



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

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

Colaboradores

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

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

diagramação do miolo **LETRA DA LEI**

CEPEDIS

Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

www.direitosocioambiental.org



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

S719d

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

ISBN 978-85-61651-10-7

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

CDU 316.349



SUMÁRIO

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

PRIMEIRA PARTE UM ENFOQUE INTRODUTÓRIO

OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO

Carlos Marés	13
--------------------	----

SEGUNDA PARTE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

José Aparecido dos Santos	35
---------------------------------	----

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

Leandro Ferreira Bernardo	59
---------------------------------	----

A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

João Luiz Dremiski e Priscila Lini	75
--	----

A PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ana Paula Liberato e Ana Paula Rengel Gonçalves	97
---	----

O PROJETO DE UM NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

Alaim Giovani Fortes Stefanello e Luciana Xavier Bonin	115
--	-----

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

TERCEIRA PARTE

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

TERRAS INDÍGENAS	
Theo Marés	169

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

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

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

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

QUARTA PARTE

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O PODER JUDICIÁRIO

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

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

OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO

Carlos Marés¹

ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A RUPTURA CONTINENTAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E A CULTURA INDÍGENA COMO DIREITOS

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

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

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

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

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

⁹ Por exemplo, op. cit.

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

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

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

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

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

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

AS TERRAS INDÍGENAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE

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

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

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

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

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

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

A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

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

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

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

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

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

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

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

A DESTINAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

TERRAS INDÍGENAS E PARQUES NACIONAIS

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

A PERPETUIDADE DO DIREITO INDÍGENA

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

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

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

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

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

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

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

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

OS DIREITOS INDÍGENAS EM JUÍZO

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

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

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

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

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silbene de. Os nambiqwara. In: OPAN/CIMI. **Índios em Mato Grosso**. Cuiabá: Gráfica Cuiabá, 1987. p. 95-102.
- ARAÚJO, Ana Valéria (org). **A defesa dos direitos indígenas no judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.
- CLAVERO, Bartolomé. **Derechos indígenas y cultura constitucional em América**. México: Siglo XXI, 1994.
- CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal da Cultura, 1992.
- DIAZ- POLANCO, Hector. **Elogio de la diversidad: globalización, multiculturalismo y etnofagia**. Mexico: Siglo XXI, 2006.
- GOMEZ, Magdalena. **Derechos indígenas: lecturas comentadas del Convenio 169 de la OIT**. México: INI, 1995.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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