neto)

Quanto ao direito dos índios às suas terras de ocupação tradicional independentemente de demarcação a Lei n.º 6.001, de 19.12.1973 – Estatuto do índio estabelece que:

Art. 25 - O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Da jurisprudência, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO:

ADMINISTRATIVO. TERRAS INDÍGENAS. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO PELA FUNAI. PRETENSÃO DE EXPLORAÇÃO DE MADEIRA E FORMAÇÃO DE PASTAGENS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de não ter sido ainda demarcada, eis que "a demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terra é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira". (...)

[AMS nº 2001.36.00.008004-3/MT – Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – DJU de 19.04.2004, pág. 58].

Diante dessas considerações legais, doutrinárias e jurisprudenciais, é evidente a ilegalidade das condicionantes impostas. Quanto à de número 17, particularmente, devemos observar que a Constituição Federal de 1988 só explicitou o que já estava dito na legislação do país desde pelo menos 1680.

Tal condição proposta por Menezes Direito impede a revisão de limites de áreas demarcadas, que hoje apresentam-se 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.

Importante ressaltar que os estudos realizados durante os procedimentos demarcatórios de diversas áreas no Brasil, apontavam em sua maioria, para a tradicionalidade da posse de terras e que essas seriam bem maiores do que a proposta demarcada. Tal é o caso das áreas indígenas Guarani em Mato Grosso do Sul, mas que foram reduzidas e demarcadas parcialmente em função de dificuldades contextuais e das sistemáticas pressões de segmentos importantes da sociedade, tais como latifundiários, empresários, políticos, entre outros.

Diante do que fora exposto, é importante considerar o posicionamento inovador dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Conforme afirmou aos jornalistas, logo após a decisão do STF, o então presidente da FUNAI: “Essa é uma vitória para o Brasil, sobretudo na questão dos direitos humanos e dos povos indígenas, e para a imagem do Brasil no certame internacional” Certos estamos que a decisão constitui um avanço, porém não podemos deixar de lado as sérias restrições que essa decisão impôs aos direitos dos povos indígenas.

Da leitura dos votos depreende-se que os ministros do STF em alguns pontos, como no caso do ministro Ayres de Britto, reconheceram o direito indígena, porém, logo em seguida estabeleceram sérias limitações, aduzindo que “os direitos indígenas não são absolutos”, caso do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por exemplo.

Restou claro que em seus votos fortaleceram principalmente o papel das Forças Armadas, consagraram como absoluta a soberania nacional e em especial estabeleceram princípios gerais, que podem ser interpretados para os novos processos demarcatórios.

As condicionantes/restrições impostas pelo Ministro Menezes Direito, e acompanhadas pela maioria dos outros ministros, podem abrir lacunas e minar os avanços que a política indigenista e os movimentos sociais têm alcançado no País nos últimos anos.

As propostas do Ministro Direito confrontam com os avanços nos processos de inovação socioambiental, porque desconSIDERAM o contexto histórico específico, principalmente quando tenta estabelecer a presença do não-indígena para gerir seus interesses, sem o consentimento e participação dos indígenas.

Na argumentação apresentada pelo ministro Menezes, e depois ratificada na decisão de 19 de março nas 19 condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas, essas submetem os povos indígenas a uma condição de sujeitos passivos,

como se estivesse sempre à mercê e adeptos das “benesses” da vontade e dos interesses da União e de suas instituições, tais como das Forças Armadas, Polícia Federal, Instituto Chico Mendes de Biodiversidade entre outras, que poderão administrar, intervir, construir, ocupar e usufruir de partes das áreas indígenas.

Conforme apresentamos as ressalvas abaixo, no julgamento que decidiu que a terra indígena Raposa Serra do Sol terá demarcação contínua e deverá ser desocupada pelos produtores rurais não-indígenas, os ministros do Supremo Tribunal Federal se analisou as 18 condições propostas pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito para regular a situação nos territórios da União ocupados pelos povos indígenas. E, ao final dos debates, foram fixadas 19 ressalvas, sujeitas ainda a alterações durante a redação do acórdão, que será feita pelo relator, ministro Carlos Ayres Britto.

As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas terão os seguintes conteúdos:

1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o 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 da autorização do Congresso Nacional;
3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios 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 da 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 (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 sob a responsabilidade imediata 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, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, 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 pelo Instituto Chico Mendes;
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;
12. O ingresso, 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;
15. É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;
16. As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e 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.
19. É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

Quanto à esta condição de n. 19, ela se mostra desnecessária, porque se a terra é indígena, e assim está em discussão, o interesse é apenas da União, não havendo motivos para participação de Estados e Municípios no processo de identificação.

O que se depreende da leitura destas ressalvas apresentadas no julgamento final é que elas não divergem das dezoito condições propostas por Menezes Direito, sendo que um dos principais obstáculos que elas apresentam é o da restrição aos direitos indígenas, pois, colidem com os direitos não só nacional, mas internacionalmente estabelecidos.

Diante do exposto, é de se considerar que os direitos dos povos indígenas são direitos históricos; imprescritíveis, não se extinguem com o passar do tempo, nem mesmo com a subordinação política e jurídica a que foram e são submetidos no decorrer do processo “colonizador”.

Porém nem tudo são sombras. Primeiro porque esse julgamento que envolveu a Terra Indígena Raposa Serra do Sol coloca a necessidade de pensarmos a discussão dentro de um marco de pluriculturalidade e pluriethnicidade, o que já vem acontecendo em vários países latino-americanos, demonstrando que é necessário trabalhar a diversidade, mas para tanto, é preciso considerar a(s) cultura(s) como teia de significados que enlaça(m) os seres humanos em sua trama e os distinguem a partir do conjunto de comportamentos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam as diversas sociedades ou grupos sociais, o que abrange os modos de vida; as maneiras de viver e conviver; os sistemas políticos, jurídicos, religiosos, econômicos e sociais; as tradições; os valores; e as crenças (GEERTZ, 1989). Conjunto que, eleito socialmente, é caminho constitutivo de identidades diferenciadas que se apresentam de forma *sui generis* e que devem ser respeitadas como vias legítimas de estar no mundo, equivalentes a quaisquer outras formas de viver, desvencilhando-se do elogio puramente estético da “diversidade cultural” e das bondades éticas do multiculturalismo – entendido como simples folclorização de singularidades devidamente caricaturizadas.

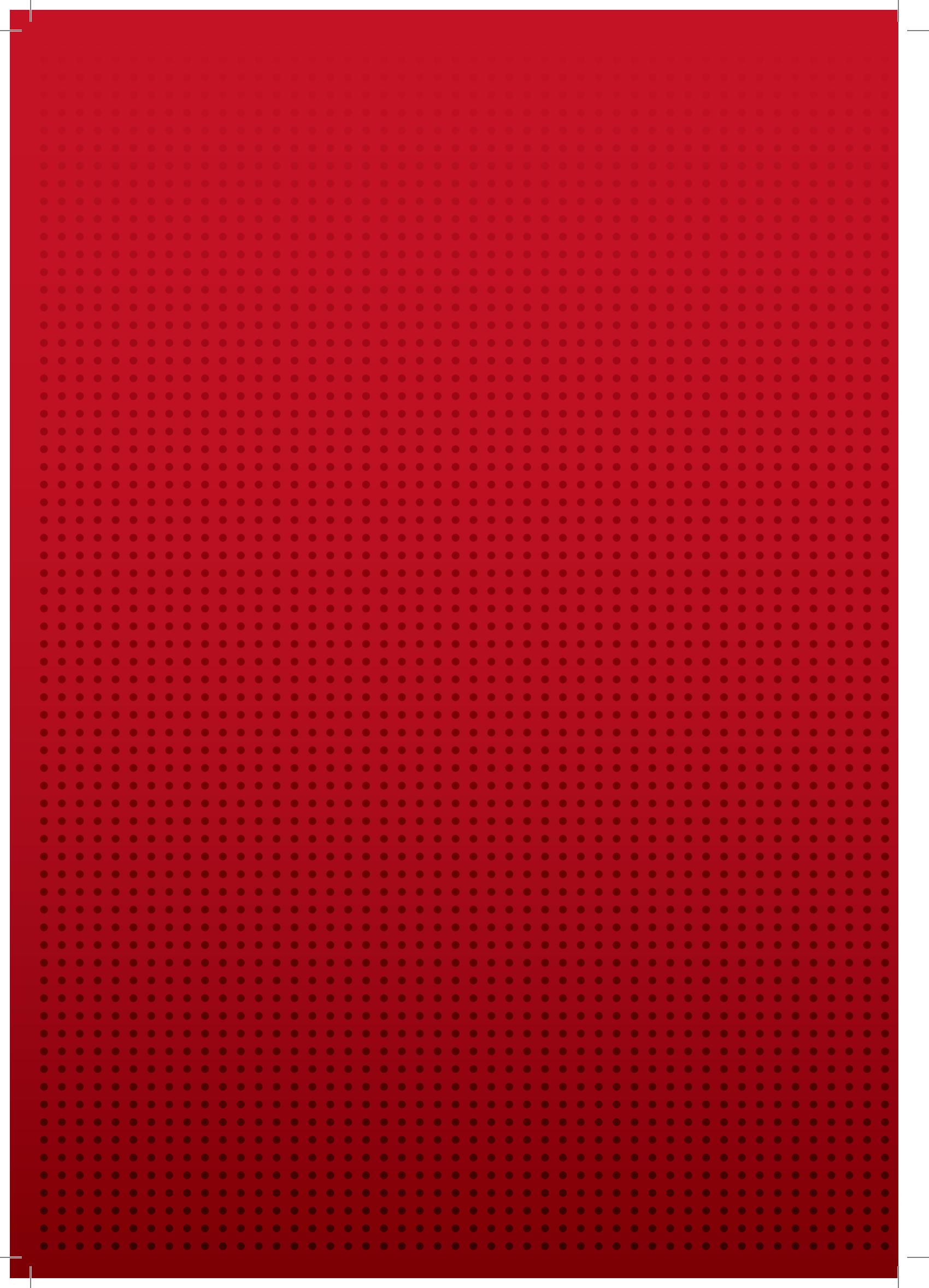
Em segundo lugar, que a homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol se dê em área contínua, é um dos principais avanços, mesmo que depois nas ressalvas finais do julgamento fique consignado, conforme a de número dezessete (17), que “É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”, o que é discutível, mas ficou claro com o voto da maioria dos ministros, começando pelo voto de Ayres de Britto, que a localização e extensão de uma terra indígena não é determinada segundo critérios de oportunidade e conveniência do Poder Público, porque o critério que define a localização e a extensão das terras é o da ocupação tradicional, ou seja, a demarcação tem que coincidir, precisamente, com as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, definidas pelos meios legais específicos – por via de estudos antropológicos.

Portanto, a Constituição Federal determina que a União não pode diminuir nem dividir o território de ocupação tradicional em função de questões de cunho econômico ou político, porque isso importará desrespeito ao texto constitucional. Em suma, as terras

reconhecidas como tradicionalmente ocupadas pelos índios têm que ser demarcadas na sua integridade e continuidade, pois os critérios que pautam essas decisões são embasados nos conhecimentos históricos, cosmológicos. A transformação do espaço (categoria) em território é um fenômeno de representação por meio do qual os grupos humanos constroem sua relação com a materialidade, num ponto em que a natureza e a cultura se fundem, onde um prescinde do outro, o que não pode ser desprezado.

Enfim, de tudo que foi exposto, é necessário considerar nesse evento sobre a Raposa Serra do Sol que os povos indígenas têm revelado saberes e modos de vidas próprios, projetos que emanam de suas vivências, onde lutam por uma forma de existência, por modos diferenciados de viver, ver, sentir, pensar, agir e de construir seus direitos, o que deve ser respeitado e não pode ser ignorado pelo estado nacional.

Portanto, entendemos que, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que não reconheceu/negou vigência a Tratados e Convenções Internacionais no âmbito interno 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.



REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. *Manual de Direito Internacional Público*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Luiz Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

BARTH, Fredrik (org.). *Los grupos étnicos y sus fronteras*. Cidade do México. Fondo de Cultura Económica, 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 25.483/DF*. Relator: Ministro Carlos Britto, julgado em 04 de junho de 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.%20E%2025483.NUME.\)%20OU%20\(MS.ACMS.%20ADJ2%2025483.ACMS.\)&base=base](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.%20E%2025483.NUME.)%20OU%20(MS.ACMS.%20ADJ2%2025483.ACMS.)&base=base)>. Acórdãos. Acesso em: jan. 2009.

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://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1711300&hash=8eed1e337f7c5e26b022817c3a77e6cb. Acesso em: jan. 2009.

CHAUBAUD, José de Obieta. *El Derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*. Editorial Tecnos, 1985.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Programme of Work*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/pow.shtml>>. Acesso em 06 jan. 09.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaio e documentos*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. Disponível em: <www.onu-brasil.org.br/espanhol> Brasília: Senado Federal, 2007.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundacion Myrna Mack, 1999.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GLOBO.COM. *ONU aprova Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL104055-5602,00.html>> Acesso: 06 jun. 2008.

GOMEZ, Magdalena. *Derecho indígena y constitucionalidad*. In: CASTRO, Milka (org.) *Actas del XII Congreso Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas*. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, 2000.

GRÜNEWALD Rodrigo de Azeredo. *Etnodesenvolvimento indígena no Nordeste (e Leste): aspectos gerais e específicos*. *Revista ANTHROPOLÓGICAS*, ano 7, volume 14 (1 e 2): 47-71 (2003).

INTERLEGIS. *Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030623134017/20030623134636/>. Acesso em: 06 jun. 2008.

IWGIA. ONU: *Consejo de Derechos Humanos aprobó Declaración Internacional de Derechos de los Pueblos Indígenas!* Disponível em: http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/DocumentsSpanish/TableroNoticiasEspanol/Internacional/Consejo_UNU_Aprobo.doc. Acesso em: 19 jul. 2006.

LAURIOLA, Vincenzo. *Supremo etnocentrismo. Raposa, condicionantes, direitos indígenas e conservação*. Disponível em: [←http://mopivaja.blogspot.com/2009/03/basta-quero-mudancajavariorg-supremo.html→](http://mopivaja.blogspot.com/2009/03/basta-quero-mudancajavariorg-supremo.html). Acesso em: 10 mar. 2009.

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.

LLANCAQUEO, Víctor Toledo. *Pueblo Mapuche, Derechos Colectivos y Territorio:Desafíos para la Sustentabilidad Democrática*. Ediciones Chile Sustentable LOM. Primera edición, Santiago Mayo, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

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.

MARÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público: tratados e convenções*. 5 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

NIJAR, Gurdial Singh. *In Defense of Indigenous Knowledge and Biodiversity: a conceptual framework and essential elements of a rights regime*. Penang/Malasya: Third World Network, 1995.

OLIVEIRA, João Pacheco de. (org.). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 1998.

OMPI. *Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*. Folleto nº 2 nº920S. Ginebra: WIPO. s/d.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PISUPATI, Balakrishna. *UNU-IAS Pocket Guide: Access to Genetic Resources, Benefit Sharing and Bioprospecting*. Yokohama: United Nations University Institute of Advanced Studies (UNU-IAS). 2007.

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.

ROULAND, Norbert. *Direito das minorias e dos povos autóctones*; tradução de Ane Lise Spaltemberg. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

SACK, Robert. *Human territoriality: its theory and history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

SIERRA, Maria Teresa. [org.] *Haciendo Justicia: Interlegalidad y género en regiones indígenas*. In: Conocer para decidir costumes, línguas, crenças e tradições. México, CIESAS, 2004.

SILVA, José Afonso da Silva. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Textos clássicos sobre os direitos dos povos indígenas*. Curitiba: Juruá/NDI, 1992.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª .ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999.

TOURINHO NETO, *Os Direitos Indígenas e a Constituição* - Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris Editor/RS, 1993.

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.

ZANIRATO, S. H.; RIBEIRO, W. C. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambient. Soc.**, Campinas, v. 10, n. 1, June 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414753X2007000100004&lng=en&nr m=iso>. Acesso em: 05 Jan. 2009. doi: 10.1590/S1414-753X2007000100004.

