



# 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](http://www.direitosocioambiental.org)



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

<b>PREFÁCIO</b> .....	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
--	-----

<b>DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL</b>	
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
-----------------------	-----

# O PROJETO DE UM NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

Alaim Giovanni Fortes Stefanello<sup>190</sup>

Luciana Xavier Bonin<sup>191</sup>

## INTRODUÇÃO

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

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

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

---

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

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

reivindicações a serem incorporados no texto final<sup>192</sup>.

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

Ao entregar o Projeto à Câmara dos Deputados em 05 de agosto de 2009, o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, declarou que o Novo Estatuto acaba com todos os resquícios de tutela, outorgando a plena capacidade civil da comunidade indígena, sem agredir sua origem de cultura<sup>193</sup>.

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

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

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEXTO HISTÓRICO DOS POVOS INDÍGENAS

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

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

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

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

pelos novos colonos que, sem lei e sem pena, invadiram o oeste do Paraná<sup>194</sup>.

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

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

No século XVI, por exemplo, figuras como João Maior, Frei Francisco de Vitória e o Papa Paulo III, podem ser citadas. João Maior foi um afamado nominalista<sup>195</sup> da Universidade de Paris em 1510 e,

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

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

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

Enfim, coube ao Frei Francisco de Vitória, nas suas *Relecciones*, datadas por volta de 1539, a tarefa de estabelecer a soberania original dos povos indígenas da América<sup>198</sup>.

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

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

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

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

<sup>197</sup> Papa Paulo III apud CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 57.

<sup>198</sup> CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 55.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>199</sup> Ibid., p. 59.

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

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

<sup>202</sup> CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 61.



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

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

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

Art. 5º - Compete à União:

XV – Legislar sobre:

‘r’ – à incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

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

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

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas.

Art. 5º - Compete à União:

XV – Legislar sobre:

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

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

---

<sup>203</sup> Id.

<sup>204</sup> Annaes apud CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 83.

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

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

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

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

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

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

## 2. O ESTATUTO DO ÍNDIO

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

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

<sup>205</sup> CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 83.

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

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

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

Contudo, esta tutela orfanológica<sup>209</sup> teoricamente temporária, na realidade, durou mais de um século. Extinguindo-se apenas com o Decreto nº 5.484 de 1928, instrumento pelo qual fez sua substituição pela tutela do Estado. E a ideia de tutela que antes era para sanar uma dificuldade transitória e em sociedades indígenas determinadas, passa a abarcar todas as sociedades, além de tomá-las - assim como os índios como entes individuais - de forma infantilizada.

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

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

I - os maiores de 16 (dezessex) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156);

II - os pródigos;

III - os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

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

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

<sup>208</sup> CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit., p. 110.

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

Portanto, o Estatuto do Índio de 1973 traz consigo esse “ranço” do pensamento dos homens da história, permitindo que a condição de tutelados cerceie - além de reduzir a capacidade civil dos índios, a autogestão de suas terras e a projeção de seu futuro como povos - sua livre expressão política e acesso aos serviços públicos, ao mercado de trabalho, às linhas oficiais de crédito como também de administrar diretamente seus territórios<sup>210</sup>.

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

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

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

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

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

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

Em 1994 foi aprovada pela Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.057/91 que conciliava temas como capacidade civil dos índios, demarcação e proteção dos conhecimentos tradicionais. Porém, desde

<sup>210</sup> ARAÚJO, Ana Valéria et al. Op. cit., p. 47.

<sup>211</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.). **Série Pensando o Direito**. n. 19. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009, p. 11.

<sup>212</sup> Id.

então, ela não passou das discussões no Congresso.

Neste íterim de quase vinte anos, as organizações indígenas desenvolveram cada vez mais a capacidade de intervenção nos debates sobre a revisão do Estatuto sendo de fundamental importância para o aperfeiçoamento das propostas elaboradas<sup>213</sup> tanto nas reivindicações indígenas nacionais, quanto na implementação de tratados internacionais.

Um dos resultados da mobilização e articulação dos povos indígenas é o Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas apresentado pelo Ministério da Justiça à Câmara dos Deputados em 2009, possuindo cerca de 250 artigos, enquanto o Estatuto do Índio de 1973 possui apenas 68.

Enquanto a Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973 tinha como intuito regular a “situação jurídica dos silvícolas” com o propósito de integrá-los progressivamente à sociedade, o Novo Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas tem como princípio regular a situação jurídica dos indígenas, suas comunidades e povos, fazendo respeitar sua organização social, cultura, terras que ocupam e seus bens.

Não se pode dizer, mesmo assim, que o Projeto apresentado pelo Ministério da Justiça seja o ideal, até mesmo porque o ideal, talvez, fosse um Estatuto para cada Povo, a exemplo do que Carlos Frederico Marés de Souza Filho teria defendido, conforme explica Márcio Santilli:

Ao assumir a função, o Marés agregou valor ao conceito propondo um programa para cada povo. Ou seja, a aproximação do Estado em relação ao chão bem poderia tomar como referência o próprio chão, no caso, os povos indígenas, ou cada povo indígena, e não exatamente estruturas administrativas descentralizadas, ou regiões administrativas, embora tais estruturas acabassem inevitavelmente tendo que se construir, mas na lógica de cada povo.<sup>214</sup>

De qualquer forma, por mais avanços que o Projeto de Estatuto apresente, mesmo assim não é possível olvidar que o mesmo fora construído dentro da lógica da racionalidade ocidental, partindo das premissas de legislação e direito monistas, que são lógicas distintas e muito diversas daquelas construídas no mundo coletivo e solidário dos povos indígenas.

De igual forma, importante fazer um alerta: ainda que o Novo Estatuto contenha importantes mudanças, o mesmo não deixa de ser reflexo da política indigenista produzida pela sociedade dominante e excludente que impera nas relações de poder, seja no Congresso Nacional, seja nos diversos tribunais.

---

<sup>213</sup> ARAÚJO, Ana Valéria et al. Op. cit., p. 47.

<sup>214</sup> SANTILLI, Márcio. Um programa para cada povo. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de; (Coordenadores): **Socioambientalismo – Uma Realidade** – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2007, p. 184.

Neste sentido, cabe mencionar a fala de Márcio Santilli, pois muito esclarecedora e oportuna: “política indigenista é coisa de branco. É coisa de como a sociedade colonial dominante lida com os outros – os povos indígenas”<sup>215</sup>.

De qualquer forma, os méritos do Projeto de Estatuto dos Direitos dos Povos merecem ser destacados, pois apresentam muitos avanços na proteção dos Direitos Indígenas, apresentando como base uma política de proteção baseadas em oito tópicos a seguir destacados:

- I - garantir aos indígenas o acesso aos conhecimentos da sociedade brasileira e sobre o seu funcionamento;
- II - garantir meios para sua auto-sustentação, respeitadas as suas diferenças culturais;
- III - assegurar a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e de subsistência;
- IV - assegurar o seu reconhecimento como grupos etnicamente diferenciados, respeitando suas organizações sociais, usos, costumes, línguas e tradições, seus modos de viver, criar e fazer, seus valores culturais e artísticos e demais formas de expressão;
- V - garantir a posse e a permanência nas suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos nelas existentes;
- VI - garantir o pleno exercício dos direitos civis e políticos;
- VII - proteger os bens de valor artístico, histórico e cultural, os sítios arqueológicos e as demais formas de referência à identidade, à ação e à história dos povos ou comunidades indígenas;
- VIII – proteger os povos em risco de extinção, em situação de isolamento voluntário ou não contatados.

Os princípios acima transcritos traduzem uma evolução da legislação que em parte já está positivada, a exemplo dos incisos IV e V que se assemelham muito com o texto Constitucional Brasileiro, em seu artigo 231<sup>216</sup>. Aliás, tornou-se relativamente comum a legislação infra-constitucional repetir o texto da Constituição, como forma de reafirmação, o que não faz muito sentido, pois se a matéria já está disciplinada na Lei maior, não haveria necessidade de repetição literal do texto, mas tão somente de regulamentação complementar.

Outra interessante novidade da proposta de Estatuto é que não se farão restrições ou exigências aos indígenas quanto a indumentárias, trajes e pinturas tradicionais, para fins de ingresso e permanência em espaços públicos e em dependências de quaisquer dos Poderes da República ou órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

<sup>215</sup> Ibid., p. 183.

<sup>216</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Na história recente do Congresso Nacional, por exemplo, ganhou notoriedade casos de Deputados Gaúchos e Nordestinos que foram barrados no plenário da Câmara dos Deputados por tentarem ingressar vestidos tipicamente conforme a cultura dos seus Estados.

Para casos como este, por exemplo, ou mesmo para a participação dos Povos Indígenas em visitas e audiências em órgãos públicos, seja do Judiciário, Legislativo ou Executivo, a proposta do Estatuto assegura que os mesmos possam se apresentar vestidos da forma como seus costumes mandarem, assegurando-lhes a plena manifestação cultural inclusive no uso das indumentárias típicas.

O Projeto de Estatuto propõe definições para Povos Indígenas, Comunidade e Indígena, enquanto a Lei 6.001 de 1973 apresenta conceitos de Índio ou Silvícola e Comunidade Indígena ou Tribal<sup>217</sup>, subdividindo os Índios em isolados, em vias de integração e integrados.

Por Povos Indígenas, o projeto estabelece que são as coletividades de origem pré-colombiana que se distinguem no conjunto da sociedade e entre si, com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam.

Como comunidade, o Novo Estatuto reconhece como o grupo humano local, parcela de um ou mais povos indígenas com organização própria.

Por fim, como Indígena, entende-se o indivíduo que se considera como pertencente a um povo ou comunidade, e é por seus membros reconhecido como tal.

Tanto no Estatuto do Índio como no novo Projeto consta a necessidade de identificação e reconhecimento como indígena por si próprio e pelo grupo ao qual pertence como “condição” para “ser” indígena.

Porém, no Estatuto do Índio de 1973 é necessário que as características culturais do indígena sejam o distingam da sociedade nacional, ou seja, o texto fora concebido dentro do conceito colonialista que era necessário integrar os índios para torná-los cidadãos.

No projeto proposto pelo Ministério da Justiça, portanto, constam dois requisitos para que o sujeito seja considerado indígena: se considerar pertencente a um povo ou comunidade indígena e ser reconhecido por seus membros como tal.

Aqui o projeto de Estatuto diferencia-se dos critérios estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre os direitos dos “Povos Indígenas e Tribais”, tendo sido promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004. A referida Convenção foi aprovada pelo

---

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

<sup>217</sup> Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

Congresso Nacional em 20 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143, entrando em vigor no Brasil em 25 de julho de 2003, doze meses após o registro da sua ratificação, na forma estipulada pelo artigo 38 da Convenção.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho constitui-se num importante instrumento jurídico internacional a auxiliar os diversos povos a terem reconhecidos seus direitos de manterem sua própria cultura, bem como de serem consultados sobre a utilização dos recursos existentes em suas terras, participando dos benefícios que possam advir dessa exploração<sup>218</sup>.

Cabe destacar que a Convenção 169 adota o critério de auto-identificação para reconhecimento dos povos indígenas ou tribais. Tal previsão encontra-se no item 2 do artigo 1º, o qual estabelece que a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da referida Convenção.

Este critério de consciência da própria identidade, na opinião de Joaquim Shiraiishi Neto, foi adotado acertadamente pela Convenção, pois se tivesse, ao contrário, definido exatamente quem eram os povos a que se estava fazendo referência, estaria de antemão afastando todos os demais que eventualmente guardassem algumas diferenças próprias, excluindo uma infinidade de povos e grupos sociais desse precioso dispositivo<sup>219</sup>.

Entendemos que o Estatuto atuou, nesse particular, de forma conservadora em comparação com a Convenção 169 da OIT, ao propor um conceito reducionista numa tarefa que nada tem de fácil: traduzir num conceito jurídico a complexa definição de quem é ou não indígena.

A conceituação da complexidade da vida é algo que os legisladores não se furtam, por mais difícil que seja. Assim, apenas para citar um exemplo, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente apresenta a sua definição, como se trouxesse

---

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Art 4º Os índios são considerados:

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

<sup>218</sup> STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes. **Direito, Biotecnologia e Propriedade Intelectual**: acesso, apropriação e proteção jurídica dos elementos da biodiversidade amazônica. 2007. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2007, p. 157.

<sup>219</sup> SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do Direito das “Comunidades Tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 2, n. 3, p. 190, 2006.



à realidade algo novo que antes era inexistente. Na verdade, sempre que um assunto passa a ter relevância jurídica, principalmente por questões econômicas, o legislador trata logo de apresentar definições para o tema sob a ótica que melhor lhe aprouver.

## 4. O PATRIMÔNIO INDÍGENA E SEUS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS NO PROJETO DE ESTATUTO DOS POVOS

Na parte que trata do patrimônio a proposta de Estatuto dos Povos Indígenas preocupou-se, dentre outros temas, com um importante e cada vez mais cobiçado valor: o patrimônio imaterial. Tanto é que apresentou um capítulo detalhado sobre os Conhecimentos Tradicionais.

Sob tal ótica, integram o patrimônio indígena, dentre outros, os seguintes bens e direitos:

- I - os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e a posse permanente dessas terras e das reservadas;
- II - o usufruto exclusivo de todas as riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, inclusive do patrimônio genético e da biodiversidade, incluídos os acessórios e os acrescidos e o exercício de caça, pesca, coleta, garimpagem, faiscação e cata;
- III - os bens móveis e imóveis dos povos ou comunidades indígenas, adquiridos a qualquer título;
- IV - o direito autoral, e sobre obras artísticas de criação das próprias comunidades ou povos indígenas, incluídos os direitos de imagem;
- V - os direitos sobre as tecnologias, obras científicas e inventos de criação das comunidades indígenas;
- VI - os bens imateriais concernentes às diversas formas de manifestação sociocultural das comunidades indígenas;
- VII - o patrimônio genético, a biodiversidade das terras indígenas e os conhecimentos tradicionais associados.

Como pode ser observado no novo Estatuto, 50% dos bens e direitos relacionados referem-se ao imenso e rico patrimônio imaterial dos povos indígenas, secularmente construído de forma coletiva e solidária através das gerações.

O modo de vida dos povos da floresta, em especial dos povos indígenas, faz com que desenvolvam conhecimentos únicos sobre a utilização da imensa diversidade biológica existente no país, com destaque relevante para a vasta e cobiçada região amazônica.

Conforme explica Fernando Antonio de Carvalho Dantas, os saberes destas populações tradicionais, indígenas e não-indígenas, constituem fenômenos complexos construídos socialmente a partir de práticas e experiências culturais, relacionadas ao espaço social, aos usos, costumes e tradições, cujo domínio geralmente é difuso<sup>220</sup>.

Tais saberes são construídos secularmente, passados de geração em geração, aperfeiçoados, modificados e melhorados conforme as crenças, necessidades, habilidades e história de cada povo, em diferentes épocas, bem como de acordo com suas convicções espirituais e visão alternativa de mundo.

Os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas historicamente foram ignorados pelo Estado e, conseqüentemente, pelo direito, que não se preocupavam em protegê-los ou garantir aos seus detentores a prerrogativa de continuar cultuando e preservando seus costumes livremente.

Nesse sentido, Jean-Claude Fritz comenta que a lógica do sistema de desenvolvimento capitalista, baseado nos modelos colonialistas tradicionais, considerava os saberes tradicionais dos povos da floresta como superstições e folclores de povos primitivos, isto quando não eram descartados e destruídos por não interessar ao conhecimento científico<sup>221</sup>.

O Estado, dentro da perspectiva da racionalidade ocidental, do capitalismo e da supremacia do conhecimento científico, nada conseguia ver de útil nas práticas culturais e rituais espirituais dos povos da floresta, os quais deveriam ser integrados à sociedade para serem civilizados na cultura do mundo moderno, baseado na razão da ciência e na completude jurídica do direito.

A suposta integração cultural dos povos indígenas ao “Estado Nacional” e ao seu modo de vida civilizado, na verdade, tinham outros interesses a legitimar juridicamente, além da negação às diferenças e de retirar os indígenas do caminho desenvolvimentista, apropriando-se das suas terras e riquezas.

Percebe-se, agora, uma nova forma de apropriação e espoliação dos direitos

---

<sup>220</sup> DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 1, n. 1, p. 85, 2003.

<sup>221</sup> “En la lógica de desarrollo capitalista en su dimensión colonial, los saberes “diferentes” que no estaban engendrados por el sistema Del desarrollo científico y técnico que lo acompañaba fueron descartados y a veces destruidos, y en El mejor de los casos, fueron considerados como supersticiones de poblaciones rurales vetadas, o de pueblos primitivos, o en una hipótesis un poco menos positiva, como “folklore”, como creaciones de nuestro pasado o Del presente contemporáneo de poblaciones atrasadas, que podíamos recoger, eventualmente, para colocarlas en museos “de arte y de tradiciones populares” o de etnología: leyendas, creencias, cuentos, objetos y técnicas sin interés para La humanidad contemporánea o futura, de las cuales había que conservar ciertas manifestaciones, aislándolas lo más posible de un contexto global que hubiera permitido tomarlas en cuenta con más profundidad”. FRITZ, Jean Claude. Las múltiples finalidades del sistema de propiedad intelectual. Puesta en perspectiva de un elemento del conflicto entre el derecho internacional de los negocios y el derecho de los pueblos. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID, Isabel V. Lucena (orgs). **Nuevos colonialismos del capital**. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos. Barcelona: Icaria Editoria, 2004, p. 257.

dos povos indígenas: a transformação de práticas e conhecimentos coletivos em patrimônio privado. Assim, já não interessa mais tanto a terra indígena, a floresta na qual eles vivem e retiram seu sustento, a madeira que pode ser explorada, etc.

O maior patrimônio a ser explorado na atualidade é o conhecimento secularmente cultivado por estes povos na relação com a natureza, transmitido de geração em geração e utilizado em prol do grupo, mas que pode ser transformado em propriedade intelectual na indústria farmacêutica e de cosméticos.

Neste sentido, Carlos Frederico Marés de Souza Filho explica que desta forma se pode dizer que os novos direitos são intangíveis, e a nova economia valoriza mais o conhecimento, sempre que ele possa ser transformado em produto de consumo. Nesta contradição, interessa menos a terra indígena, como um direito sobre um bem físico, e então é possível ao sistema aceitar o direito coletivo indígena sobre esta terra, do que o conhecimento que o grupo tenha sobre as substâncias e poderes das plantas e dos animais, por exemplo. Este direito coletivo dos povos o sistema reluta em aceitar<sup>222</sup>.

Nesta perspectiva, o conhecimento científico, baseado na racionalidade ocidental, que antes em nada se interessava pelo modo de vida tido como primitivo aos olhos reducionistas do capitalismo, agora busca a apropriação destes conhecimentos construídos de forma coletiva e solidária para transformá-los em mercadorias e produtos que atendam aos interesses econômicos e privados do sistema capitalista<sup>223</sup>.

Em face da apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, o Projeto de Estatuto dos Direitos dos Povos apresenta importantes dispositivos de proteção, reconhecendo tais saberes como de natureza coletiva, não podendo ser objeto de direito privado ou exclusivo, sendo inalienáveis, impenhoráveis, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Porém, quando o novo Estatuto afirma que a proteção dos conhecimentos tradicionais não afetará, prejudicará ou limitará outros direitos relativos à propriedade intelectual, permite que toda a apropriação que tenha ocorrido destes saberes, também chamado de biopirataria, mantenha-se impune e garantida legalmente.

Aqui o legislador deixa de regulamentar um importante tema que se constitui num verdadeiro vácuo jurídico, não contemplado nem pela Medida Provisória 2186-16/2001, que trata do acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, tampouco pela Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

---

<sup>222</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2005, op. cit., p. 176.

<sup>223</sup> STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A proteção jurídica da sociobiodiversidade amazônica. In: Congresso Nacional CONPEDI, 16. **Anais**. Belo Horizonte, 2007. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 4107.

## 5. A PROTEÇÃO TERRITORIAL, AMBIENTAL E AS TERRAS INDÍGENAS NO NOVO ESTATUTO

De acordo com o projeto, a autorização para o ingresso nas terras indígenas será concedida pelas comunidades indígenas devendo, quando necessário, o ato ser informado ao órgão indigenista federal. O ingresso nas terras indígenas é garantido independentemente da autorização dos povos indígenas, nos seguintes casos: I - para as Forças Armadas em terras indígenas, em cumprimento de sua missão constitucional; II - por ordem judicial ou flagrante delito.

O novo Estatuto prevê, ainda, a responsabilidade civil objetiva da União, Estados e Municípios pela ação ou omissão na proteção dos recursos ambientais localizados em terras indígenas, o que, na prática, poderá representar conseqüências indenizatórias das mais diversas ordens em razão da atual incapacidade dos Entes da Federação em fiscalizar e proteger os recursos ambientais onde quer que se encontrem.

O projeto garante, ainda, as mesmas prerrogativas processuais da União relativos a prazos, custas e impenhorabilidade de bens, rendas e serviços aos povos e comunidades indígenas.

Outra previsão processual prevista no tópico da proteção territorial e ambiental de grande abrangência estabelece que nenhuma medida judicial será concedida liminarmente nas causas em que os povos ou comunidades indígenas figurem no pólo passivo da relação processual, sem a sua prévia audiência e da União, do Ministério Público Federal e do órgão indigenista federal.

Em que pese ser evidente o intuito de proteção aos índios no tocante ao aspecto territorial e ambiental, uma vez que a norma acima citada encontra-se no capítulo que trata desse tema, a abrangência que tal dispositivo pode tomar preocupa, pois sua disposição genérica ao proibir que liminares sejam concedidas contra os índios sem a audiência deles próprios, além da União, do Ministério Público Federal e do órgão indigenista, esvazia todo o sentido processual da urgência que reveste a concessão de uma medida liminar.

Seria possível arriscar dizer que, caso o projeto tramite no Congresso Nacional sem alteração no dispositivo em comento, o que será difícil ocorrer, muito provavelmente venha a ser vetado em razão do seu evidente conflito com o instituto jurídico da tutela de urgência.

No tocante às terras indígenas o projeto faz menção expressa ao artigo 231 da Constituição Federal, além de reafirmar que os direitos que os indígenas possuem sob suas terras são originários e independem de reconhecimento por parte do poder público.

Relativamente à gestão ambiental em terras indígenas, o projeto estabelece políticas e diretrizes congruentes com o artigo 225 da Constituição Federal. Ao

mesmo tempo concede autonomia aos povos indígenas para fazer a gestão ambiental das suas terras na forma dos seus usos, costumes e tradições (artigo 51).

Porém, o texto da proposta de Estatuto é confuso no presente tópico, pois afirma que se aplicam às terras indígenas as normas jurídicas de proteção ambiental naquilo que não contrariem o disposto no Estatuto (artigo 54). Depois, logo a seguir, prevê que atividades que causem impacto negativo ao meio ambiente em terras indígenas somente serão admitidas em caso de relevante interesse público da União (artigo 55 do projeto). Por fim, acrescenta nova exceção ao dizer que o dispositivo referido não se aplica as atividades necessárias à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas (parágrafo único do artigo 55).

Ora, a exceção disposta no parágrafo único do artigo 55 nada mais é do que a repetição do disposto no artigo 51 do projeto de Estatuto dos Povos Indígenas, o qual é contraditório com o teor do artigo 55 que admite impacto ambiental negativo por interesse da União, quando, na verdade, deveria admitir impacto negativo tão somente no caso de necessidade de sobrevivência física e cultural dos indígenas.

Por fim, há ainda outro dispositivo no artigo 62 que veda o incentivo a atividades econômicas em terras indígenas que não sejam consideradas sustentáveis do ponto de vista ambiental e cultural. Decorre, logo, a pergunta: e se tais atividades econômicas estiverem de acordo com os usos e costumes das comunidades indígenas, mas não forem sustentáveis? A resposta, queremos acreditar, é que será permitido qualquer atividade em terra indígena, desde que seja relativa à sua sobrevivência física ou cultural e esteja de acordo com seus usos e costumes.

Outro dispositivo inovador está no artigo 76 do projeto, o qual reconhece aos povos indígenas o direito à contraprestação pelos serviços ambientais das suas terras em função da conservação e uso sustentável dos recursos naturais, cabendo ao Estado garantir e regular as formas de remuneração desta contraprestação.

Tal remuneração já ocorre, por exemplo, no Estado do Amazonas, onde o Governo do Estado criou a chamada “bolsa-floresta” para incentivar a permanência das comunidades que vivem na floresta e contribuem para a preservação ambiental.

Em relação à mineração em terras indígenas o projeto prevê um sistema misto de regulamentação estabelecida pelo Código de Mineração – Decreto-Lei 227, de 28 de fevereiro de 1967 – com os vários e extensos dispositivos previstos no próprio Estatuto, a exemplo da previsão de procedimentos licitatórios para atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em áreas indígenas, onde poderá haver participação das próprias comunidades por meio de cooperativas, tanto isoladamente quanto em conjunto com empresas.

## 6. A PROPOSTA DO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS NA ÁREA DA CULTURA

O texto do projeto de Estatuto apresenta importantes marcos de afirmação da cultura e da diversidade dos Povos Indígenas, estabelecendo formas de protegê-la, preservá-la e incentivar sua reprodução.

O inciso II do artigo 215, por exemplo, assegura que os povos indígenas são iguais em direitos a todos os demais povos e, se reconhece, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a ser diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a ser respeitados como tais.

Os povos indígenas do Brasil possuem um imenso patrimônio sociocultural constituído secularmente por centenas de etnias, dentre as quais cerca de 250 povos que atualmente habitam o país. São costumes, tradições, conhecimentos acumulados por séculos sobre o cultivo de plantas medicinais, seleção de sementes para agricultura, técnicas não predatórias de caça e pesca, arte em cerâmica, artesanato, desenhos corporais, etc.

Conforme opinião de Guilherme José Purvin de Figueiredo, num plano geral, não há como negar que a cultura brasileira deve muito aos povos indígenas e africanos, cuja influência cultural está presente em toas as regiões do país, sem exceção<sup>224</sup>.

Seus rituais e crenças, formas de expressão, de criar e fazer, são consideradas patrimônio cultural nacional, sob a proteção do Estado, conforme parágrafo 1º do artigo 215, além dos incisos I e II do artigo 216 da Constituição.

O maior destaque constitucional para os povos indígenas, contudo, consta no artigo 231, onde a Constituição trouxe num capítulo próprio e de importante proteção ao seu patrimônio sociocultural, reconhecendo expressamente, entre outros direitos, os seus costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União proteger e fazer respeitar os seus bens culturais. O Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas apresenta-se congruente com os preceitos constitucionais, complementando-os.

Outro importante documento jurídico na área cultural é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, a qual reconhece em seu artigo 11 que os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais, incluindo o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.

<sup>224</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José de PURVIN. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

Ainda, segundo a Declaração, os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes.

Trata-se de um importante dispositivo para os povos indígenas, uma vez que cada vez mais seus conhecimentos e bens culturais vêm sendo alvo de apropriação pela indústria, principalmente biotecnológica, para prospecção de novos produtos, sem que haja um conhecimento e consentimento prévio desses povos<sup>225</sup>. A Declaração é válida no Brasil, uma vez que o país a aprovou na Assembleia da Organização das Nações Unidas.

O Novo Estatuto dos Povos Indígenas proposto está em consonância também no âmbito internacional com a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, da UNESCO, que reconhece a profunda interdependência que existe entre o patrimônio cultural imaterial e o patrimônio material cultural e natural.

No âmbito interno, em sintonia com a proposta do Novo Estatuto dos Povos Indígenas, possui especial harmonia com o assunto o Decreto 3551, de 04 de agosto de 2000, que institui o registro de “Bens Culturais de Natureza Imaterial” que constituem patrimônio cultural brasileiro e cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

O Decreto 3551 se destacou por proteger os bens culturais que não estavam abrangidos pelo Decreto 25 de 30 de novembro de 1937, que estabelece o processo de tombamento e organiza a proteção do conjunto dos bens móveis e imóveis do patrimônio histórico e artístico nacional.

Nesse intuito, o projeto de Estatuto dos Povos Indígenas prevê em seu inciso IV, do artigo 215, a proteção aos bens do patrimônio cultural material e imaterial que os indígenas, comunidades e povos reconhecem como parte integrante de sua cultura, que se transmite de geração em geração, e que são constantemente recriados em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade, por meio de inventários, registros e salvaguarda.

De grande importância simbólica e afirmativa é constituído o artigo 218 do novo Estatuto, o qual estabelece que os indígenas e seus povos têm o direito a não sofrer assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura por parte da sociedade envolvente e a União estabelecerá mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de toda forma de assimilação e de propaganda que tenha como finalidade promover ou incitar a discriminação étnica.

---

<sup>225</sup> A respeito, ver STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes. A Propriedade Intelectual como instrumento jurídico internacional de exploração: a luta do direito socioambiental contra a biopirataria. **Revista de Direito da ADVOCEF** – Associação Nacional dos Advogados da CAIXA. Londrina: v. 1, n. 1, p. 185-197, 2005. Disponível em: <<http://www.advocef.org.br/upload/revistas/rd1.pdf>>.

Ante o histórico de destruição da cultura indígena na tentativa da sua assimilação ao “Estado Nacional”, o disposto no artigo citado reveste-se de especial relevância, pois constitui-se num reconhecimento, mesmo que implícito, de todos os erros praticados pelo Estado contra os Povos Indígenas, gerando um epistemicídio cujas consequências negativas permanecem até a atualidade.

## 7. NORMAS PENAIS E PROCESSUAIS DA PROPOSTA DE ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

O Estatuto reconhece como legítimas as resoluções de conflitos entre os membros das comunidades indígenas na forma dos seus usos, costumes e tradições, inclusive as que resultem em sanções ou absolvições.

Do texto depreende-se que mesmo as decisões das tribos indígenas que envolvam punições com pena de morte estariam respaldadas, sob o mesmo amparo do artigo 231 da Constituição Federal que assegura aos povos indígenas que mantenham seus usos, tradições e costumes.

Não pretendemos entrar na polêmica sempre existente entre a possível antinomia existente entre o artigo 231 do Texto Constitucional quando comparado com o dispositivo no artigo 5º, inciso XLVII, que proíbe a pena de morte, uma vez que o assunto é tão vasto e complexo que mereceria estudos próprios, dignos de teses e dissertações.

No Estatuto do Índio de 1973, no seu artigo 57, está disposto que será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Como se vê, há uma parte do texto que converge no mesmo sentido. Contudo, no Estatuto de 1973 há uma ressalva em relação a penas cruéis, infamantes e proibida a pena de morte, o que não acontece no texto do Projeto de Lei do Novo Estatuto dos Povos Indígenas elaborado pelo Ministério da Justiça e entregue à Câmara dos Deputados.

Para entender a gama de diferenças existentes na cultura indígena, convém mencionar a explicação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o qual explica que dentro de cada comunidade ou povo existe um complexo sistema penal que reprime condutas consideradas antissociais, onde muitas vezes o conceito de crime é diferente entre as comunidades, já que estes conceitos são históricos e sociais. Portanto, nem sempre aquilo que é considerado crime pela lei estatal também será dentro da comunidade indígena, bem como, muitas vezes o que é considerado legal pelo Estado é tido como crime em algumas culturas<sup>226</sup>.

O Projeto de Estatuto dos Povos Indígenas prevê, ainda, que o juiz fede-

<sup>226</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2005, op. cit. p. 118.



ral deterá a competência para julgar os indígenas na esfera criminal, sendo que poderá, ao fixar a pena por infração, além de observar o disposto no artigo 68 do Código Penal, considerar a sanção aplicável pela comunidade indígena, podendo, inclusive, deixar de aplicar a pena quando considerar que aquela foi suficiente para a reprovação do delito.

O cálculo da pena, de acordo com o artigo do Código Penal citado ocorre da seguinte forma:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59<sup>227</sup> deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Ou seja, de acordo com o projeto do Novo Estatuto, o juiz poderá substituir a pena que seria aplicada pela penalidade que é prevista na comunidade indígena, deixando que os costumes, usos e tradições do indígena prevaleçam sob o direito estatal.

Percebe-se, pois, o reconhecimento e validação de microssistemas jurídicos existentes dentro do ordenamento jurídico, os quais poderão ser inclusive divergentes do texto legal positivo, com base no artigo 231 da Constituição Federal que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Outra previsão existente no projeto é que será isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo, ou seja, prevê uma hipótese onde haverá uma excludente de punibilidade se o crime praticado tenha ocorrido em razão dos valores da comunidade indígena onde o sujeito está inserido.

## CONCLUSÃO

O Projeto do Novo Estatuto dos Povos Indígenas apresentado pelo Ministério da Justiça contém avanços importantes para o reconhecimento dos direitos indígenas, apresentando congruência com o texto constitucional de 1988 e, na maioria das vezes, com as Convenções Internacionais que tratam do assunto.

Trata-se de relevante instrumento jurídico que, apesar de ainda conter algumas contradições e omissões que poderiam ter sido supridas, mesmo assim pode se constituir num marco histórico e jurídico de referência para os direitos dos povos indígenas.

---

<sup>227</sup> Fixação da pena

A aprovação do referido projeto, caso ocorra, seria um passo importante do Estado para saldar uma pequena parte da imensa dívida existente com os índios, seja pela morte indiscriminada e cruel a que muitas etnias foram submetidas, seja pelo epistemicídio que ainda ocorre na atualidade.

Porém, como já existe um Projeto de Lei (2.057 de 1991) com aprovação em comissão especial da Câmara dos Deputados e que está parado desde 1994, resta o questionamento se os Povos Indígenas terão articulação suficiente junto ao Congresso Nacional para aprovar o Novo Estatuto.

A esperança na aprovação ainda persiste, em que pese a dura realidade da forma como os interesses sociais são tratados no Congresso Nacional faça com que o Novo Estatuto dos Povos Indígenas continue sendo uma utopia.

De uma forma ou de outra, uma interpretação sistêmica dos instrumentos jurídicos disponíveis na atualidade, sob o manto da Constituição Federal, devem ser invocados para que busque maior efetividade na aplicação das Convenções Internacionais que tratam do tema, assegurando aos povos indígenas a subsistência, manutenção e reprodução dos seus usos, costumes e tradições, seja no aspecto físico e material, seja no aspecto cultural e espiritual.

## REFERÊNCIAS

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

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

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

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 1, n. 1. p. 85-119, 2003.

---

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

FIGUEIREDO, Guilherme José de PURVIN. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRITZ, Jean Claude. Las múltiples finalidades del sistema de propiedad intelectual. Puesta en perspectiva de un elemento del conflicto entre el derecho internacional de los negocios y el derecho de los pueblos. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID, Isabel V. Lucena (orgs). **Nuevos colonialismos del capital**. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos. Barcelona: Icaria Editoria, 2004.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

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

SANTILLI, Márcio. Um programa para cada povo. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de; (Coordenadores): **Socioambientalismo – Uma Realidade – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2007.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do Direito das “Comunidades Tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **HILEIA – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, Universidade do Estado do Amazonas, v. 2, n. 3, 177-195, 2006.

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

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.). **Série Pensando o Direito**. n. 19. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009.

STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A proteção jurídica da sociobiodiversidade amazônica. In: Congresso Nacional CONPEDI, 16. **Anais**. Belo Horizonte, 2007. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 4096-4117.

\_\_\_\_\_. **Direito, Biotecnologia e Propriedade Intelectual**: acesso, apropriação e proteção jurídica dos elementos da biodiversidade amazônica. 2007. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2007.

\_\_\_\_\_. A propriedade intelectual como instrumento jurídico interna-

cional de exploração: a luta do direito socioambiental contra a biopirataria. **Revista de Direito da ADVOCEF**, v. 01, 2005. Disponível em <<http://www.advocef.org.br/upload/revistas/rd1.pdf>>.