

IV

Congresso Brasileiro de
Direito Socioambiental



Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil

**Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Caroline Barbosa Contente
Nogueira e Manuel Munhoz Caleiro (Coords.)**

diagramação do miolo **LETRA DA LEI**



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

P739

Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil / organização Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Caroline Barbosa Contente Nogueira e Manuel Munhoz Caleiro. – Curitiba : Letra da Lei, 2013.

315 p.

ISBN 978-85-61651-14-5

1. Direitos sociais - Brasil. I. Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. II. Nogueira, Caroline Barbosa Contente. III. Caleiro, Manuel Munhoz. IV. Título.

CDU 349.39

CEPEDIS

Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

www.direitosocioambiental.org



SUMÁRIO

O CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL DE 2013	7
PREFÁCIO	11
OS SABERES POPULARES INTERGERACIONAL E O TRABALHO INFANTIL NA CATA DA MANGABA Acácia Gardênia Santos Lelis e Fábيا Carvalho Figueiredo	13
A COLONIALIDADE DO PODER E A DIFERENÇA COLONIAL VISTAS A PARTIR DO HISTÓRICO DOS POVOS CIGANOS NO BRASIL Alex Sandro da Silveira Filho	15
A DISCRIMINAÇÃO SOCIAL AOS CIGANOS E SUAS GARANTIAS LEGAIS BASEADO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Sheila Lobão Molina e Jacqueline Meneses de Santana	23
A PERDA E A RECONQUISTA DO TERRITÓRIO AVÁ-GUARANI NO OESTE DO PARANÁ Raul Cezar Bergold e Caroline Barbosa Contente Nogueira	37
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO DANO AMBIENTAL E A OMISSÃO DO ESTADO FRENTE AO PATRIMÔNIO CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS Carla Vladiane Alves Leite	57
AUTOTUTELA INDÍGENA: ATÉ QUE PONTO O PROTAGONISMO É DO ÍNDIO? Patrícia Louise Moraes e Elisa Assumpção Solinho	75
COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO BAIXO AMAZONAS: AVANÇOS E DESAFIOS Natasha Valente Lazzaretti	87
DIREITO E EFETIVIDADE: UM PARADOXO AINDA ATUAL NA QUESTÃO INDÍGENA Jessica Fernanda Jacinto de Oliveira	101

DIVERSIDADE CULTURAL: PROTEÇÃO E TUTELA NA ERA PÓS-MODERNA Ana Célia Querino	113
FUNDAMENTOS MORAIS DO CONFLITO DE BELO MONTE Rafael Gandur Giovanelli	131
“MULHERES DOS PANOS” MBYÁ-GUARANI Luiz Fernando Caldas Fagundes	145
O DIREITO ÀS TERRAS ANCESTRAIS: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE GUINE BISSAU E BRASIL Marceline Vaz e Juceline Gomes	165
O RECONHECIMENTO DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS URBANAS: UM ESTUDO DE CASO DO BAIRRO PATRIMÔNIO EM UBERLÂNDIA-MG Rodrigo Mendonça Lima e Rúbia Mara de Freitas	175
PATRIMÔNIO: UMA COMUNIDADE NEGRA ASSUMINDO SUA CONDIÇÃO DE QUILOMBO URBANO Guilherme Andrade de Paula	189
POLÍTICA AGRÍCOLA E POVOS INDÍGENAS NO BRASIL Flavia Donini Rossito	199
POVOS INDÍGENAS NAS FRONTEIRAS E A CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: ASPECTOS CRIMINAIS Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo	217
TERRAS DE QUILOMBOS: A DISCUSSÃO SOBRE A REGULARIZAÇÃO DA PROPRIEDADE QUILOMBOLA Camila Gabriele Alvisi	235
TRANSNACIONALIDADE DO POVO AVÁ-GUARANI NA TRÍPLICE FRONTEIRA ENTRE BRASIL, PARAGUAI E ARGENTINA: REFLEXOS NOS DIREITOS ASSISTENCIAIS Ana Paula Fernandes e Manuel Munhoz Caleiro	257
VERDADE E EXCLUSÃO: PRÁTICAS DISCURSIVAS NA PRODUÇÃO DE NORMAS SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E BIOTECNOLOGIA Mônica da Costa Pinto e Mônica Nazaré Picanço Dias Bonolo	279

AUTOTUTELA INDÍGENA: ATÉ QUE PONTO O PROTAGONISMO É DO ÍNDIO?

Patrícia Louise Moraes²²
Elisa Assumpção Solinho²³

INTRODUÇÃO

Uma das críticas da doutrina jurídica sobre a dogmática do Direito é em relação à distância existente entre a norma e a efetividade de sua aplicação na realidade. No que tange os Direitos dos Povos Indígenas, esse crítica não poderia ser diferente. Apesar da excelência dos artigos Constitucionais sobre a matéria e das garantias no plano internacional, na prática, os índios brasileiros ainda enfrentam obstáculos institucionais para o exercício dos seus direitos. Nesse sentido, poderíamos apontar diversas garantias que comumente são negadas. No presente estudo, no entanto, pretendemos focar no direito de autodeterminação indígena para possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras que tradicionalmente ocupam e, mais especificamente, para celebrar acordos, parcerias ou negócios jurídicos.

O contexto etnográfico no qual apoiamos nossas considerações situa-se no norte do Espírito Santo, onde índios tupiniquim e guarani, que vivem na região do município de Aracruz, enfrentam atualmente uma onda de empreendimentos, fortemente vinculados à exploração do petróleo *offshore*, nas camadas profundas do pré-sal.

A trajetória de lutas desses povos indígenas na garantia de seus direitos e suas terras foi marcada fortemente por disputas com a empresa Aracruz Celulose (atualmente denominada Fibria S.A.). Após lutarem por mais de 30 anos contra a monocultura do eucalipto, em fins de 2010, esses povos obtiveram finalmente

²²Bacharel em Direito, mestranda do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da UFF. Email: plmmoraes@id.uff.br

²³ Bacharelanda em Direito da Universidade Federal Fluminense. Bolsista de Iniciação Científica pelo PIBIC. E-mail: solinhoe@yahoo.com.br

a homologação de suas terras, o que, aparentemente, não foi suficiente para garantir o gozo efetivo do direito indígena à terra e seu usufruto em seus próprios termos.

Nas Terras Indígenas Tupiniquim e Comboios, que totalizam cerca de 16.000ha, realizou-se um Estudo do Componente Indígena (ECI) vinculado ao procedimento de Licenciamento Ambiental de um Terminal Portuário que incidirá(ia)²⁴ parcialmente sobre a um pequeno trecho da TI Comboios²⁵. No contexto de realização do estudo, foi possível revisitar o tema da autonomia indígena, frente às dificuldades suscitadas pelos modelos de compensação, mitigação dos eventuais impactos que o porto poderá(ia) causar.

Durante as idas a campo, nos encontros e reuniões com os índios, ao tupiniquim & guarani da região demonstraram tanto a preocupação com as implicações que o modelo desenvolvimentista trará para a região, quanto não desejam representar um entrave a essas transformações. De forma clara e incisiva afirmaram querer fazer parte do processo, para com isso também serem beneficiados pelo desenvolvimento, mas de forma autônoma. Dada a importância da participação dos índios na construção de programas de mitigação e monitoramento de impactos e também em procedimentos que reforcem sua autonomia, o Estudo do Componente Indígena foi realizado contemplando não só as demandas apresentadas por eles, mas dentro de parâmetros por eles estabelecidos.

A questão mais controversa que se apresentou no licenciamento do porto decorreu da necessidade da construção de uma ponte de acesso ao mar – o porto funcionará com uma parte marinha e uma retroárea terrestre – que atravessará(ia) a Terra Indígena Comboios, na restinga próxima à Barra do Riacho. A ponte que ligará(ia) os módulos terrestres (*supply* e granito) incidirá(ia) - caso venha a ser licenciada - sobre a faixa mais estreita da restinga que projeta a Terra Indígena Comboios à foz do Rio Riacho terá(ia) cerca de 1.400 (mil e quatrocentos) metros, dos quais aproximadamente 60 (sessenta) metros incidirão(iam) sobre a Terra Indígena Comboios. A largura da ponte está estimada em 17 (dezesete metros) e terá estrutura de sustentação composta por 3 (três) pilares longitudinais, espaçados um conjunto do outro a cada 15 (quinze) metros. Isso significa que haverá(ia) pelo menos 5 (cinco) conjunto de pilares cravados na Terra Indígena Comboios, totalizando cerca de 75 pilares. De fato, a construção da ponte é imprescindível para o funcionamento do Terminal Portuário e não há alternativas locais para este módulo.

Vale ressaltar que a Terra Indígena Comboios é afetada diretamente por três instalações não indígenas. A mais antiga é o Gasoduto Lagoa Parda-Vitória,

²⁴ O uso dos tempos verbais – futuro do presente e futuro do pretérito – é devido uma vez que o processo de análise do ECI está em curso e não se sabe do desfecho do licenciamento.

²⁵ O antropólogo responsável pelo ECI.

que ocupa, desde 1981, uma faixa de 20 metros de largura, acrescida de uma faixa marginal de proteção para cada lado de 15 metros, ao longo de 25 (vinte e cinco) quilômetros no interior da terra indígena. A segunda corresponde a um ramal ferroviário da antiga Estrada de Ferro Minas-Vitória, atualmente operada pela VALE, com cerca de 2.800 (dois mil e oitocentos) metros ao longo da TI, que implica em uma faixa marginal exclusiva de cerca de 30 metros (conforme resolução 43/1966, do Conselho Ferroviário Nacional). Ambos empreendedores ressarciram – a *posteriori* – os índios tupiniquim da Terra Indígena Comboios pelos impactos causados, sem estabelecer nenhuma formalização com relação aos impactos continuados, junto aos índios, pelo uso das áreas. A terceira afetação corresponde a um trecho de 2.900 (dois mil e novecentos) metros da rodovia ES-010, estrada de mão dupla, sem acostamento pavimentado, que restou no interior da terra indígena, após a revisão homologada em 2010.

Após inúmeras reuniões para a negociação, deixou-se claro para os empreendedores a importância da proteção da TI, não só como espaço para moradia, mas também de desenvolvimento cultural, econômico e social dos índios tupiniquim e guarani. Bem como, foi discutido com os índios a necessidade e viabilidade da construção da ponte para realização e sucesso do empreendimento.

Ao final do ECI, foi constatada a aprovação e interesse das comunidades indígenas em três dimensões do licenciamento ambiental e seu componente indígena: a existência de programas de mitigação e programas de compensação para todas as Terras Indígenas e Aldeias impactadas/afetadas pelo empreendimento, bem como o estabelecimento de um modelo de participação dos índios tupiniquim da Terra Indígena Comboios na instalação e operação do empreendimento.

Entretanto... Desde o acórdão sobre a delimitação em desenho contínuo da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS) pairam sobre o exercício dos direitos indígenas as dezenove condicionantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2010. A condicionante 14 reproduz textualmente o artigo 18 da lei 6.001/1973, apesar desta ter sido superada pela aprovação e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) através do Decreto Presidencial 5.041/2004, após aprovação pelo Congresso Nacional em 2002. Diz o texto: “As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas”.

Com os embargos sobre a decisão da TIRSS ainda não apreciados, o Advogado Geral da União editou Portaria de número 303, em julho de 2012 na qual pretendeu convalidar todas as condicionantes para as ações e políticas dos órgãos federais. Suspensos seus efeitos devido a pressão de índios de diversas etnias e organizações da sociedade civil, a Portaria e os Condicionantes vieram se somar ao *ethos* tutelar que preside as ações da Fundação Nacional do Índio.

Pretendemos discutir, assim, novas bases para uma maior autonomia indígena sobre o usufruto permanente de suas terras pautada em um protagonismo indígena efetivo.

1 O ÍNDIO E AS LEIS – MUDANÇAS SEM SAIR DO LUGAR

Para buscar novas propostas para a relação entre o Estado e os povos indígenas foi necessário estabelecer um movimento de retorno às primeiras previsões legais que trataram das questões indígenas, bem como seus desdobramentos na atual legislação. Não se trata de uma verificação e consulta a leis, simplesmente; buscamos compreender determinadas normas a luz do contexto histórico e social no qual foram produzidas.

O ponto de partida para análise legal foi a legislação indígena específica, porém ainda vigente: a lei 6001/1973. O Estatuto do Índio, tal como é conhecida, surgiu na vigência da Constituição de 1969, cuja atenção aos índios foi expressa no artigo 198:

Art. 198: As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles [sic] cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas [sic] as utilidades nelas existentes.

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

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

O contexto internacional, em que se inseria e no qual se baseou o governo militar à época para definir a forma de tratar o desafio indígena, era regido pela Convenção 107 da OIT, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1967. A Convenção trata dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais no interior dos Estados-Nação contemporâneos.

O texto da Convenção 107 “lançado” ao mundo em 1957 adotava uma postura assimilacionista e integracionista para o “problema das minorias étnicas no interior dos Estados Nação” (Claude, 1955), a mesma que se encontra no artigo 198 da Constituição brasileira de 1969 e na Lei 6.001 de 1973. Também é possível identificar a inexistente participação indígena na elaboração dos documentos, fato que pode ser explicado tanto pelo número reduzido de grupos indígenas organizados à época quanto pelo próprio desinteresse dos Estados em dar

ouvidos àqueles que compartilham de culturas e conhecimentos que justamente pretendiam-se ver substituídos pela cultura branca-ocidental.

Houve, portanto, a manutenção da dominação eurocêntrica sobre diversos povos cuja lógica não se identificava com aquela. Esse movimento fortaleceu a crença na necessidade de dispositivos tutelares, e assumiu-se o empreendimento de assimilação dessas culturas que não estavam enquadradas nessa lógica eurocêntrica. A perspectiva da integração revelava o caráter transitório que se imprimia à cultura indígena, na medida em que o propósito era o de integrá-las aos padrões socioculturais das sociedades nacionais respectivas. Dessa forma, ainda que a Convenção 107 tenha representado um passo no reconhecimento dos direitos indígenas, em âmbito internacional, a visão eurocêntrica foi mantida.

O Estatuto do Índio foi orientado pela visão dominante que percebemos na Convenção 107, traduzindo essa visão de dominação e aculturação, como se vê pelo seu teor: vários dispositivos tratam da integração dos índios e de sua cultura à comunidade nacional, e outros dispositivos negam a autonomia a esses povos; ao Estado, cabe decidir sobre as matérias que interessem aos grupos.

A Lei 6.001 regulou a natureza jurídica indígena classificando os índios de acordo com seus graus de civilização e integração à sociedade nacional e a cada uma dessas classificações correspondiam diferentes níveis de potência civil. À época, os índios brasileiros estavam distribuídos em índios isolados, em vias de integração e integrados²⁶. Aqueles ainda não integrados passaram a ser submetidos a um regime de tutela²⁷, assumindo-se dessa forma a incapacidade do indígena²⁸, não ficando as limitações restritas ao exercício de seus direitos civis. O exercício de determinados direitos ficava inclusive condicionado a uma verificação de condições que a lei estabelecia.

Atualmente, o exercício da representação e assistência jurídicas compreendidas pelo regime de tutela cabe à Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Em 1967, anterior ao Estatuto do Índio, a Lei 5.371 instituiu uma fundação cuja finalidade era de estabelecer diretrizes e executar a política indigenista brasileira.

Com o fortalecimento do movimento indígena dos anos 60 e 70, o modelo integracionista para políticas indigenistas foi fortemente criticado, com o apoio

²⁶ Art. 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento. III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (Lei 6.001/73)

²⁷ Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. (Lei 6.001/73)

²⁸ Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

de antropólogos, indigenistas e entidades de Direitos Humanos, contribuindo para a percepção das consequências negativas da Convenção 107.

A Constituição de 1988 representou uma série de inovações em relação ao reconhecimento de direitos indígenas, e sinalizou uma nova maneira de abordagem, pelo Estado, ao superar, pelo menos no plano normativo, a lógica integracionista. O novo texto constitucional é um marco legal na medida em que estabelece o direito à diferença, assumindo o caráter multicultural do país e suas implicações no mundo e no reconhecimento de direitos.

O texto estabeleceu o respeito à organização social, aos costumes, línguas, crenças e tradições indígenas. Além disso, reconhece aos índios o direito originário sobre as terras que ocupam, e determina que o caráter da ocupação indígena é anterior à própria formação do Estado brasileiro, prescindindo de documentos e comprovações “oficiais”. Consolidado no artigo 231²⁹, o direito à diferença e sobre as terras tradicionalmente ocupadas, trouxe uma série de novas significações.

Dessa forma, com o advento da Constituição e suas novas diretrizes para a política indigenista, as normas regidas no Estatuto do Índio foram revogadas expressa ou tacitamente. Porém, na prática o Estatuto ainda é instrumento jurídico utilizado como base para discutir diversas questões e, portanto, produz efeitos.

Assim como a criação do Estatuto do Índio não se deu isoladamente, mas dentro de uma lógica internacional, também a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 aconteceu dentro de novos contextos, nacional e internacional.

Novamente no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, um novo documento foi produzido em 1989 - a Convenção 169 -, e nele é inconteste a consolidação de um novo olhar. Passam a ser levadas em consideração as aspirações dos povos indígenas em “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”³⁰.

Uma abordagem hermenêutica breve sobre as vontades – tanto do Constituinte quanto da Comissão responsável pela Convenção 169 – que definiram o conteúdo desses instrumentos normativos, nos faz ver a adoção de uma perspectiva que inverte o modelo integracionista. Há, portanto, a intenção de priorizar o direito de esses povos manterem suas próprias identidades, reconhecendo formalmente o direito à autonomia.

Em conformidade com a previsão constitucional (art. 231, § 1º), a Convenção estende o direito indígena aos recursos naturais disponíveis em suas terras, incluindo aí o direito de participação na utilização, administração e conservação

²⁹Art. 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.(Constituição da República)

³⁰ Trecho extraído do Preâmbulo da Convenção 169 OIT.

dos recursos³¹, assegurado aos índios a posse permanente e o usufruto exclusivo sobre as terras por eles ocupadas³². Em seguida, confere às terras a inalienabilidade e a indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos sobre elas³³.

A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25.07.2002, através do Decreto Legislativo nº 143, e sua promulgação foi formalizada com o Decreto 5.051/2004.

Além de outras garantias essenciais para a autodeterminação dos povos indígenas, um princípio bastante em voga atualmente no que tange aos Direitos desses povos é o dispositivo da Convenção nº 169 da OIT referente ao “Direito de Livre Consentimento e Conhecimento”³⁴. Este mecanismo jurídico reafirma a independência e autonomia do índio nos conflitos referentes à suas terras, ao assumir a necessidade de haver o consentimento informado dos povos indígenas para qualquer negociação pública ou particular que influencie diretamente o direito de usufruto da terra.

Há ainda a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas emitida pela Organizações das Nações Unidas, em 2007. No documento são colocados direitos como à participação política; à terra, aos territórios aos recursos naturais; ao consentimento prévio, livre e informado.

Diante desse novo conjunto de dispositivos legais, podemos fazer um recorte sobre o tema da tutela, sobre o qual é possível perceber que tanto o Direito Internacional quanto a Legislação Nacional romperam com essa prática, na medida em que estatuíram a capacidade plena dos índios e proclamaram o direito à autodeterminação e à autonomia desses povos. Pressupostos jurídicos tais como o da participação política na elaboração de seu desenvolvimento; do consentimento livre, prévio e informado sobre questões referentes à terra indígena, reforçam a autonomia indígena e nos fazem reconhecer que em casos como o ocorrido com os índios tupiniquim e guarani em Aracruz, Espírito Santo, o direito de negociação sobre as terras em contraposição à tutela estatal é uma realidade que não deve ser considerada tão distante.

Apesar do tratamento constitucional dado aos direitos indígenas ser considerado um dos mais avançados do mundo e da ratificação da Convenção 169

³¹ Artigo 15: 1. O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. Esses direitos incluem o direito desses povos de participarda utilização, administração e conservação desses recursos. (Convenção 169 OIT)

³² Artigo 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.(Constituição da República)

³³ Artigo 231: (...) § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (Constituição da República)

³⁴ Artigo 16 2. Quando a retirada e o reassentamento desses povos forem considerados necessários como uma medida excepcional, eles só serão realizados com seu livre consentimento e conhecimento. Não sendo possível obter seu consentimento, essa transferência só será realizada após a conclusão dos procedimentos adequados previstos na lei nacional, inclusive após consultas públicas, conforme o caso, nas quais os povos interessados tenham oportunidades de ser efetivamente representados.

simbolizar um compromisso assumido pelo Brasil na defesa desses interesses, os efeitos do modelo colonial sobre as minorias étnicas ainda se faz sentir. O rompimento com o processo de assimilação e invisibilização dos direitos dos povos indígenas é de fato notável, mas, no entanto, ao nos depararmos com as realidades enfrentadas por diversos povos indígenas no país, notamos não haver sintonia entre o que sinaliza o texto constitucional e o que de fato se passa no mundo.

2 CONTRADIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Tal qual as normas, é igualmente confusa a situação real dos índios brasileiros no que se refere à capacidade civil indígena. A empiria nos mostra que a não revogação e superação de normas hoje em conflito abre lacunas para que possíveis contradições assombrem a segurança de povos indígenas diante dos direitos sobre suas terras, e de suas autonomias.

A decisão sobre a TIRSS, como vimos é ainda determinante para o desfecho do caso em análise. O processo no STF teve início com a Petição 3.388, ajuizada pelo Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto contra a União Federal, intentada com vistas a impugnar o modelo contínuo de demarcação de Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O pedido ocasionou a concentração da competência, pelo STF, para enfrentar as questões jurídicas relacionadas à TI.

A ação foi julgada parcialmente procedente por maioria, e dessa forma foi mantida a demarcação nos moldes em que se deu (modelo contínuo de demarcação). No entanto, o julgamento foi além dos pedidos, inovando o STF ao estabelecer 19 diretrizes – através do Ministro Menezes Direito, que implicam uma série de restrições ao usufruto dos índios sobre suas terras. Inclusive, tais diretrizes, facilmente identificadas como condicionantes, não dizem respeito diretamente à demarcação em área contínua da TIRSS. Esses condicionantes dizem respeito à relação da sociedade nacional com os povos indígenas e desses com suas terras.

Além disso, pretendeu-se ampliar os efeitos gerados por tal decisão, de forma a dotá-la de efeito vinculante, possuindo eficácia *erga omnes*.

A emblemática decisão, ao estabelecer tais condicionantes, parece reafirmar um modelo de tutela recusado pela Constituição de 1988. Na contramão do que apontam as mudanças semânticas e discursivas e do compromisso internacional assumido com a internalização da Convenção 169, o acórdão do STF retrocede no reconhecimento de direitos indígenas, especialmente na visão do direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e no não reconhecimento da organização social indígena como autônoma no controle de suas terras.

Paralelamente, no campo institucional vê-se a confirmação e reverberação de uma postura cerceadora do exercício das potências do direito de propriedade.

Em julho de 2012, a Advocacia Geral da União publicou a Portaria 303, em que estende para todos os processos de demarcação de terra indígena as 19 condicionantes estabelecidas pelo STF no julgamento sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A portaria proíbe a ampliação de terras indígenas que já tenham sido demarcadas, assim como a venda ou arrendamento de qualquer parcela dessas terras quando isso significar a restrição do usufruto e a posse direta da área pelas comunidades indígenas. Ficam igualmente proibidos o garimpo, a mineração, o aproveitamento hídrico da terra, a cobrança de qualquer taxa ou exigência para utilização de estradas, linhas de transmissão e demais instalações de serviço público porventura dentro das áreas demarcadas.

Dentre todas as condicionantes propostas no acórdão do STF e cuja aplicação a AGU pretende tornar uniforme e obrigatória por parte dos órgãos jurídicos da administração, nos chama atenção especial a vedação expressa na condicionante 14, que é explícita no sentido de vedar a realização de “qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto” indígena.

Embora ainda não tenha entrado em vigor³⁵, se confirmada, a Portaria representará importantes restrições ao usufruto e à posse direta garantidas constitucionalmente aos índios. Considerando o cenário que se apresenta em Aracruz, temos a negação indireta da autonomia indígena, através da limitação da realização de negócios jurídicos. Tal situação inicia um quadro de busca por novas maneiras de concertação entre os índios e os demais personagens envolvidos nesse quadro de mudança da região, de maneira a assegurar aos povos indígenas de Aracruz o exercício de sua autonomia.

3 A PARCERIA: POSSIBILIDADE JURÍDICA

Entendemos que no plano normativo – tomando como base os dispositivos jurídicos já mencionados – a discussão sobre a autonomia jurídica já está superada, o que possibilita vislumbrar diferentes maneiras de composição entre os grupos indígenas e eventuais terceiros. Tal autonomia e o direito à autodeterminação compreendem a questão relativa à capacidade civil indígena, que nesse sentido, portanto, está igualmente superada.

As restrições constitucionais – e com as quais não se harmonizam aquelas propostas pelo STF e, no entanto são abraçadas pela AGU – que pairam sobre as terras indígenas (art. 231, CRFB) existem com a finalidade de evitar que seja usurpado o usufruto indígena. Dessa maneira, negócios jurídicos tais como o

³⁵ A AGU publicou nova Portaria em setembro de 2012 (Portaria 415), estabelecendo que a Portaria 303 só entrará em vigor após a publicação do acórdão com a decisão do STF que contém as 19 condicionantes.

arrendamento ou determinados tipos de contrato de fato representam riscos aos direitos indígenas.

A situação enfrentada em Aracruz ensejou a busca por formas de concertação possíveis juridicamente entre os índios tupiniquim e os empreendedores, de modo a harmonizar os interesses dos envolvidos, mantendo a supremacia do interesse indígena e garantindo também a segurança jurídica do empreendedor.

Luiz Fernando Villares, ex-procurador da FUNAI, sugere um modelo interessante de combinação que demonstra estar em consonância com as disposições legais vigentes e que permite o desenvolvimento de uma sustentabilidade econômica favorável aos índios.

Trata-se de um termo de parceria, visto pelo autor como uma possibilidade de desenvolvimento social e econômico, em que a parceria “pressupõe ação conjunta do índio e de terceiros, visando à produção de bens, à capacitação e ao lucro na exploração das terras indígenas” (VILLARES, 2009:371).

Figurariam como parceiros, portanto, os índios e os empreendedores, podendo ainda ser incluídos nessa combinação órgãos como a FUNAI, órgãos da administração local (Prefeitura, Governo do Estado) e Ministério Público.

Um dos benefícios que se pode esperar de um possível termo de parceria é que fica garantida a utilização das terras indígenas para as atividades produtivas indígenas, de forma a garantir sua reprodução física, mantendo-se o usufruto exclusivo.

Em comparação a outros modelos de concertação possíveis, entende-se que a parceria apresenta a vantagem de uma natureza coletiva do acordo. Um modelo de associação, por exemplo, em que de um lado tem-se o empreendedor e do outro uma associação a qual os índios tupiniquim estariam obrigados a filiar-se – individualmente –, não contemplaria o direito coletivo que está em questão.

Discutimos aqui um negócio jurídico envolvendo o direito do grupo étnico em paralelo ao direito sobre a terra (que é coletivo), e não o direito individual de cada indígena. Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “Sobre estas terras existem direitos que não são individuais de cada índio isoladamente, mas da comunidade, do povo, do grupo tribal, da sociedade ali existente” (SOUZA FILHO, 2010:156).

A questão indígena, sobretudo no que diz respeito a terra, está colocada dentro do marco do direito coletivo. É a partir desse direito coletivo que se deve pensar nos sujeitos da parceria. De forma mais clara: não poderíamos pensar em estabelecer a parceria com a Associação dos Índios Tupiniquim de Aracruz, pois isso acabaria por personalizar o direito previsto na constituição referente ao povo, enquanto sujeito coletivo de direito.

Assim, ao colocarmos em perspectiva a realidade que se observa em Aracruz, e cotejando-a com o sistema normativo, resulta que o termo de parceria pos-

sibilitaria a efetivação da autonomia indígena, de forma que o usufruto exclusivo não seja usurpado, mas sim otimizado. O desafio que lançamos, então, está em como a proposta de um termo de parceria pode surgir para o direito, considerando a forma e a natureza desse negócio jurídico.

REFERÊNCIAS

CLAUDE JR., Inis L. **National Minorities: An International Problem**. Harvard University Press, 1955.

LOBÃO, Ronaldo. 2010. **Múltiplos significados para um condicionante etnoambiental**: a resignificação do próprio estudo. Trabalho apresentado na 27ª Reunião Brasileira de Antropologia. Belém.

OIT. 1957. **Convenção 107 sobre os Povos Indígenas e Tribais**. Genebra: Organização Internacional do Trabalho.

OIT. 1989. **Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais**. Genebra: Organização Internacional do Trabalho.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____, Carlos Frederico Marés de. 2001. **As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios**. Seminário Bases para uma nova política indigenista realizado em junho de 1998, Rio de Janeiro.

STF. 2009. **Acórdão PET 3.388 – Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. DJe 181, publicado em 25/09/2009, Ementário 2375-1.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Brasília: FUNAI, 2007.

