



Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença



Série Vias dos Saberes nº 3

A Coleção Educação para Todos, lançada pelo MEC e pela UNESCO em 2004, é um espaço para divulgação de textos – documentos, relatórios de pesquisas e eventos – e estudos de pesquisadores, acadêmicos e educadores, nacionais e internacionais, no sentido de aprofundar o debate em torno da busca da educação para todos.

Representando espaço de interlocução, informação e formação para o público interessado no campo da educação continuada, reafirma o ideal de incluir socialmente o grande número de jovens e adultos excluídos dos processos de aprendizagem formal no Brasil e no mundo.

Para a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação, a educação para todos não pode separar-se de questões como qualificação profissional e mundo do trabalho; direitos humanos; etnia; gênero e diversidade de orientação sexual; justiça e democracia; tolerância e paz mundial; bem como desenvolvimento ecologicamente sustentável. Além disso, a compreensão e o respeito pelo diferente e pela diversidade são dimensões fundamentais do processo educativo.



Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença

Ana Valéria Araújo

Joênia Batista de Carvalho – Wapixana

Paulo Celso de Oliveira – Pankararu

Lúcia Fernanda Jófej – Kaingang

Vilmar Martins Moura Guarany

S. James Anaya



Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura

Ministério
da Educação



Brasília, novembro de 2006

Edições MEC/Unesco

**Ministério
da Educação**



**SECAD – Secretaria de Educação Continuada,
Alfabetização e Diversidade**

Esplanada dos Ministérios, Bl. L, sala 700
Brasília, DF, CEP: 70097-900
Tel: (55 61) 2104-8432
Fax: (55 61) 2104-8476



Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura

**Organização das Nações Unidas para
a Educação, a Ciência e a Cultura**

Representação no Brasil
SAS, Quadra 5, Bloco H, Lote 6, Ed. CNPq/IBICT/Unesco,
9º andar Brasília, DF, CEP: 70070-914
Tel.: (55 61) 2106-3500
Fax: (55 61) 3322-4261
Site: www.unesco.org.br
E-mail: grupoeditorial@unesco.org.br



Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença

Ana Valéria Araújo

Joênia Batista de Carvalho – Wapixana

Paulo Celso de Oliveira – Pankararu

Lúcia Fernanda Jófej – Kaingang

Vilmar Martins Moura Guarany

S. James Anaya



Ministério
da Educação



Brasília, novembro de 2006

© 2006. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (Secad), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e Projeto Trilhas de Conhecimentos – LACED/Museu Nacional

Conselho Editorial da Coleção Educação para Todos

Adama Ouane
Alberto Melo
Célio da Cunha
Dalila Shepard
Osmar Fávero
Ricardo Henriques

Coordenação Editorial

Antonio Carlos de Souza Lima

Revisão: Malu Resende

Projeto Gráfico e Diagramação: Andréia Resende

Assistentes: Jorge Tadeu Martins e Luciana Ribeiro

Apoio: Rodrigo Cipoli Cajueiro e Francisco das Chagas de Souza / LACED

Tiragem: 5000 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Povos Indígenas e a Lei dos "Branços": o direito à diferença / Ana Valéria Araújo et alii - Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ISBN 85-98171-59-X

208 p. (Coleção Educação para Todos; 14)

1. Direito Indígena. 2. Índios do Brasil. 3. Direitos Coletivos. 4. Pluralismo Jurídico. I. Araújo, Ana Valéria.

CDU 34(=1.81-82)

Os autores são responsáveis pela escolha e apresentação dos fatos contidos neste livro, bem como pelas opiniões nele expressas, que não são necessariamente as da Unesco e do Ministério da Educação, nem comprometem a Organização e o Ministério. As indicações de nomes e a apresentação do material ao longo deste livro não implicam a manifestação de qualquer opinião por parte da Unesco e do Ministério da Educação a respeito da condição jurídica de qualquer país, território, cidade, região ou de suas autoridades, nem tampouco a delimitação de suas fronteiras ou limites.

Parceiros

Este livro integra a série *Vias dos Saberes*, desenvolvida pelo Projeto *Trilhas de Conhecimentos: o Ensino Superior de Indígenas no Brasil* / LACED – Laboratório de Pesquisas em Etnicidade, Cultura e Desenvolvimento / Museu Nacional – UFRJ, em parceria com a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (Secad), e contou com o financiamento do fundo Pathways to Higher Education Initiative da Fundação Ford e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco).

A iniciativa Pathways to Higher Education (PHE) foi concebida para complementar o International Fellowships Program – IFP da Fundação Ford, e tem como proposta investir recursos em vários países até o ano de 2010 para promover projetos que aumentem as possibilidades de acesso, permanência e sucesso no Ensino Superior de integrantes de segmentos educacionalmente sub-representados em países nos quais a Fundação Ford mantém programas de doações. Enquanto o IFP apóia diretamente indivíduos cursando a pós-graduação por meio da concessão de bolsas de estudo, a PHE tem por objetivo fortalecer instituições educacionais interessadas em oferecer formação de qualidade em nível de graduação a estudantes selecionados para o programa, revendo suas estruturas, metas e rotinas de atuação. Na América Latina, a PHE financia projetos para estudantes indígenas do Brasil, do Chile, do México e do Peru.

Sumário

Apresentação

Ricardo Henriques	9
-------------------------	---

Prefácio

Antonio Carlos de Souza Lima	11
------------------------------------	----

Introdução	17
-------------------------	----

Parte 1 | Direitos indígenas no Brasil – breve relato de sua evolução histórica

1.1 Povos indígenas no Brasil de hoje	23
1.2 Colonização portuguesa e a origem do caos	24
1.3 Terras indígenas na primeira fase da República	26
1.4 Parque do Xingu: exceção e novo paradigma	28
1.5 O governo militar e as terras indígenas	29
1.6 A Funai e o Estatuto do Índio	31
1.7 Saldo da era militar	35
1.8 Constituição de 1988 e novos mecanismos de proteção	38
1.9 Mobilização indígena e consolidação de direitos	38
1.10 Defendendo os direitos indígenas após 18 anos de uma nova Constituição	41
Notas	43

Parte 2 | Direitos indígenas no Brasil – estado da arte

2.1 A Constituição de 1988	45
2.2 Revisão do Estatuto do Índio	46
2.3 Terras Indígenas e o procedimento de demarcação	47

2.4	Decreto 1775/96	49
2.5	Laudos antropológicos	52
2.6	As Terras Indígenas no contexto atual brasileiro	54
2.7	Tutela e mecanismos de proteção especial	55
2.8	Novo Código Civil	58
2.9	Convenção 169 da OIT	59
2.10	Lacunas legislativas	61
2.11	Índios e militares	62
2.12	Índios e um Direito próprio	64
2.13	Responsabilidade penal	65
2.14	Saúde e educação	67
2.15	“Povos resistentes”, índios nas cidades e cidades indígenas	69
2.16	Avanços e desafios com relação aos direitos territoriais indígenas	73
2.17	A difícil tarefa de viver em um Estado esquizofrênico	76
	Notas	79

Parte 3 | O Direito na visão do advogado indígena – ensaios autorais

Terras indígenas: a casa é um asilo inviolável

Joênia Batista de Carvalho – Wapixana 85

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas

Paulo Celso de Oliveira – Pankararu 102

A proteção legal do patrimônio cultural dos povos indígenas no Brasil

Lúcia Fernanda Jófej – Kaingang 122

Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena

Vilmar Martins Moura Guarany 146

Cenário internacional: Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas

S. James Anaya 167

Apresentação

A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação (SECAD/MEC) tem enorme satisfação em publicar, em parceria com o Laboratório de Pesquisas em Etnicidade, Cultura e Desenvolvimento (LACED), ligado ao Departamento de Antropologia do Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o presente livro, parte da série *Vias dos Saberes*.

Uma de nossas mais importantes missões é propor uma agenda pública para o Sistema Nacional de Ensino, que promova a diversidade sociocultural, extrapolando o seu mero reconhecimento, patamar já afirmado em diversos estudos sobre nossa sociedade, os quais, em sua grande maioria, derivam em celebrações reificantes da produção cultural de diferentes grupos sociais, que folclorizam manifestações produzidas e reproduzidas no dia-a-dia das dinâmicas sociais e reduzem os valores simbólicos que dão coesão e sentido aos projetos e práticas sociais de inúmeras comunidades.

Queremos interferir nessa realidade transformando-a, propondo questões para reflexão que tangenciem a educação, tais como: de que modo reverteremos a histórica subordinação da diversidade cultural ao projeto de homogeneização que imperou – ou impera – nas políticas públicas, o qual teve na escola o espaço para consolidação e disseminação de explicações encobridoras da complexidade de que se constitui nossa sociedade? Como convencer os atores sociais de que a invisibilidade dessa diversidade é geradora de desigualdades sociais? Como promover cidadanias afirmadoras de suas identidades, compatíveis com a atual construção da cidadania brasileira, em um mundo tensionado entre plu-

ralidade e universalidade, entre o local e o global? Como transformar a pluralidade social presente no micro-espço da sala de aula em estímulo para rearranjos pedagógicos, curriculares e organizacionais, que compreendam a tensão gerada na sua positividade, a fim de ampliar e tornar mais complexo o diálogo entre realidades, perspectivas, concepções e projetos originados da produção da diversidade sociocultural? Como superar a invisibilidade institucionalizada das diferenças culturais, que valida avaliações sobre desempenho escolar de crianças, jovens e adultos sem considerar as suas realidades e pertencimentos sociais?

O impulso pela democratização e afirmação dos direitos humanos na sociedade brasileira atinge fortemente muitas das nossas instituições estatais, atreladas a projetos de estado-nação comprometidos com a anulação das diferenças culturais de grupos subordinados. Neste contexto, as diferenças culturais dos povos indígenas, afro-descendentes e de outros povos portadores de identidades específicas foram sistematicamente negadas, compreendidas pelo crivo da inferioridade e, desse modo, fadadas à assimilação pela matriz dominante.

A proposta é articular os atores sociais e gestores para que os desafios que foram postos estabeleçam novos campos conceituais e práticas de planejamento e gestão, renovadas pela valorização da diversidade sociocultural, que transformem radicalmente posições preconceituosas e discriminatórias.

Esperamos contribuir não só para difundir as bases conceituais para um renovado conhecimento da sociodiversidade dos povos indígenas no Brasil contemporâneo, como também para fornecer subsídios para o fortalecimento dos estudantes indígenas no espaço acadêmico e tornar mais complexo o conhecimento dos formadores sobre essa realidade e sobre as relações que se estabelecem no convívio com as diferenças culturais. Finalmente, esperamos que a sociedade aprofunde sua busca pela democracia com superação das desigualdades sociais.

Ricardo Henriques

Secretário de Educação Continuada, Alfabetização e
Diversidade do Ministério da Educação (Secad/MEC)

Nas trilhas das universidades: Direito Indígena e os direitos dos índios no Brasil

Vias dos Saberes é uma série de livros destinada a fornecer subsídios à formação dos estudantes indígenas em cursos de nível superior. Os textos visam agregar à experiência de cada um pontos de partida para a composição dos instrumentos necessários para aguçar a percepção quanto aos amplos desafios à sua frente, diante de metas que têm sido formuladas pelos seus povos, suas organizações e comunidades. Entre as metas estão: a da sustentabilidade em bases culturalmente diferenciadas, em face do Estado nacional, das coletividades indígenas no Brasil do século XXI; a da percepção de seus direitos e deveres como integrantes de coletividades indígenas e enquanto cidadãos brasileiros; a de uma visão ampla dos terrenos históricos sobre os quais caminharão como partícipes na construção de projetos variados de diferentes futuros, na qualidade de indígenas dotados de saberes técnico-científicos postos a serviço de seus povos, mas adquiridos por meio do sistema de Ensino Superior brasileiro, portanto, fora de suas tradições de conhecimentos.

A estas devemos agregar ainda duas outras metas fundamentais: a da consciência política da heterogeneidade das situações indígenas no Brasil, diante da qual se coloca a total impropriedade de modelos únicos para solucionar os problemas dos índios no país; e a da presença, em longa duração, que vem desde os alvares das conquistas das Américas, dos conhecimentos tradicionais indígenas em meio à construção dos saberes científicos ocidentais, não reconhecida e

não-remunerada, todavia, pelos mecanismos financeiros que movem o mundo capitalista contemporâneo, e sem qualquer valorização positiva que não beire o folclórico.

Num plano secundário, os volumes de *Vias dos Saberes* buscam também servir tanto à formação dos “formadores”, isto é dos docentes do sistema universitário brasileiro, quanto à dos estudantes não-indígenas, em geral bastante ignorantes da diversidade lingüística, dos modos de vida e das visões de mundo de povos de histórias tão distintas como os que habitam o Brasil e que compõem um patrimônio humano inigualável, ao menos para um mundo (Oxalá um dia o construamos assim!) que tenha por princípio elementar o respeito à diferença, o cultivo da diversidade, a polifonia de tradições e opiniões e que se pautem pela tolerância, como tantos preconizam no presente. Como denominador comum que aproxima os quase 220 povos indígenas – falantes de 180 línguas, com cerca de 734 mil indivíduos (0,4% da população brasileira) apontados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Censo de 2000, como “indígenas” – há a violência da colonização européia com suas variadas histórias, desde os mais crus episódios de guerras de dizimação e de epidemias – em períodos recuados da história desse nosso pedaço do continente americano – até as mais adocicadas formas de proteção engendradas pelo republicano (e colonialista) Estado brasileiro contemporâneo.

Os quatro volumes desta série foram especialmente pensados para atender aos debates em classes de aula – em cursos regulares ou em cursos concebidos, de forma específica, para os estudantes indígenas, como as licenciaturas interculturais – e às discussões em trabalhos de tutoria, grupos de estudos, classes de suplementação, cursos de extensão, além de muitos outros possíveis espaços de troca e de diálogo entre portadores de tradições culturais distintas, ainda que alguns deles – indígenas e não-indígenas – já tenham sido submetidos aos processos de homogeneização nacionalizante que marcam o sistema de ensino brasileiro de alto a baixo.

Se reconhecemos hoje, em textos de caráter primordialmente programático e em tom de crítica, que a realidade da vida social nos

Estados contemporâneos é a das diferenças socioculturais – ainda que estas se dêem em planos cognitivos muito distintos e em escalas também variadas de lugar para lugar – e que é preciso fazer do conflito de posições a matéria de um outro dia-a-dia, tenso e instável mas rico em vida e em possibilidades para um novo fazer escolar, na prática, estamos muito longe de “amar as divergências” e de construir as aproximações provisórias possíveis entre mundos simbólicos apartados. Que fique claro: não é apenas uma espécie de *mea culpa* bem-intencionada e posturas simpáticas e pueris que porão termo a práticas geradas por estruturas de dominação colonial de longo prazo, de produção da desigualdade a partir das diferenças socioculturais, estas consideradas como signo de inferioridade. Tal enunciação prescritiva da busca de “novas posturas” mal disfarça o exercício da violência (adocicada que seja), única caução de uma “verdade” também única e totalitária. É preciso ir bem mais adiante.

Estes livros – sobre a situação contemporânea dos povos indígenas no Brasil, seus direitos, suas línguas e a história de seus relacionamentos com o invasor europeu e a colonização brasileira – não se pretendem pioneiros em seus temas, já que são tributários de iniciativas importantes que os precedem. Mas por algumas razões marcam, sim, uma ruptura. Em primeiro lugar, dentre seus autores figuram indígenas comprometidos com as lutas de seus povos, pesquisadores nas áreas de conhecimento sobre as quais escrevem, caminhando nessas encruzilhadas de saberes em que se vão inventando os projetos de futuro dos povos autóctones das Américas. Em segundo lugar, inovam por referenciar-se às lutas indígenas pelo reconhecimento cotidiano de suas histórias diferenciadas e dos direitos próprios, bem como à luta contra o preconceito, as quais têm agora na arena universitária seu principal campo de batalhas. Em terceiro lugar, porque estes livros desejam abrir caminho para muitos outros textos que, portadores de intenções semelhantes, venham a discordar do que neles está escrito, e a retificar, a ampliar, a gerar reflexões acerca de cada situação específica, de cada povo específico, de modo que, se surgirem semelhanças nesse processo, sejam elas resultantes da comparação entre os diferentes modos de vida

e histórias específicas dos povos indígenas, e não do seu aniquilamento pela submissão dessa diversidade a uma idéia geral do que é ser um genérico “cidadão brasileiro”.

Finalmente, em quarto lugar e, sobretudo, por serem publicados pelo Governo Federal e distribuídos amplamente no país, espera-se ainda que esses livros abram novas trilhas a conhecimentos essenciais – hoje enclausurados nos “cofres” das universidades – a um importante e crescente número de estudantes indígenas, de modo que eles possam recombina-los em soluções próprias, singulares, inovadoras, fruto de suas próprias pesquisas e ideologias. Assim, talvez pela preservação da diferença em meio à universalidade e pela busca da ruptura com os efeitos de poder totalitário de saberes dominantes e segregadores, vivique-se a idéia da *universidade*, em seu sentido mais original e denso, livre das constrações amesquinhadoras com as quais a sua apropriação tem sido brindada por projetos de Estado. Quem sabe aí a tão atual e propalada “inclusão dos menos favorecidos” venha a perder o risco de ser, para os povos indígenas, mais um projeto massificante e etnocida, e se possa reconhecer e purgar que muitas desigualdades se instauram na história a partir da invasão e das conquistas dos diferentes.

*

O volume *Povos Indígenas e a Lei dos “Branco”*: o direito à diferença, concebido, dirigido e editado, e em grande medida escrito por Ana Valéria Araújo, conta com a participação dos indígenas advogados brasileiros Joênia Batista de Carvalho – Wapixana, Paulo Celso de Oliveira – Pankararu, Lúcia Fernanda Jófej – Kaingang, Vilmar Martins Moura Guarany e do indígena estadunidense S. James Anaya, jurista de grande projeção e presença no cenário norte-americano e internacional, especializado nos direitos dos povos indígenas, reúne pela primeira vez as contribuições de profissionais indígenas da área do direito, aportando as visões próprias daqueles que foram treinados para operar o ordenamento político brasileiro, mas que são portadores também da singular experiência de vida de serem integrantes de povos indígenas autóctones

das Américas. No registro de que partem esses autores já está presente um dos pontos principais dessa contribuição ao debate acerca dos direitos indígenas no Brasil: o da encruzilhada entre os direitos comuns a todo cidadão brasileiro e os que são específicos aos povos originários, e da tensa presença desses direitos em um sistema único que, desde a Constituição de 1988, se pretende sensível à diversidade.

Ao recorrer à história que se desdobra desde o período colonial e que nos mostra, dentre outras coisas, como a presença indígena na esfera pública brasileira mudou a sua face no que tange aos problemas étnicos, com importantes repercussões para muitos outros segmentos da população brasileira, o livro não pára por aí. Lança-nos, isto sim, ao cenário atual, confrontando-nos, em relação a esses direitos, com o que tem sido respeitado e com o que não tem sido aplicado e (re)formulado no cotidiano dos tribunais ou na formulação e na execução das políticas de governo. Mostra-nos ainda as lacunas existentes na invenção jurídica, amplo campo de diálogo entre o movimento indígena, os indígenas operadores do direito, os juristas brasileiros e a formação jurídica oferecida pelo sistema universitário brasileiro. Se para os estudantes indígenas este é um texto de fundamental importância pelo mapeamento que oferece do emaranhado de picadas que têm sido abertas na luta por um país menos desigual, mais tolerante e plural, para o cidadão brasileiro é uma chance sem-par de se redimir da ignorância quanto ao lugar de alguns dos diversos mundos sociais que habitam esse mesmo país que mal os tem no mapa em nosso sistema de ensino tradicional, uma nova possibilidade de reinventar uma nacionalidade e o seu pertencimento a ela.

Antonio Carlos de Souza Lima

LACED / Departamento de Antropologia

Museu Nacional / UFRJ

Introdução

O objetivo deste livro é levar aos estudantes indígenas e ao público em geral a discussão sobre os direitos indígenas no Brasil. Propomos uma análise não apenas dos direitos específicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, mas também uma reflexão comparativa a partir dos direitos garantidos a todos os brasileiros. A idéia é, por exemplo, perceber os direitos do cidadão indígena, detentor dos direitos de cidadania garantidos a todos os brasileiros, como integrante, ao mesmo tempo, de um determinado povo com direitos específicos e necessidades especiais. Estes dois universos implicam a necessidade de compatibilizar interesses muitas vezes diferenciados dentro de um sistema único que precisa ser capaz de compreender a diversidade e ajustar-se a ela.

Para tanto, optamos por proceder à análise dos direitos indígenas em vários níveis, os quais determinam a divisão em “partes” que se segue. A primeira parte busca traçar um panorama da história do reconhecimento dos direitos indígenas no país, fazendo uma rápida retrospectiva que começa no Brasil Colônia e vem até os dias de hoje. Com isso, é possível verificar a evolução do ordenamento jurídico e do processo de reconhecimento dos direitos indígenas ao longo dos anos, o que facilita a compreensão da origem de muitos dos conflitos ainda hoje pendentes. É possível também perceber como os índios e suas organizações passaram da condição de sujeitos inexistentes a protagonistas do cenário indígena nacional, o que modificou consideravelmente o contexto em que vivem e a sua capacidade de interferir em defesa dos seus próprios interesses e direitos.

A segunda parte prende-se a uma análise do direito indígena aplicado, permitindo uma visão do atual estado da arte relativo a estes direitos. Faz-se uma comparação entre o que está hoje em vigor e o que seria idealmente pretendido, ou ainda aquilo que é efetivamente aplicado na construção de políticas públicas ou, de outro modo, posto por nossos tribunais na solução de conflitos. Pretende-se determinar como tudo isso reflete (ou não) as demandas e as expectativas dos próprios índios e quais são os desafios colocados à frente.

Os textos desta segunda parte irão focar o ordenamento jurídico brasileiro pela ótica de situações e de direitos específicos que se cruzam e às vezes não se harmonizam *a priori* com os interesses dos índios, promovendo a sua análise à luz do direito à igualdade, considerando inclusive a visão de igualdade substantiva e real própria do direito contemporâneo, o qual consagrou a necessidade de observação e respeito às especificidades e às diferenças de indivíduos e grupos sociais. No direito brasileiro, esta visão do direito à igualdade consolidou-se com o advento da Constituição de 1988, que trouxe capítulos específicos dedicados às crianças, às mulheres, aos negros, aos índios, dentre outros. Por isso mesmo, trata-se de discutir a legislação vigente, sua aplicação prática, bem como eventuais lacunas na proteção dos direitos indígenas, tendo também por base as duas vertentes que compõem a moderna concepção da igualdade, ou seja, a existência de medidas de combate e repressão à discriminação, aliadas a medidas compensatórias que promovam e estimulem, por meio da tolerância à diversidade, a inclusão de indivíduos e grupos vulneráveis nos diversos processos sociais.

A terceira parte seguirá na mesma linha, fazendo porém uma incursão mais profunda em temas fundamentais para os direitos indígenas, desta feita a partir da visão original de advogados indígenas. Reúne ensaios inéditos produzidos por quatro dos mais competentes advogados indígenas que atuam no Brasil em defesa desses direitos, em nome de povos e/ou de organizações indígenas, além de um ensaio de autoria de um advogado indígena nos Estados Unidos, especializado em questões de direitos indígenas internacionais. Além de professor universitário, ele

tem atuado na defesa dos direitos de vários povos indígenas nos tribunais americanos e perante fóruns internacionais.

É a primeira vez que se reúnem advogados indígenas para escrever sobre temas jurídicos que dizem respeito às suas vidas e à vida de seus povos. A idéia de contar com a contribuição dos advogados indígenas veio da necessidade de percebermos temas de grande complexidade jurídica pela ótica dos próprios índios, o que é absolutamente fundamental quando estamos tratando de um direito que se propõe a dar conta das diversas formas de ver e de pensar, características da imensa diversidade cultural existente em nosso país. No caso, os advogados indígenas encarregados dos ensaios autorais agregam à sua sensibilidade diferenciada o fato de paralelamente terem sido treinados para operar o Direito e interpretar o ordenamento jurídico brasileiro e internacional, o que lhes permite uma compreensão absolutamente peculiar do modo como é possível (ou não) garantir, por mecanismos jurídicos, a proteção de nossa diversidade cultural.

É certo que não temos a pretensão de esgotar o assunto ou de apresentá-lo a partir de todas as óticas possíveis. Esta publicação pretende tão somente contribuir para o debate sobre os direitos indígenas no país, agregando, de maneira singular, novos pontos de vista. Com isso, buscamos reduzir o enfoque distorcido de que o tema muitas vezes é alvo, decorrente quase sempre da falta de informações e da dificuldade de entendimento dos conceitos de direito indígena e suas sutilezas, bem como da relevância da questão indígena no contexto brasileiro.

*

Quero registrar o meu agradecimento a Antonio Carlos de Souza Lima pelo apoio na concepção desta publicação e pelo oferecimento de idéias sempre muito criativas, que refletem o seu compromisso para com os índios e a sua disposição permanente de aprimorar a análise sobre as relações desses povos com a sociedade brasileira. Agradeço imensamente também a Sergio Leitão, que ajudou a desenhar a própria idéia do livro, a pensá-lo em cada detalhe, a revisar e a editar todos os textos.

Agradeço ainda a colaboração dos advogados indígenas que concordaram em participar, enriquecendo muitíssimo este trabalho: Lúcia Fernanda Jófej – Kaingang, Joênia Batista de Carvalho – Wapixana, Paulo Celso de Oliveira – Pankararu, Vilmar Martins Moura Guarany e S. James Anaya, amigo de longa data. Todos abraçaram o projeto e se propuseram a partilhar suas visões e experiências, apesar de suas agendas corridas, abarrotadas de tantas outras tarefas e de uma falta absoluta de tempo. Por fim, agradeço a Carlos Marés, mestre e inspiração.

Este trabalho é o resultado do que tenho aprendido ao longo dos anos de convívio com povos indígenas, cujas visões diferenciadas de mundo me fizeram compreender que o verdadeiro processo civilizatório é o que assegura o direito à diferença e celebra a diversidade.

Ana Valéria Araújo

São Paulo, abril de 2006

Caiapós entregam cocar e sugestões a Ulysses

Telêfoto de Sérgio Marques

BRASÍLIA — Cerca de 60 índios caiapós que vivem no Sul do Pará, estiveram ontem no Congresso para entregar ao Presidente da Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, propostas de alterações no Capítulo que trata dos direitos e das terras indígenas. Os caiapós o presentearam com um cocar de penas vermelhas e ouviram dele o compromisso de que a Assembléia vai buscar "fazer justiça" nas questões relacionadas com as comunidades indígenas.

Para receber os caiapós, que o aguardavam no Salão Verde com suas roupas de guerra, Ulysses quebrou um costume, saindo do plenário no meio da sessão, acompanhado por todos os líderes. Um nome da tribo, paião do chefe Necramotire Krokoti, que apresentou Ulysses e pediu que a Constituinte respeite a terra e a cultura do índio.

O Deputado disse-lhes estar emocionado com a homenagem, acrescentando que as portas de seu gabinete estão abertas para que os índios apresentem sugestões.

Queremos fazer justiça aos nossos ancestrais, às nossas origens — afirmou o Presidente da Constituinte.

Antes de saírem do Congresso, os caiapós festejaram com a "Dança da Decisão". Segundo Krokoti, trata-se de um ritual da tribo repetido antigamente na época do plantio para assegurar uma boa colheita. De mãos dadas e emfileirados, os índios dançaram a volta pelas corredores da Câmara dos Deputados, aplaudidos por parlamentares e funcionários.

A principal reivindicação dos caiapós é a supressão do artigo 271 do Projeto de Constituição, que discrimina os índios e seus descendentes, retirando-lhes a proteção constitucional. Querem também incluir um dispositivo que impeça a exploração de recursos minerais em terras indígenas.



De pé e enrolado na Bandeira Nacional, o chefe caiapo aguarda Ulysses

Brasília — Gilberto Alves



FORÇA DE PAJE — Raoni garante que a pajelança funcionou: a Constituinte aprovou o capítulo que amplia os direitos dos índios. Pág.



Parte 1

Direitos indígenas no Brasil – breve relato de sua evolução histórica

Índios terão sete milhões de hectares demarcados

Presidente da Funai, Romeu Filho, anunciou ontem a demarcação de mais sete milhões de hectares de terras indígenas, duas no Amazonas e demais no Território Roraima. A demarcação das áreas compreende a área total de 2.556.000 hectares beneficiará cerca de seis mil índios. Agora os índios brasileiros têm assegurados mais sete milhões de hectares de

terras, fronteira do Brasil com a Colômbia e habitada pelos grupos indígenas Tapuia, Arapáso, Tukano, Maku, Kobewa, Baniwa, Desáno, Warekena e Baré.

Também foram beneficiados grupos que ficam em Roraima, nas áreas indígenas de Canaúnam, Barata/Livramento, Boqueirão, Malacacheta e Tabalascada.

GARANTIA

Este mês, com o anúncio da demarcação da área total de 2,5 milhões de hectares, somadas a estas áreas, temos mais de dez milhões de hectares de terras indígenas no Brasil. Segundo o presidente da Funai, Romeu Filho, fala o presidente da Funai, lembrando a importância da terra ao índio brasileiro.

As áreas garantidas em Taracó e Yauareté, sítio na Cabeça do Cahcor-

O governo José Sarney já garantiu, até agora aos 220.000 índios brasileiros, 34.099.482 hectares de terras demarcadas distribuídas em 135 áreas indígenas, o que corresponde a 5,4 por cento do território nacional, no período compreendido entre 1985 a setembro de 1988 número bastante superior às 91 áreas demarcadas de 1910 a 1984, num total de 12.118.840 hectares.

Com isso sobem para 226 o número de áreas demarcadas,

num total de 46.218.322 hectares, restando apenas 24 milhões de hectares para serem demarcados, correspondendo a menos de 10 por cento da área pretendida pelos grupos indígenas.

O presidente da Funai, Romeu Filho, anunciou ontem a demarcação de mais sete milhões de hectares de terras indígenas, duas no Amazonas e demais no Território Roraima. A demarcação compreende a área total de 2.556.000 hectares beneficiará cerca de seis mil índios. Agora os índios brasileiros têm assegurados mais sete milhões de hectares de

Já a homologação de terras indígenas Araribóia/AM com 450.288 hectares; Waimã/PA, com 300 hectares; Waiãpi/AP, com 200 hectares; e Juma/AP, com 100 hectares terão definitivamente a demarcação de ocupação.

Reunidos na Câmara, índios se impacientam com indecisão

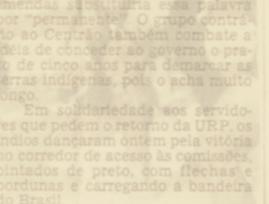
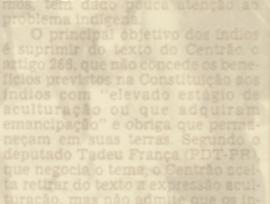
Índio fica bravo com os constituintes e imprensa

BRASILIA AGENCIA ESTADO

Foram transferidas para hoje as negociações sobre o Capítulo VIII da Constituição referente aos índios o último a ser votado no texto

Índios que não vivam permanentemente em suas terras também poderão ganhar os benefícios adquiridos. França resiste a dificuldade de acordo e prefere que o tema só seja votado na terra-terra porque hoje em sua opinião o plenário está

Trechos das Partes 1 e 2 deste livro foram adaptados a partir de textos da autora intitulados "Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento", publicado in RICARDO, Fany (org.). *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza – o desafio das sobreposições*. 2004. São Paulo, Instituto Socioambiental; e "Os Povos Indígenas no Brasil sob a Perspectiva do Princípio da Igualdade Étnico-Racial", publicado in PIOVESAN, Flávia (org.). *Saneamento da Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. 2006. Brasília: SEPP/IR.



1.1 Povos Indígenas no Brasil de hoje

O Brasil não tem ainda uma estimativa precisa sobre a população indígena em seu território. Como até hoje nunca se fez um censo indígena, as contagens variam e oscilam na medida em que se baseiam em informações de diferentes e heterogêneas fontes.¹ Em todas as hipóteses, entretanto, trata-se de uma população proporcionalmente pequena, se comparada à totalidade da população nacional.² Para efeitos desta publicação, estaremos considerando os números utilizados pela FUNAI, que informa existirem hoje no Brasil 215 povos indígenas, com uma população de aproximadamente 345 mil índios, o que representa cerca de 0,2% da população nacional. De acordo com a FUNAI, estes números referem-se somente aos índios que vivem em aldeias, estimando-se a existência de cerca de 100 a 190 mil outros vivendo fora de terras indígenas, inclusive em cidades, enquanto há ainda indícios de mais ou menos 53 grupos sem qualquer contato com a sociedade (isolados), fora aqueles que começam a reivindicar a condição de indígenas (denominados “emergentes” ou “resistentes”).

Por outro lado, uma coisa é bastante certa: a diversidade sociocultural dos índios no Brasil é enorme. Falam cerca de 180 línguas distintas do idioma oficial, com usos, costumes e tradições diferenciadas, isso sem mencionar o imenso patrimônio ambiental abrigado em suas terras, que oferece possibilidades de garantir um desenvolvimento sustentável, em especial na Amazônia brasileira.

Até o momento, foram reconhecidas 582 terras indígenas em território nacional. A extensão total dessas terras alcança 108.429.222 hectares, o que equivale a 12,54% de todo o território brasileiro. Vale notar ainda que a maior parte dessas terras está localizada na Amazônia. São 405 terras indígenas na chamada Amazônia Legal, somando 103.483.167 hectares, ou seja, praticamente 99% do total da extensão das terras indígenas do país concentram-se nessa região, sendo que ali vivem aproximadamente 60% da população indígena do país. Os outros 40%, portanto, vivem espremidos no pouco mais que 1% restante de terras, espalhadas ao longo das regiões Nordeste, Sudeste, Sul e do

estado do Mato Grosso do Sul.³ As terras indígenas fora da Amazônia, em geral, são áreas diminutas e maciçamente povoadas, palco de constantes conflitos entre índios e não-índios e de inúmeros problemas resultantes de um inchamento populacional.

Os direitos dos povos indígenas, hoje fundamentados na Constituição brasileira, foram sendo conquistados e amadurecidos no curso de uma história nem sempre justa ou generosa que, por muito tempo, sequer permitiu aos índios se fazerem ouvir. Este panorama vai sendo pouco a pouco modificado para dar lugar a um protagonismo exercido hoje amplamente pelos povos indígenas e suas organizações que, junto a outros setores da sociedade que sempre os apoiaram, têm buscado mais e mais colocar a lei em prática para conseguirem encontrar, para além do formalismo de nossas instituições e suas normas, as soluções para a implantação de seus direitos e para a garantia da viabilidade de seus projetos de futuro.

1.2 Colonização portuguesa e a origem do caos

Como se sabe, nos idos de 1500, Portugal considerou todo o território brasileiro como parte integrante do seu domínio. Em razão disso, durante praticamente os dois primeiros séculos da história do Brasil, não foram feitas sequer considerações sobre a necessidade de se assegurarem aos povos indígenas quaisquer direitos territoriais. Eram os tempos das tão arrojadas quanto arrogantes “conquistas”, em que simplesmente não se cogitava dar aos “conquistados” nenhum direito. Só com o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 é que Portugal reconheceu que se deveria respeitar a posse dos índios sobre suas terras, por serem eles os seus primeiros ocupantes e donos naturais.

Infelizmente, esse Alvará foi muito pouco respeitado, visto que as terras indígenas tornaram-se objeto de um continuado e sistemático processo de esbulho por parte dos colonos que, muitas vezes, contavam com o apoio explícito – senão com o estímulo – das autoridades da época ou, ao menos, com a sua omissão. Um exemplo desse apoio ex-

público foi a edição da Carta Régia de 02/12/1808, que declarava como devolutas as terras que fossem “conquistadas” dos índios nas chamadas “Guerras Justas”,⁴ intentadas pelo governo português contra os povos indígenas que não se submeteram ao seu domínio no Brasil. A condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a Coroa Portuguesa quisesse, já que por terra devoluta pressupunha-se uma terra de domínio público sem nenhuma destinação específica. A praxe de considerar as terras que eram tomadas aos índios como devolutas fez escola em nosso país e explica, em grande parte, muitos dos conflitos que se prolongam até hoje.

Podemos dizer que todas as demais tentativas da Coroa de ordenar a ocupação territorial indígena serviram muito mais como uma forma de segregar os índios em espaços territoriais ínfimos, liberando grandes extensões de suas terras de ocupação tradicional para o processo de colonização. Foi o caso do que se chamou “aldeamento”: destinação de áreas onde eram reunidas comunidades indígenas sob a administração de ordens religiosas (especialmente de jesuítas) e que seguiam o chamado Regimento das Missões, de 1686, visando em especial facilitar o trabalho de assistência religiosa, ou catequese. Ao aldeamento sucedeu o chamado “Diretório dos Índios”, criado pelo Marquês de Pombal em 1757 e extinto em 1798, marcando o processo de secularização dos aldeamentos com o início da sua administração por laicos.

Começa nessa época uma prática que vai perdurar durante o Império e também por boa parte da nossa história republicana, cuja tônica estava em confinar os índios em pequenas extensões de terras, não raro limitadas ao entorno de suas aldeias, e com pouca preocupação com a manutenção das condições necessárias à sua reprodução sociocultural. Esta política, associada à praxe de transformar todos os demais espaços em terras devolutas sobre as quais se permitia a titulação a terceiros, vai gerar o caos fundiário, de fato e de direito, no qual os índios se viram envolvidos.

Basta ver que, no período do Império, a chamada Lei de Terras, de 1850 – a primeira lei que tratou de regulamentar a propriedade privada no território brasileiro – assegurou o direito territorial dos índios,

reservando terras para a sua colonização. Isso, segundo Carlos Marés, “era na verdade a reafirmação do indigenato” (1998:128), instituto do período colonial que reconhecia os índios como os primeiros e naturais senhores da terra.

Entretanto, logo depois, o mesmo Império tratou de criar outra regra que permitisse desviá-lo do respeito aos direitos que ele pretendia garantir: foram expedidas instruções que consideravam como devolutas as terras das aldeias que tivessem sido abandonadas pelos índios. De fato, isso gerou novas práticas nocivas, pois os presidentes de províncias passaram a simplesmente atestar que terras indígenas haviam sido abandonadas pelos índios, sem que isso necessariamente correspondesse à realidade. Tudo com vistas a facilitar o processo de titulação das terras para terceiros, agravando o quadro de esbulho aos direitos dos índios.

Na mesma linha dos atestados de abandono de terras, surgiram mais tarde as “certidões negativas” expedidas pelo SPI e, até hoje, pela própria FUNAI, que consistem em atestar a priori, a pedido de um particular ou quem mais for interessado, que uma dada terra não é terra indígena. É preciso que se diga que muitos abusos foram cometidos em nome de tais certidões negativas, gerando para os índios, em alguns casos e ainda hoje, a tarefa descomunal de ter que provar que existem ou que sempre estiveram lá.

1.3 Terras indígenas na primeira fase da República

A forma republicana tomaria conta do Brasil no momento em que praticamente todas as terras existentes estavam vinculadas ao poder central. Naqueles tempos, as províncias não dispunham de nenhuma autonomia. Em razão disso, surge o disposto no artigo 64 da Constituição de 1891 (a primeira Constituição da República), que transfere aos estados as terras devolutas situadas em seus territórios.

Pois bem, como muitas das terras ocupadas pelos índios haviam sido consideradas devolutas durante os períodos colonial e imperial, os estados imediatamente passaram a delas se assenhorear, agravando bastan-

te o processo de grilagem em curso sobre as terras indígenas. Exemplo disso ocorreu quando o estado do Amazonas concedeu a particulares boa parte das terras ocupadas pelos índios Ticuna com base no mencionado artigo 64. A concessão se dava a partir de um regulamento elaborado para incorporar as terras devolutas ao patrimônio estadual e que exigia uma série de providências que certamente não foram realizadas devido à sua complexidade diante das condições da época – como medições e vistorias *in loco*. Tais providências, se tivessem sido implementadas, teriam constatado a presença de inúmeras comunidades indígenas e provavelmente evitado os conflitos surgidos a partir daí.

Embora a Constituição de 1891 excepcionasse as terras situadas na faixa de fronteira daquelas que seriam transferidas aos estados, estes fizeram pouco caso da exceção e expediram inúmeros títulos incidentes sobre terras indígenas naquelas regiões. Datam dessa época títulos indevidamente conferidos sobre as terras dos índios Guarani-Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, como também as primeiras invasões na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, quando Roraima ainda integrava o estado do Amazonas.

Há que se dizer que a Constituição de 1891 não fazia qualquer menção aos índios ou aos seus direitos territoriais. Isto explica, por exemplo, porque o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), que surgiu em 1910, não tinha poderes para reconhecer as terras indígenas. O governo federal só demarcava terras indígenas após entendimentos com os governos estaduais e municipais. Tal situação continuou praticamente inalterada até os anos 60, em que pesem as Constituições de 34, 37 e 46 terem trazido dispositivos reconhecendo a posse dos índios sobre as terras por eles ocupadas.

A prática de discutir as demarcações de terras indígenas com os governos de estados e de municípios agravou a política de confinamento anteriormente mencionada. As terras indígenas eram geralmente demarcadas em extensão diminuta, liberando-se o que estava em volta para que os governos pudessem titular. Como exemplo, pode-se uma vez mais mencionar o caso dos Guarani-Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, que foram alvo intenso da política de aldeamento do SPI, por meio da qual diversas comunidades foram sendo agrupadas em uma única aldeia, liberando-se as terras das demais para titulação a terceiros.

Os índios, sem condições de preservarem os seus sistemas tradicionais de vida, tornavam-se mão-de-obra barata para as fazendas que passaram a tomar conta da região ao sul do Mato Grosso do Sul. De certo modo, os Kaiowá sujeitaram-se a isso durante muito tempo, como forma de se manterem ligados aos seus territórios tradicionais (os tekoha). Tal quadro, em geral, durava somente enquanto interessava aos fazendeiros. Num segundo momento, estes mesmos fazendeiros passaram a ver os índios como invasores e, não raro, foram ao Judiciário para obter ordens de despejo sob a alegação de “esbulho à propriedade privada”. Comunidades inteiras foram de fato despejadas por ordem de juízes locais. Só depois da Constituição de 1988 é que tal situação começou a ser revista e alguns dos muitos problemas criados nessa época foram atenuados.

1.4 Parque do Xingu: exceção e novo paradigma

A criação do Parque Nacional do Xingu em 1961, no governo do Presidente Jânio Quadros, veio quebrar o modelo até então vigente de demarcação das terras indígenas.⁵ Fruto de uma luta iniciada ainda nos anos 50 e da qual participaram diversas personalidades, como Darcy Ribeiro e os irmãos Villas-Boas, o Parque tinha como fundamento de sua criação a necessidade de se preservarem as condições em que viviam diversos povos indígenas da região do Xingu, incluindo o seu meio ambiente. Criava-se assim uma figura que iria inspirar um novo paradigma nos anos 80, quando o conceito de terra indígena passaria a incorporar outros elementos visando à reprodução sociocultural dos povos indígenas. Naquele momento, tratava-se, como diziam os próprios defensores da criação do Parque, de preservar um pedaço do “Brasil prístino”, onde os índios ainda mantinham as suas culturas de forma harmoniosa com a natureza e longe da influência do chamado mundo civilizado.

É interessante notar que a proposta de criação do Parque tomava emprestado o formato adotado para a proteção da natureza (parque nacional), que naquele momento começava a ser implantado no Brasil e que, por sua vez, se inspirava no modelo americano. Além disso, o Parque do

Xingu rompia com a visão predominante desde o final do século XIX: a de que os índios eram seres fadados à extinção, na medida em que deveriam evoluir e perder a sua condição de índios, sendo definitivamente assimilados pela sociedade envolvente. Embora a legislação nesse momento ainda servisse de base para a assim chamada política assimilacionista, o Parque do Xingu foi pensado para ser uma exceção a esta política e ao próprio modelo de integração dos índios. Os índios do Xingu deveriam viver no Parque sob um forte aparato estatal de proteção, o que lhes garantiria, pelo menos em tese, a manutenção de suas formas de vida intactas.

Registre-se que entre a proposta original de criação e o decreto que afinal o criou, o Parque perdeu mais da metade da área inicialmente proposta, tendo sido excluídas, por exemplo, todas as nascentes dos rios que banham as suas terras. Os índios que ocupam o Parque vêm desde a sua criação lutando para recuperar as áreas que foram deixadas de fora, já tendo obtido diversas vitórias, em que pesem as sérias ameaças que a sustentabilidade ambiental do Parque hoje sofre em razão da exploração desordenada do seu entorno. Anos depois da sua criação, o Parque Nacional do Xingu foi renomeado Parque Indígena do Xingu.

1.5 O governo militar e as terras indígenas

O período de governos militares que se iniciou em 1964 e durou até 1985, com o final do mandato do ex-Presidente João Batista Figueiredo, no plano legal e político trouxe uma série de medidas importantes para a questão indígena, apesar da forma distorcida com que foram aplicadas. Registre-se que, embora o período tenha se encerrado em meados da década de 80, a influência militar sobre a questão indígena se faz sentir até hoje, tendo sido particularmente intensa durante o primeiro governo civil, que marca o início do processo de redemocratização do país com o então Presidente José Sarney, quando os militares ainda tinham amplo controle sobre as demarcações de terras, especialmente na Amazônia.

A primeira medida importante se deu no plano da formulação de novas leis, consubstanciadas em dispositivos inovadores da Constitui-

ção de 1967 e da chamada Emenda Constitucional nº 1/69, que alterou profundamente a Constituição de 1967 a ponto de se tornar de fato uma outra Constituição e ser chamada por muitos de “Constituição de 1969”. Pois bem, a maior inovação constituiu em incluir no texto constitucional um dispositivo que declarava as terras indígenas como parte do patrimônio da União, o que afastava, pelo menos no plano formal, o processo de esbulho que vinha sendo praticado pelos estados, além de centralizar a questão indígena na esfera federal.

Em segundo lugar, era expressamente reconhecido aos índios o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes em suas terras, dando-lhes a possibilidade de disporem de instrumentos jurídicos para lutar contra o desrespeito ao seu meio ambiente levado a cabo por fazendeiros, empresas mineradoras, órgãos governamentais etc. Isso era, aliás, inédito no que se referia às Constituições até então.

Por fim, no que foi talvez a sua mais profunda inovação, a Constituição de 1969, nos parágrafos 1º e 2º do seu artigo 198, declarava a nulidade e a extinção dos atos que incidissem sobre a posse das terras indígenas, excluindo qualquer direito à indenização. Com isso, afastava completamente a alegação de que os novos proprietários estariam protegidos pelo chamado direito adquirido, ou seja, que os atos seriam imutáveis por terem sido realizados com base em normas jurídicas então válidas. Isso impediria, por exemplo, que o estado do Amazonas pudesse salvaguardar a titulação que realizou sobre as terras indígenas, invocando lei em vigor ou mesmo o argumento das situações já juridicamente consolidadas. Assim, o proprietário de um título de terra incidente sobre uma terra indígena não poderia impedir a sua demarcação, ou muito menos pretender ser indenizado em decorrência dela.

Como se pode imaginar, este dispositivo foi alvo de intensa polêmica, não faltando quem o criticasse como um atentado à propriedade privada. É digno de nota, por exemplo, a declaração do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cordeiro Guerra, durante um julgamento: “o que está dito no artigo 198 é mais ou menos o que está dito no artigo 1º do primeiro decreto bolchevique: Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário”. Manifestações deste tipo ob-

viamente não traduziam qualquer discussão jurídica sobre o tema, mas apenas demonstravam a profunda oposição que um tratamento justo para os índios despertava em setores do Judiciário brasileiro.

1.6 A FUNAI e o Estatuto do Índio

Infelizmente, apesar das mudanças constitucionais, no plano político a situação da questão indígena permanecia extremamente delicada. No final da década de 60, o SPI enfrentou uma avalanche de denúncias sobre irregularidades administrativas, corrupção, gestão fraudulenta do patrimônio indígena, em especial dos recursos naturais das terras indígenas. Em função disso, o governo federal prometeu esclarecer as denúncias, punir os culpados e criar um novo órgão que faria tudo de modo diferente. De concreto, porém, fez muito pouco. Acabou por extinguir o SPI em 1967, anunciando a criação de um novo órgão para centralizar a prestação de serviços aos povos indígenas. É aí que surge a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com competência para exercer o papel de tutor dos índios e, dentre outras funções, “garantir a posse permanente” das terras habitadas pelos índios e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes.

Na prática, porém, a FUNAI ergueu-se sobre os escombros do SPI, aproveitando inclusive a sua estrutura de pessoal, recursos etc. Em outras palavras, um pouco mais do mesmo! Se algo de novo havia, quando aparecia, vinha na forma de funcionários sem nenhuma experiência de trabalho com os índios, provenientes de outros órgãos que, funcionando em Brasília, estavam sendo transferidos para outras partes do país. Foi o caso, por exemplo, de muitos que trabalhavam no Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), que estava sendo deslocado para o estado do Ceará – o funcionário que queria escapar da transferência tinha a FUNAI como tábua de salvação.

Fora isso, na tentativa de conter a onda de críticas que recaíam sobre a sua política indigenista em função dos desmandos no SPI, o governo federal comprometeu-se a elaborar uma nova legislação para os índios.

Isto só viria a se concretizar em 1973, quando entrou em vigor a Lei 6.001, o Estatuto do Índio, até hoje não revogado.

Baseado numa concepção que em nada se diferenciava daquela que existia desde o início da colonização, o Estatuto do Índio anunciava o seu propósito logo no primeiro artigo: “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”. Em outras palavras, 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 a sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição.

Boa parte do Estatuto é dedicada ao tema das terras indígenas, as quais se subdividem, nesta lei, em três categorias: Terras Ocupadas Tradicionalmente, Terras Reservadas e Terras de Domínio dos Índios. O conceito de Terras Ocupadas Tradicionalmente pelos índios advinha dos termos das Constituições de 1967 e 1969. Já as Terras Reservadas seriam aquelas destinadas para os índios pela União em qualquer parte do território nacional, com o fim de permitir a sua posse e ocupação, ficando expressamente consignado na lei que estas não se confundiam com a figura jurídica das terras tradicionais. Isso pressupunha, por exemplo, dependendo do caso, a necessidade de serem indenizados os donos dos eventuais títulos incidentes sobre uma terra que viesse a ser reservada para os índios.

Por fim, as Terras de Domínio dos Índios seriam aquelas obtidas pelos meios normais de aquisição, como a compra e a venda, por exemplo. Mas o Estatuto previa que os índios poderiam também adquirir terras por meio do instituto da usucapião que, neste caso, poderia ocorrer quando os índios ocupassem como sendo seu, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a 50 hectares, excluída logicamente, uma vez mais, a ocupação sobre terras tradicionais.

No que se refere às Reservas Indígenas, o Estatuto prevê que poderiam se organizar sob diferentes modalidades, entre as quais a Reserva propriamente dita, nos moldes acima explicitados, o Parque Indígena, a Colônia Agrícola Indígena e o Território Federal Indígena. O Território

seria uma unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população fosse formado por índios. Embora a sua aplicação seja possível em algumas regiões do estado do Amazonas, inclusive nos dias de hoje, e no próprio estado de Roraima ao tempo em que ainda não havia adquirido este *status* político, nenhum Território Federal Indígena foi jamais criado.

Já a figura da Colônia Agrícola Indígena refere-se à área destinada à exploração agropecuária, administrada pela FUNAI, onde se permitiria o convívio entre povos indígenas tidos como “integrados” e não-índios. Seria uma espécie de terra mista, concebida para acomodar os interesses conflitantes em diversas situações, nas quais a reivindicação dos índios pela demarcação das suas terras tradicionais esbarrasse no antagonismo daqueles que a ocupavam de forma ilegal há vários anos. O seu uso chegou a ser cogitado para solucionar conflitos entre índios e posseiros no Nordeste, como no caso da Terra Indígena Tapeba, no estado do Ceará. Mas também nunca chegou a ser implantada. Hoje, ainda que o Estatuto não esteja formalmente revogado, o conceito de “índios integrados” foi totalmente superado pela Constituição de 88, sendo certo, portanto, que a figura da Colônia Agrícola não tem mais qualquer aplicação.

A modalidade Parque Indígena é concebida nessa lei de forma complexa e confusa. Conforme o Estatuto, seria a “área contida em terra na posse dos índios”, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as “belezas naturais da região”, onde seria permitido ainda que a FUNAI e outros órgãos da União pudessem prestar aos índios que lá vivessem assistência educacional, econômica e sanitária. A pergunta que se faz é se poderia haver um Parque Indígena dentro de uma terra tradicional, já que a expressão “área contida em terra na posse dos índios” dá margem a esta interpretação. No mais, a figura inspirou-se certamente no modelo de criação do então Parque Nacional do Xingu, merecendo destaque a clara menção à questão da preservação do meio ambiente. Até hoje, porém, tampouco se criou um Parque Indígena com base no Estatuto.

A figura da Reserva Indígena em seu aspecto mais amplo voltou a ser objeto de discussão em tempos mais recentes, sendo vista como um instrumento para solucionar casos em que a demarcação de terras para

os índios esbarra em enormes dificuldades, como o longo tempo que se passou desde a expulsão das comunidades de suas posses, o que dificulta a caracterização da sua ocupação tradicional. Nesses casos, em geral, há grandes conflitos suscitados em função da presença de posseiros e/ou de fazendeiros no interior da terra, não raro secundados por uma disputa no Judiciário que faz o assunto virar uma pendência quase infinita.

Porém, a adoção da figura da Reserva encontra forte resistência devido ao temor de alguns setores de que, com isso, estar-se-ia abrindo uma porta para suavizar a aplicação da figura da terra tradicional. Tanto é que em situações em que se chegou a desapropriar terras para serem concedidas aos índios, como no caso da Terra Indígena Bracuí, no Rio de Janeiro, de ocupação dos índios Guarani, a qual foi inclusive objeto de um decreto de desapropriação expedido pelo governo Leonel Brizola, a FUNAI posteriormente veio a declará-la como de ocupação tradicional, no bojo de um procedimento administrativo de demarcação. Funcionários que atuam no setor fundiário da FUNAI alegam que, como a aplicação do instrumento da Reserva Indígena nunca foi regulamentado, isto impediria a sua utilização.

Além disso, o artigo 19 do Estatuto do Índio determina ainda que as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação da FUNAI, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o procedimento estabelecido em decreto do Poder Executivo. Tal artigo permanece válido até hoje e ele constitui a base jurídica para a edição dos decretos que têm regulamentado a matéria – hoje, o Decreto 1.775, de 1996, sobre o qual falaremos mais adiante. O Estatuto também prevê que a demarcação terá que ser homologada pelo Presidente da República, bem como registrada na Secretaria de Patrimônio da União e no cartório de imóveis do local onde se situa a terra indígena em questão.

Por fim, o Estatuto, em seu artigo 25, estabelece que o reconhecimento do direito dos índios à posse de suas terras independe da sua demarcação, o que tem fundamentado muitas solicitações ao Judiciário para que sejam expedidas medidas liminares de proteção das terras indígenas, até que se conclua o procedimento de sua demarcação. O pressuposto deste artigo é o entendimento de que a demarcação das

terras indígenas apenas reconhece a existência de uma situação, qual seja, o fato de um determinado povo indígena ocupar certa terra. Daí se dizer que a demarcação não cria nem dá direitos e é um ato meramente declaratório dos limites dentro dos quais o direito indígena – que preexiste – continuará a ser exercido. Mas isto também será tratado mais à frente, quando falarmos sobre a Constituição de 1988.

1.7 Saldo da era militar

O saldo do período militar não é positivo para os índios, especialmente por ter sido o momento em que o governo brasileiro realizou diversas ações para desenvolver a Região Amazônica e integrá-la ao resto do país. Reunidas no famoso Plano de Integração Nacional (PIN), que se materializou na abertura de estradas, construção de hidrelétricas e concessão de fortes subsídios econômicos aos que quisessem explorar as riquezas ali existentes, as ações provocaram um processo de ocupação maciça, desordenada e predatória que colheu os povos indígenas e suas terras no meio de um grande rastro de destruição.

Em que pesem os dispositivos legais que o próprio governo criou, na prática o que ocorreu foi um processo sistemático de negação dos direitos territoriais dos índios, demarcando-se terras diminutas e permitindo-se a exploração das áreas remanescentes por empresas, a exemplo do que aconteceu com as terras do povo Waimiri-Atroari, no Amazonas, exploradas até hoje pela mineradora Paranapanema.

Outro expediente utilizado foi a remoção de índios de suas terras, transferindo-os para outras áreas com o intuito de permitir a construção de estradas. Aqui o caso mais emblemático foi o do povo Panará, que em 1975 foi levado à revelia para o Parque Indígena do Xingu em decorrência da abertura da Rodovia Cuiabá-Santarém, a BR-163. A construção da estrada e a remoção do território tradicional ocasionaram a morte de mais da metade daquele povo. Somente nos anos 90, os Panará conseguiram retomar uma parte do seu território tradicional, após longa batalha administrativa e judicial.

O governo militar mantinha a FUNAI sob seu estrito controle, inclusive designando militares para presidi-la. À época, cabia a este órgão não só realizar o procedimento de identificação das terras indígenas, mas também decidir se a área seria efetivamente demarcada. Quando esse controle começou a se mostrar de difícil execução, visto que a FUNAI, apesar do momento político que o país vivia, começava a contar com um quadro de servidores comprometidos com a defesa dos índios – principalmente antropólogos e indigenistas – o governo estabeleceu novos mecanismos para controlar as decisões do órgão referentes a terras.

O primeiro mecanismo veio à tona com o Decreto nº 88.118, de 23/02/1983 que, embora mantivesse a tarefa de realizar os estudos de identificação através dos técnicos da FUNAI, submetia-os à prévia aprovação de um grupo de trabalho composto por representantes de diversos ministérios e órgãos federais. Só no caso de sua aprovação pelo “Grupão”, como ficou conhecido o grupo de trabalho, é que o procedimento seguia para ser analisado pelos Ministérios do Interior e Extraordinário para Assuntos Fundiários, aos quais cabia então a decisão sobre as demarcações em lugar da FUNAI. Quando se tratasse de terras situadas em faixa de fronteira, a decisão estaria ainda condicionada à expressa participação de um representante da antiga Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Já no governo Sarney, mas ainda claramente inspirada pelos militares, nova alteração seria introduzida no procedimento de demarcação. Desta feita, com base no Decreto nº 94.945, de 23/09/1987, que quebrava a regra até então mantida de os estudos de identificação serem realizados apenas por técnicos da FUNAI, ficava determinado que a equipe responsável pelo trabalho contaria também com a participação de representantes do órgão fundiário federal e do órgão fundiário estadual onde se localizasse a terra indígena a ser identificada, bem como de um representante da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional, quando se tratasse de faixa de fronteira. O “Grupão” foi mantido basicamente nos mesmos moldes do decreto anterior, assim como permanece o poder de decisão nos Ministérios (quando o Ministério dos Assuntos Fundiários foi extinto, ele foi substituído pelo Ministério

da Reforma e do Desenvolvimento Agrário⁶). O Conselho de Segurança Nacional continuava formalmente a participar das decisões quando se tratava de terras na faixa de fronteira, mas na prática o seu Secretário Geral participava das decisões relativas a todas as demarcações.

Felizmente, o processo constituinte, que desaguou na elaboração da Constituição de 1988, seguido das primeiras eleições diretas para Presidente da República em quase 30 anos vieram trazer um clima novo para o país, o que ajudou a afastar o peso daqueles anos de chumbo. Isto se refletiria em ideais muito mais justos como base de um novo estado democrático de direito, o que se faria sentir também na questão indígena.

Não obstante, os militares tentam até hoje manter a sua influência sobre o destino dos direitos indígenas. No governo do Presidente Lula, o Gabinete de Segurança Institucional, chefiado por um militar – o General Jorge Armando Felix – criou um grupo de trabalho (GT) com a missão de propor uma nova política indigenista (Portaria nº 15-CH/GII, de 11/05/2004). Os trabalhos deste GT não foram adiante, visto que o governo, em função da repercussão negativa da criação deste grupo, instituiu um outro com o mesmo objetivo, desta feita por meio de portaria interministerial (Portaria nº 893, de 08/11/2004), assinada pelos Ministros da Casa Civil, Justiça, Gabinete de Segurança Institucional e Secretaria Geral da Presidência da República. Este segundo GT, agora um GTI, encerrou os seus trabalhos em dezembro de 2005, tendo recomendado, entre outras conclusões, que o governo convocasse a primeira Conferência Nacional dos Povos Indígenas e a instalação da Comissão Nacional de Política Indigenista; que determinasse a elaboração de um projeto específico para a regulamentação da mineração em terras indígenas; e ainda que decidisse pela realização de um amplo processo de formação e de capacitação dos profissionais que já atuam na implementação das ações indigenistas no Estado brasileiro. No caso da Conferência Nacional, esta acabou sendo realizada em abril de 2006, sendo que a Comissão Nacional foi criada por decreto do Presidente Lula no dia 23/03/2006.

Outra recomendação do GTI dirigiu-se à questão da tutela, tendo sido indicado que as regras sobre o tema “necessitam de atualização, uma vez que a norma constitucional não estabelece mais a visão inevi-

tável de integração do índio ainda presente no Estatuto”. E continua: “esses conflitos jurídicos e a remissão à legislação especial quanto à definição da capacidade jurídica dos índios precisam ser resolvidos. No entanto, como já foi dito, não se vislumbram condições de consenso ou consentimento para que isto seja realizado a contento”.⁷

1.8 Constituição de 1988 e novos mecanismos de proteção

A Constituição de 1988 trouxe uma série de inovações no tratamento da questão indígena, incorporando a mais moderna concepção de igualdade e indicando novos parâmetros para a relação do Estado e da sociedade brasileira com os índios. De lá para cá, houve um avanço significativo na proteção e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no país, fazendo desta Carta uma espécie de marco divisor para a avaliação da situação dos índios no Brasil de hoje. Os Constituintes de 1988 não só consagraram, pela primeira vez em nossa história, um capítulo específico à proteção dos direitos indígenas, como afastaram definitivamente a perspectiva assimilacionista, assegurando aos índios o direito à diferença.

A Constituição reconheceu aos povos indígenas direitos permanentes e coletivos e inovou também ao reconhecer a capacidade processual dos índios, de suas comunidades e organizações para a defesa dos seus próprios direitos e interesses. Além disso, a Constituição atribuiu ao Ministério Público o dever de garantir os direitos indígenas e de intervir em todos os processos judiciais que digam respeito a tais direitos e interesses, fixando, por fim, a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas.

1.9 Mobilização indígena e consolidação de direitos

Não é preciso repetir que o Capítulo dos Índios na Constituição foi o resultado de intensa mobilização, durante o processo constituinte, por parte dos índios e de setores da sociedade civil. Muitos autores

registraram os fatos que nos contam como uma coalizão nacional, coordenada pela então UNI (União das Nações Indígenas) e composta por várias organizações de apoio. A UNI lançou a campanha “Povos Indígenas na Constituinte”, que mobilizou índios de todo o país e desempenhou papel fundamental para a reversão de um quadro antiindígena no Congresso Constituinte e para a concretização dos avanços afinal aprovados no texto constitucional.⁸ Essa intensa mobilização durante o processo de elaboração da Constituição fortaleceu o movimento indígena e estimulou a criação de novas organizações de apoio voltadas à implementação dos direitos assegurados no novo texto. Nesse quadro iriam surgir também organizações não-governamentais, que reuniriam advogados para atuarem na defesa de tais direitos perante o Judiciário, buscando ainda apoiar a formação de profissionais indígenas que pudessem passar a implementar essa tarefa – em 1988 não havia um único advogado indígena no país.

Além disso, com o advento da Constituição de 88, o Estado começou a estruturar, por meio do Ministério Público Federal (MPF), uma eficiente rede de atendimento às demandas jurídicas dos povos indígenas. Para tanto, o MPF designou Procuradores da República dedicados à defesa dos interesses indígenas em todos os estados da federação, lotados nas capitais e nas cidades do interior que sediavam varas da Justiça Federal. O MPF também estruturou um corpo de assessores técnicos em diversas áreas, como antropologia e engenharia florestal. A inserção do MPF no trato da questão indígena tem sido fundamental, permitindo aos índios afinal contarem com um órgão independente dotado de profissionais qualificados para a defesa de seus interesses.

No tocante à defesa judicial dos interesses indígenas, as inúmeras iniciativas adotadas pelo MPF perante o Judiciário, ao lado de ações paradigmáticas movidas por organizações não-governamentais, permitiram o estabelecimento de vários precedentes importantes na interpretação e na consolidação dos dispositivos constitucionais. É possível dizer que o Judiciário se acostumou a tratar dos temas indígenas que, até 1988, chegavam aos Tribunais de forma apenas esporádica e sob o véu de um desconhecimento profundo da realidade afeta a eles.

O trabalho de defesa judicial dos direitos indígenas, levado a cabo por advogados e organizações não-governamentais em geral, passou a contar com a participação do povo indígena interessado no processo de discussão e de formulação da estratégia jurídica a ser adotada para o seu tratamento, o que implica uma via de mão dupla que tem permitido aos índios também se familiarizarem com os mecanismos de funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, instituição até então praticamente desconhecida da maioria dos povos indígenas em nosso país.

Vale lembrar que mover ações judiciais em nome de comunidades indígenas logo após 1988 não foi uma tarefa tão simples. Um dos principais problemas enfrentados pelos advogados de organizações não-governamentais era o questionamento que se fazia acerca do seu próprio papel de advogados dos índios. Havia, em especial, duas estranhezas que davam ensejo a incontáveis perguntas e a obstáculos práticos. A primeira delas dizia respeito ao pagamento do salário dos advogados, já que os índios não teriam recursos para tanto e havia muita dificuldade de compreensão – senão desconfiança – quanto ao funcionamento das organizações do terceiro setor. A segunda estranheza recaía sobre a possibilidade de os índios constituírem advogados sem que para isso a FUNAI houvesse dado o seu assentimento, em razão do regime tutelar.

No primeiro caso, os advogados tinham que se sujeitar a fornecer longas explicações a juízes, procuradores e delegados de polícia sobre a natureza do seu trabalho, sobre o tipo de organização em que estavam inseridos, as fontes que as financiavam, especialmente quando havia menção a recursos oriundos da chamada cooperação internacional. Não faltaram desconfiança e veladas insinuações sobre o trabalho de agentes a respeito de alguma conspiração para internacionalizar a Amazônia, ou outras acusações igualmente estapafúrdias e preconceituosas, posto que arraigadas na idéia de que os povos indígenas não eram capazes de definir suas prioridades e de conduzir seu modo de vida por si mesmos.

Já em relação à possibilidade de os povos indígenas constituírem seus próprios advogados independentemente de qualquer autorização do órgão tutor, os advogados dedicaram-se a um amplo processo de esclarecimento das autoridades sobre a aplicação do artigo 232 da Constitui-

ção Federal de 1988, que conferiu aos índios legitimidade processual para defender em juízo seus direitos e interesses. Note-se que nos primeiros anos logo após a promulgação do texto constitucional era muito comum o completo desconhecimento da existência desse dispositivo, o que importava a necessidade de fazer constar de todas as petições iniciais das ações apresentadas ao Judiciário um tópico explicativo sobre a “capacidade processual dos índios”. Ainda hoje, vez por outra essa questão é levantada por um ou outro juiz que desconhece o assunto, mas em geral ela foi superada.

Não bastassem as questões sobre a capacidade processual, também surgiram dúvidas sobre a forma de representação dos povos indígenas. Como se sabe, os povos indígenas organizam-se de forma coletiva e a sua representação se dá de acordo com os modos internos a cada um deles. Um povo adota o sistema de representação por meio de um único chefe, que pode ser um cacique, um tuxaua ou outra denominação equivalente. Outro povo pode adotar o sistema de representação coletiva, na qual um grupo de lideranças é que detém a competência para, por exemplo, outorgar instrumento procuratório para a atuação de um advogado em juízo.

Nessas circunstâncias, sempre que questionados sobre o modo de representação de determinado povo indígena indicado na procuração, era necessário explicar ao juiz o sistema de organização daquele povo, demonstrando que o instrumento conferido estava de acordo com os seus usos, costumes e tradições. Isso só era possível com o auxílio da antropologia que, através dos estudiosos das culturas indígenas, fornecia descrições precisas sobre a organização e os costumes de cada povo.

1.10 Defendendo os direitos indígenas após 18 anos de uma nova Constituição

Como se disse, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o movimento indígena vem se fortalecendo e se estruturando, assumindo cada vez mais os espaços políticos existentes para a discussão

de questões de interesse dos índios em todo o país. As organizações indígenas, que multiplicaram e passaram a investir na capacitação técnica de seus quadros, priorizando-a, atuam em todos os níveis de discussão dos assuntos indigenistas – do local ao global, passando pelo regional e pelo nacional. Em todos os campos do conhecimento despontam profissionais indígenas bastante qualificados, e o país viu surgir ao longo desses anos diversas iniciativas na área de educação, desde as escolas indígenas de Ensino Fundamental bilíngüe, os cursos de formação e treinamento de professores indígenas especializados, até a criação de uma universidade indígena.

Na área do Direito, há hoje mais de 10 advogados indígenas atuantes – quatro deles são autores de ensaios em capítulo específico desta publicação. Os advogados indígenas têm trabalhado com temas que vão desde a proteção dos direitos territoriais até a questão do acesso aos recursos genéticos em terras indígenas e os conhecimentos tradicionais a eles associados. A sua atuação tem se dado perante o Poder Judiciário, o Poder Executivo ou o Poder Legislativo, na discussão direta com parlamentares acerca da formulação de novas leis sobre a questão dos direitos indígenas.

Destaque-se ainda a atuação de organizações e de alguns advogados indígenas em fóruns e em organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como diante de alguns de seus órgãos especializados. Recentemente, a Comissão de Direitos Humanos da OEA expediu medida cautelar sobre a necessidade de o governo brasileiro finalizar o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, procedimento inédito no tocante à análise de causas indígenas relativas ao Brasil. A medida resultou da iniciativa adotada pelo Conselho Indígena de Roraima (CIR), representado pela advogada indígena Joênia Wapixana, cuja atuação perante o organismo internacional garantiu o sucesso da demanda. A providência exerceu papel fundamental na decisão do Presidente Luis Inácio Lula da Silva de afinal homologar a terra indígena em questão.

Notas

- ¹ Os censos do IBGE, a partir de 1991, passaram a introduzir a variante “indígena” na categoria “cor da pele”, sem entretanto agregar à sua pesquisa qualquer informação que permita uma compreensão qualificada dos dados demográficos obtidos.
- ² Dados de 16/04/2006, conforme <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/qoqin-dex.shtml>
- ³ Idem.
- ⁴ Segundo Hannah Arendt, “devemos voltar para a Antiguidade romana, para encontrarmos a primeira justificação da Guerra, juntamente com a primeira noção de que existem guerras justas e injustas. No entanto, as distinções e justificações romanas não diziam respeito à liberdade, nem estabeleciam nenhuma diferença entre guerras ofensivas e defensivas. ‘A guerra que é necessária é justa’, dizia Lívio, ‘e abençoadas são as armas quando só nelas reside a esperança’. (‘Iustum enim est bellum quibus necessarium, et pia arma ubi nulla nisi in armis spes est.’). Necessidade, desde a época de Lívio e através dos séculos, tem significado muitas coisas que hoje acharíamos suficientes para qualificar uma guerra antes como injusta do que como justa. Conquista, expansão, defesa do capital investido, manutenção do poder em face do aparecimento de novas potências ameaçadoras, ou apoio a um determinado equilíbrio do poder – todas essas bem conhecidas realidades da política do poder não somente foram, de fato, causas da eclosão da maioria das guerras na História, como também foram tidas como ‘necessidades’, isto é, como motivos legítimos para fundamentar uma decisão pelas armas. A noção de que agressão é um crime e de que as guerras só podem ser justificadas se visarem repelir ou prevenir agressões adquiriu relevância prática ou mesmo teórica apenas após a Primeira Guerra Mundial haver demonstrado o horripilante potencial destrutivo da guerra, nas condições da tecnologia moderna” (ARENDE, Hannah. 1990. *Da Revolução*. Editora Ática e UNB. p.10-11.
- ⁵ No entendimento da geógrafa Maria Lúcia Pires Menezes, em sua obra “Parque Indígena do Xingu: A Construção de um Território Estatal” (p.62), a proposta foi de criação de um parque e não de “demarcações individuais” que delimitassem as terras de cada uma das comunidades indígenas habitantes daquela região.
- ⁶ “O Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário (MIRAD) passaria a ter assento na reunião do então fórum deliberativo no tocante a terras indígenas, o ‘Grupão’, grupo interministerial criado pelo decreto 88.118/83, que retirara da FUNAI grande parte de suas responsabilidades nesse processo, deixando-as sobretudo nas mãos dos aparelhos de inteligência e intervenção militar no que dizia respeito a problemas fundiários. Dentro do MIRAD seriam criadas a Coordenadoria de Conflitos Agrários e a Coordenadoria de Terras Indígenas, implantadas respectivamente por Alfredo Wagner Berno de Almeida e João Pacheco de Oliveira, em 1985, e integradas sobretudo por antropólogos.” (“Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas. Uma apresentação”. In: *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: base para uma nova política indigenista*. 2002. SOUZA LIMA, Antonio Carlos de & BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED. p.13.
- ⁷ Relatório final do Grupo de Trabalho Interministerial de Política Indigenista. Brasília, 2005.
- ⁸ Para um relato detalhado: SANTILLI, Márcio. “Os Direitos Indígenas na Constituição Brasileira”. In: *Povos Indígenas no Brasil – 1987/88/89/90*. 1991. São Paulo: CEDI..

Sai, enfim, acordo para os índios

Constituição não distinguirá os aculturados dos não aculturados

Parte 2 Direitos indígenas — estado da arte

variações de acordo com o grau de aculturação. O Congresso e a Constituição não distinguirá os aculturados dos não aculturados. A Constituição não distinguirá os aculturados dos não aculturados.

do que a remoção dos grupos tradicionais. O Congresso e a Constituição não distinguirá os aculturados dos não aculturados. A Constituição não distinguirá os aculturados dos não aculturados.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios serão inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis. Por "terras tradicionalmente ocupadas", o projeto entende "as habitadas por índios, necessários ao seu bem estar, e as áreas necessárias à produção de seus bens de subsistência".



Na reunião de líderes brancos, Juruna (de pé, ao centro) esteve vigilante



Caciques caiapós chegam ao Congresso com traje de guerra e câmaras de vídeo

Índios pedem direitos para tribos

Sessenta caciques caiapós foram ontem ao Congresso pedir ao presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, que os direitos garantidos aos índios na nova Constituição sejam extensivos a todos, mesmo as tribos nas quais o progresso da civilização branca já tenha deixado influência. Os líderes indígenas chegaram paramentados para guerra, mas em lugar de armas tradicionais traziam uma câmera de vídeo.

Os caiapós criticaram o texto do artigo 207, inciso III, que restringe o direito à terra, à ocupação e à livre manifestação das tradições e atividades indígenas. Pediram a Ulysses a análise de comissões favoráveis a todas as tribos: "Vieram solicitar que o presidente da Constituinte, o homem que está levando a frente os planos que delimitam nossos destinos, seja justo quando da votação de artigos que nos dizem respeito", explicou o coordenador nacional do movimento Di-

reitos Indígenas na Constituinte, Milton Xrença. Ulysses saiuu por alguns minutos à presidência da Mesa para receber os índios. Disse que as "temas relativas à questão indígena serão analisados cuidadosamente. Afirmau que, se as lideranças não ficassem satisfeitos com os direitos adquiridos na nova Constituição, deveriam voltar para pressionar por mudanças. "A Casa estará sempre aberta e vocês podem procurar todos os deputados", disse Ulysses.



Dança no Congresso

Cem caiapós e txucarramães saíram do Xingu e comemoraram ontem o Dia do Índio no salão verde do Congresso. Eles foram pedir a demissão do presidente da Funai e acabaram dançando e agitando seus tacapes. Duas horas depois, desistiram e foram embora.

2.1 A Constituição de 1988

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova forma de pensar a relação com os povos indígenas em nosso território, reconhecendo serem eles coletividades culturalmente distintas, os habitantes originais desta terra chamada Brasil, por isso mesmo, detentores de direitos especiais. Ao afirmar o direito dos índios à diferença, calcado na existência de diferenças culturais, o diploma constitucional quebrou o paradigma da integração e da assimilação que até então dominava o nosso ordenamento jurídico, determinando-lhe um novo rumo que garanta aos povos indígenas permanecerem como tal, se assim o desejarem, devendo o Estado assegurar-lhes as condições para que isso ocorra. A verdade é que, ao reconhecer aos povos indígenas direitos coletivos e permanentes, a Constituição abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve.

A Constituição Federal estabelece os fundamentos dos direitos indígenas e funciona também como uma espécie de roteiro para a implementação desses direitos, instituindo diretrizes para a sua implantação. Dentre os direitos reconhecidos aos índios pela Constituição Federal, encontramos:

- Direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.
- Direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e indisponíveis.
- Obrigação da União de demarcar as Terras Indígenas, proteger e fazer respeitar todos os bens nelas existentes.
- Direito à posse permanente sobre essas terras.
- Proibição de remoção dos povos indígenas de suas terras, salvo em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantido o direito de retorno tão logo cesse o risco.

- Usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
- Uso de suas línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem; e proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, que passam a integrar o patrimônio cultural brasileiro.

O advento da nova Carta Constitucional propiciou, na seqüência, o debate sobre a necessidade de reformulação do Estatuto do Índio de 1973, cujas bases, como já dito, estavam assentadas no conceito superado da necessidade de integração e de assimilação dos índios à comunhão nacional, e na noção da tutela a ser exercida pelo órgão oficial enquanto aquele objetivo não fosse alcançado. Além disso, era também preciso agora regulamentar novos temas que, presentes no texto constitucional, reclamavam detalhamento em leis específicas para que pudessem ser plenamente executados. A proteção aos recursos hídricos existentes em Terras Indígenas e o estabelecimento de salvaguardas para os índios no caso de realização de atividades minerárias em seus territórios são bons exemplos disso. Desde 1990, tramitam no Congresso Nacional vários Projetos de Lei propondo a revisão do Estatuto do Índio e a regulamentação de diversos aspectos da Constituição relacionados aos direitos indígenas.

2.2 Revisão do Estatuto do Índio

Para produzir uma nova lei que pudesse substituir o antigo Estatuto do Índio, em 1991 foram apresentados ao Congresso Nacional três projetos de lei,¹ analisados no âmbito de uma Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados que, em 1994, aprovou um texto substitutivo que pretendia conciliar o conteúdo dos diversos projetos, adotando um perfil avançado no tratamento de temas como capacidade civil dos índios, proteção aos conhecimentos tradicionais e demarcação de terras. Porém, desde 1995, a análise do substitutivo aos projetos está bloqueada na Câmara dos Deputados. Passados mais de dez anos, nenhum esforço foi suficiente para garantir o empenho do Governo na aprovação de uma nova lei.²

Durante esses mais de dez anos, as organizações indígenas e a sociedade civil não deixaram de cobrar do Governo e do Congresso a aprovação de uma nova lei. Registre-se que ao longo desse período as organizações indígenas desenvolveram uma enorme capacidade de intervenção nos debates sobre a revisão do Estatuto e que suas participações têm sido fundamentais para aperfeiçoar o conteúdo das propostas elaboradas. Em que pesem esses esforços, porém, não se logrou alterar a situação, sendo provável que a discussão e a aprovação de um novo Estatuto se prolonguem ainda por outras Legislaturas.

O grande absurdo é que, em pleno século XXI, no ano de 2006, os índios ainda sejam vistos como cidadãos não plenamente capazes de determinarem as suas próprias vontades, um órgão de Estado sendo o seu tutor e encarregado de intermediar (autorizando e desautorizando) as inúmeras relações de contato em que já se encontram efetivamente envolvidos. A condição de tutelados cerceia sua livre expressão política, a administração direta dos seus territórios, seu acesso aos serviços públicos, ao mercado de trabalho, às linhas oficiais de crédito etc. Além de reduzir a capacidade civil dos índios, a tutela é um obstáculo à autogestão das terras e dos projetos para o futuro dos povos indígenas.

2.3 Terras indígenas e o procedimento de demarcação

A Constituição Federal tratou de garantir especialmente o direito territorial indígena, definindo, no **parágrafo 1º** do seu **artigo 231**, as Terras Indígenas:

○ 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.

Ressalte-se que os direitos territoriais indígenas são originários e imprescritíveis, isto é, operam desde sempre na direção do passado e do

futuro. Além disso, independem de reconhecimento formal. Entretanto, sempre que um povo indígena ocupar tradicionalmente determinada área, a União estará obrigada, por força do *caput* do mencionado artigo 231, a promover este reconhecimento, declarando o caráter indígena daquela terra e realizando a demarcação física dos seus limites, com o objetivo de garantir a sua proteção.

Assim sendo, o procedimento de demarcação das Terras Indígenas, previsto em decreto baixado pelo Presidente da República, simplesmente traduz para a burocracia estatal o conceito constitucional aplicado no caso concreto. Nas palavras de Carlos Marés, é “a forma procedimental pela qual o Poder Público reconhece a incidência dos elementos descritos no artigo 231, parágrafo primeiro da Constituição Federal sobre uma sorte de terras”.³ Isto é, quando da demarcação de uma Terra Indígena, o Estado levará em consideração obrigatoriamente as terras que são habitadas pelos índios em caráter permanente, as utilizadas em suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação ambiental e as necessárias à reprodução física e cultural daquele povo. E examinará tais requisitos de acordo com os usos, os costumes e as tradições dos próprios índios, exatamente como dispõe a Constituição.

Ressalte-se que a Constituição de 88, ao conceituar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e destiná-las à ocupação permanente, rompeu também com o paradigma da “imemorialidade” que até então orientava os procedimentos de demarcação das Terras Indígenas no país. Ou seja, buscava-se, antes de mais nada, remontar o processo de ocupação pretérita dos índios sobre suas terras, num trabalho que muitas vezes tinha muito mais de arqueologia e de história do que de antropologia. Com o uso da expressão “tradicionalmente”, quis a Constituição, segundo José Afonso da Silva, referir-se não a uma “circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao seu modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam”.⁴

O direito à terra está, sem sombra de dúvidas, na essência dos direitos dos povos indígenas. Da sua garantia dependem todos os demais direitos e a própria continuidade e reprodução cultural desses povos. Por isso mesmo, em torno da sua aplicação ocorrem os maiores conflitos e aí se opera toda uma usina de fabricação de preconceitos que procuram deslegitimá-lo e desqualificá-lo. Sob o mote “há muita terra para pouco índio”, interesses contrariados com a demarcação das terras indígenas no país procuram apresentar os índios como privilegiados em relação aos demais setores da sociedade brasileira, o que se traduz numa imensa pressão sobre o governo para que não se demarquem ou se demarquem em menor extensão as terras às quais determinado povo tem direito.

O mote “muita terra para pouco índio” não passa de preconceito e má fé, não tendo qualquer amparo em fatos concretos, bastando que se verifique para tanto que na maioria das regiões do país os povos indígenas vivem em áreas bastante pequenas, as quais não lhes conferem as condições mínimas para uma existência digna. Exceção se faz no caso da Amazônia, onde nos últimos anos foi possível reconhecer aos índios o direito a áreas de maior extensão, com fundamento exatamente no conceito constitucional de terras indígenas. Mesmo nestes casos, é preciso que se diga que em muitas regiões da Amazônia os índios são a maior parte da população, sendo certo que as extensões das suas terras ainda estão abaixo dos índices de concentração fundiária na mão de particulares. Não bastasse isso, muitas dessas terras, ainda que extensas, enfrentam graves problemas de invasão por madeireiros, garimpeiros e fazendeiros, sendo o Estado bastante lento e pouco eficiente em adotar providências para garantir a plena posse dos índios sobre seus territórios.

2.4 O Decreto 1.775/96

Para demarcar as Terras Indígenas no Brasil, o Estado utiliza-se de um procedimento administrativo, que hoje é regulado pelos dispositivos

do Decreto do Poder Executivo nº 1775, de 08/01/1996. O procedimento subdivide-se em diversas etapas:

- 1 **Identificação** – No primeiro momento do procedimento de demarcação, a FUNAI nomeia um antropólogo para elaborar um estudo antropológico de identificação da Terra Indígena em questão. O estudo do antropólogo fundamenta o trabalho de um grupo técnico especializado, composto preferencialmente por técnicos do próprio órgão indigenista, que fará estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além do levantamento fundiário para a delimitação dos limites da Terra Indígena (na prática, porém, antropólogo e demais técnicos trabalham concomitantemente). O grupo apresenta relatório circunstanciado com a caracterização da terra a ser demarcada, que há de ser aprovado pelo presidente da FUNAI e, em seguida, publicado na imprensa oficial e afixado na sede da prefeitura local.
- 2 **Contraditório** – Esta etapa foi introduzida no procedimento administrativo de demarcação pelo Decreto 1775/96, sendo motivo de intensa polêmica quando da sua edição. Trata-se da oportunidade dada a todo e qualquer interessado, incluindo-se estados e municípios, de se manifestar sobre o procedimento de demarcação de uma dada Terra Indígena e impugná-la pela via administrativa – antes do Decreto a possibilidade de impugnação era apenas judicial. Os interessados, a contar da abertura do procedimento de demarcação até 90 dias após a publicação do relatório do grupo técnico na imprensa oficial, poderão apresentar ao órgão indigenista suas razões, acompanhadas de provas, a fim de pleitearem indenização ou demonstrarem vícios existentes no relatório. A FUNAI tem, a partir daí, 60 dias para opinar sobre as razões dos interessados e encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça.
- 3 **Declaração dos limites** – O Ministro da Justiça expedirá, no prazo de 30 dias, portaria declarando os limites da área e determinando a sua demarcação física. Ao invés disso, porém, poderá optar por prescrever diligências a serem cumpridas em mais 90 dias, ou ainda, desaprovar a identificação por meio de decisão fundamentada, a ser também publicada na imprensa oficial.
- 4 **Demarcação física** – Declarados os limites da área, a FUNAI fará a sua demarcação física, que implica colocação de marcos no

chão, placas de sinalização, picadas quando necessário etc. Ainda nesta etapa, o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), em caráter prioritário, procederá ao reassentamento de eventuais ocupantes não-índios.

- 5 **Homologação** – Todo o procedimento de demarcação será, por fim, submetido ao Presidente da República para ratificação por meio de decreto.
- 6 **Registro** – A Terra Indígena demarcada e homologada será registrada, no prazo de 30 dias, no cartório de registro de imóveis da comarca correspondente e no SPU (Secretaria de Patrimônio da União).

Vale destacar que o Decreto 1.775/96 preocupou-se com o componente ambiental do conceito de Terras Indígenas, prevendo expressamente a necessidade de se efetuar um levantamento da situação ambiental da terra em identificação, o qual passa a integrar o rol dos estudos complementares que se realizam no âmbito do procedimento de demarcação. Até então, isso não acontecia.

Assim, a partir de 1996, todos os grupos de trabalho criados para identificarem Terras Indígenas passaram a contar com um profissional habilitado na matéria, na maioria das vezes um biólogo, que foi oficialmente denominado, nos atos internos da FUNAI, de o “ambientalista” do grupo. Este profissional, nos termos da Portaria nº 14, de 09/01/96, do Ministério da Justiça, que estabelece as regras para a elaboração do relatório circunstanciado que há de ser ao final elaborado pelo grupo de trabalho, deve fornecer informações detalhadas sobre o meio ambiente da terra, tais como:

- “Identificação e descrição das áreas imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao bem-estar econômico e cultural do grupo indígena.
- Explicitação das razões pelas quais tais áreas são imprescindíveis e necessárias.”

Na prática, porém, até agora o “ambientalista” tem apenas cumprido um rito burocrático, pouco aproveitado pelo antropólogo que coordena o grupo de trabalho em cada caso. A partir do momento em que a questão ambiental passou a ser elemento fundamental na definição

dos limites de uma Terra Indígena, os estudos ambientais precisaram ganhar maior peso no âmbito dos estudos que embasam os relatórios de identificação, o que implica promover uma interação mais efetiva entre o saber antropológico e os demais.

Também seria oportuno que os estudos realizados nessa seara fossem aproveitados pelos órgãos públicos, principalmente o IBAMA e a FUNAI, ao apoiarem os índios na formulação de projetos de gestão dos recursos naturais existentes em suas terras. Isto propiciaria a eles um roteiro consistente de ações, provavelmente mais efetivo no desempenho das suas atribuições institucionais, o que tem sido feito, na maioria das vezes, sem nenhum tipo de planejamento ou auxílio de informações qualificadas e sistematizadas, tornando as intervenções que realizam incapazes de alterar o quadro crônico de ameaças que paira sobre o meio ambiente das Terras Indígenas ou sobre a situação econômica desses povos.

2.5 Laudos antropológicos

O país está hoje diante de um quadro de novas reivindicações territoriais indígenas, em função de solicitações de revisão de demarcações realizadas tendo em vista sistemáticas anteriores, além de novos pedidos surgidos a partir do movimento de retomada de identidade pelos chamados “índios resistentes”. Este quadro delinea-se num momento em que cresce também o movimento de contestação às demarcações de Terras Indígenas, fortalecido por personagens que, por exemplo, ao tempo da Assembléia Nacional Constituinte apoiaram o capítulo dos direitos indígenas. Agora, no Senado, muitos destes engrossam o coro da bancada de Roraima (RR), que deseja colocar sob o controle do Congresso Nacional a demarcação das Terras Indígenas (Proposta de Emenda Constitucional, de autoria do senador Mozarildo Cavalcanti, a ser votada pelo Senado), o que sempre acaba, aliás, encontrando eco em alguns setores do Estado, independente do governo que ocupe o poder, como atesta até agora a falta de uma postura clara do governo Lula no tocante à questão.

Além disso, há também uma crescente contestação à legitimidade dos relatórios de identificação de Terras Indígenas elaborados nos procedimentos administrativos de demarcação por antropólogos, sejam eles dos quadros da FUNAI ou não. A contestação feita junto aos Poderes Executivo e Judiciário assenta-se na argumentação recorrente de que os antropólogos, em seus laudos, não avaliam de forma equilibrada o inteiro teor dos argumentos das pessoas envolvidas em um determinado conflito, produzindo conclusões que não corresponderiam necessariamente aos dados da realidade observados em campo.

Essa situação é o resultado direto do fato de que os setores contrariados com a demarcação das Terras Indígenas passaram a analisar os relatórios de identificação, procurando imprecisões e incoerências que os auxiliassem na tarefa de contestar a proposta de delimitação de uma dada terra. Assessorados por advogados competentes, que passaram a acumular experiência na análise de dados territoriais, tais setores aperfeiçoaram o conteúdo de suas contestações, deixando de se basearem em acusações meramente genéricas e pouco consistentes, para se concentrarem na justificativa apresentada pelos próprios laudos que apóiam os procedimentos de demarcação. Diga-se de passagem, isto já era esperado desde o advento do Decreto 1.775, de 1996, quando permitiu a qualquer interessado manifestar-se no cerne do procedimento administrativo de demarcação de Terras Indígenas.

Apesar das tentativas governamentais de aperfeiçoamento da confecção dos relatórios de identificação – através das quais se requisita a apresentação de um conjunto mais elaborado de informações sobre as Terras Indígenas e os seus ocupantes – perduram problemas estruturais relacionados ao estabelecimento de um equilíbrio entre o papel dos antropólogos enquanto produtores de conhecimento científico sobre os povos indígenas e a sua obrigação funcional enquanto participantes de um grupo de trabalho técnico, o qual precisa pôr à disposição do Estado informações objetivas e um balanço de todos os dados e das questões envolvidas em um determinado caso. É o que Márcio Santilli⁵ definiu como a necessidade de um adequado diálogo entre os antropólogos e a lei.

2.6 As Terras Indígenas no contexto atual brasileiro

Muito dos atuais problemas na demarcação de Terras Indígenas no Brasil estão diretamente relacionados às práticas sistemáticas de violação dos direitos territoriais dos índios. O Estado, desde o início de nossa história, sempre deu com uma mão e retirou com a outra. E depois de um certo tempo, o fez premeditadamente, pois entendia estar legislando para uma situação temporária, razão pela qual não havia mesmo muito motivo para cumprir o que estava escrito. Isto explica uma série de conflitos atuais acerca da demarcação das Terras Indígenas que, embora para muitos pareçam novas demandas, pedidos “absurdos” em razão das disputas que ensejam, são apenas uma espécie de ato final de um longo capítulo de uma história trágica e pouco justa.

A diferença do atual momento histórico para outros em que este drama já se desenrolava é que agora o país conta com organizações indígenas cada vez mais capazes de falarem em nome dos povos que representam, uma sociedade civil atuante em defesa dos direitos indígenas e instituições, como o Ministério Público Federal, com mandato e estrutura específicos sobre o assunto. Para trás, a questão indígena era um assunto de monopólio do Estado, que quando muito contava com uma participação da Igreja Católica. Embora ela despertasse interesse em setores muito particulares da sociedade, a influência desses setores era mínima. As vozes indígenas, por conseguinte, não eram sequer ouvidas.

Infelizmente, muito dos problemas e pendências ainda hoje existentes no tocante ao reconhecimento dos direitos indígenas decorrem de uma visão distorcida que se tem – ou que se quer continuar a ter – dos índios e do papel das Terras Indígenas no contexto do país. Às vezes, interessa a alguns alimentarem tais conflitos e falsas visões, colocando os índios no eterno papel de obstáculo a ser removido. Esta postura não beneficia os índios nem o Brasil, mas sim grupos e interesses que não partilham do entendimento de que o verdadeiro processo civilizatório é aquele que assegura a diversidade socioambiental.

Por outro lado, o crescente protagonismo indígena vem impulsionar a sociedade na direção do resgate de alguns erros do passado, permitindo também que se lance um novo olhar sobre as Terras Indígenas, reconhecendo a sua importância para a preservação dos recursos naturais e da biodiversidade, um dos maiores patrimônios do país. Imagens de satélite demonstram que hoje, na Amazônia, as áreas de florestas mais preservadas estão dentro dos limites de Terras Indígenas, colocando os índios uma vez mais, para o bem ou para o mal, no centro das atenções. Por um lado, as Terras Indígenas tornam-se grandes alvos da pressão econômica que pretende a exploração da floresta a qualquer preço. Por outro, entretanto, sabe-se que a relação harmoniosa que esses povos mantiveram com o seu ambiente ao longo dos tempos responde pela preservação das florestas e de seus recursos, o que tem levado grande parte dos que buscam soluções sustentáveis para o futuro do país a estender os seus esforços às terras indígenas em promissoras parcerias com os povos que nelas habitam.

2.7 Tutela e mecanismos de proteção especial

Como já vimos, nas discussões sobre a reformulação do Estatuto do Índio, um dos temas centrais é justamente o da capacidade civil dos índios e as consequências da alteração do atual sistema tutelar. Há propostas que pretendem o fim da tutela e da conceituação dos índios como relativamente incapazes, sem descurarem da necessidade de um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades culturais, estabelecendo inúmeros mecanismos de proteção no que diz respeito às relações com particulares e com o próprio Estado.⁶

Porém, estas propostas de substituição do instituto da tutela têm sido bastante combatidas a partir do argumento de que a FUNAI – criada justamente para fazer o papel de tutor – ficaria condenada ao desaparecimento com o fim do instituto, deixando os índios desprotegidos, embora, como foi dito acima, praticamente todas as propostas aumentem enormemente as competências do órgão indigenista, o que lhe dá

possibilidades concretas de reaparelhamento, inclusive com a realização de concursos para a contratação de quadros qualificados, montagem de uma nova estrutura de fiscalização etc.⁷

É necessário compreender que o instituto da tutela como concebido pelo Código Civil não é aplicável às populações indígenas, sendo necessário pensar um regime de proteção diferenciado, “que não trate os índios como indivíduos deficientes, mas como pessoas que necessitam de estatuto jurídico especial”.⁸ Mesmo porque, na tutela pública, o Estado-tutor não toma decisões em lugar do tutelado, mas ao contrário o auxilia em suas próprias decisões ou, nas palavras de Carlos Marés, “não administra segundo preceitos públicos, mas tão somente assiste a administração dos índios, que evidentemente se rege pelo próprio interesse”.⁹ Exatamente por isso, o Estado pode ser responsabilizado objetivamente por eventuais danos causados ao patrimônio de índios e de comunidades indígenas decorrentes do mau exercício dessa tutela, coisa que não ocorre sob o instituto da tutela na forma como está estabelecido no Estatuto do Índio, que só ensejaria responsabilidade se o dano atingisse o patrimônio público.

Não bastassem os argumentos de caráter formal, a verdade é que o Estado foi sempre um mau tutor, não importa o período ou o momento de nossa história política. A tutela desde o início esteve pautada pela mentalidade assimilacionista. O interesse de sociedades diferenciadas sempre foi sacrificado em função do assim chamado interesse nacional – afinal, os interesses dos povos indígenas nunca foram vistos como interesses também da nação! De tal sorte que o Estado invariavelmente traduziu a proteção que lhe cabia garantir aos índios em arbítrio e imposição de vontade, escudado pela “idéia de que a civilização é pacífica e doce e de que as leis são justas e humanas”, recorrente na vida social brasileira desde 1500”.¹⁰ Aqueles cuja diversidade cultural deveria ter sido enaltecida e protegida, foram sempre tratados como perdedores, senão, inimigos derrotados.

Dito isto, fica claro que uma nova forma de proteção (ou tutela) precisa ser esboçada, pautada na necessidade de convivência harmônica de universos culturais diferentes, o que pressupõe normas capazes de ga-

rantirem os direitos desses povos e a sua autonomia na gestão de modos próprios de vida, impedindo a exploração e a violação de tais direitos, seja por particulares ou pelo próprio Estado.

Quanto a isso, vale rever a preocupação manifestada pelo índio pareci, Daniel Cabixi, que durante o seminário “Bases para uma Nova Política Indigenista”, realizado pelo Departamento de Antropologia do Museu Nacional em 1999, já advertia que não se podem, com fundamento na necessidade de proteção das diferenças culturais, erigir barreiras ao exercício da vontade indígena sobre os seus bens e projetos de futuro. Segundo ele, “há um abismo profundo entre o que está escrito nos códigos legais e a vontade dos índios”.¹¹ Importa compreender que é preciso tratar separadamente estes dois temas: uma coisa é a discussão sobre as atribuições do Estado na proteção dos direitos indígenas; outra é o efetivo reconhecimento de que aos povos indígenas cabe decidirem sobre seu próprio destino.

Infelizmente, no tema da tutela, as discussões são sempre travadas a partir de uma ótica tendenciosa e pouca esclarecedora para os índios. De um lado, quase sempre vemos debates sendo manipulados pelos interesses corporativos de órgãos governamentais que, por não conseguirem vislumbrar a continuidade de sua existência em uma atmosfera não-paternalista, teimam em defender a manutenção da tutela como a única forma de garantir uma proteção jurídica diferenciada para os índios, fazendo vista grossa para toda a carga de distorção e de preconceito historicamente embutida no instituto. De outro lado, o debate polariza-se nas palavras dos que dizem não mais se justificar qualquer prerrogativa para os índios, deixando claro uma intenção escusa de retirar do ordenamento os mecanismos de proteção especial.

Entre uma e outra posição extremada, o movimento indígena tem tentado buscar um equilíbrio que lhe permita manter a proteção especial e necessária em face das diferenças culturais entre índios e não-índios, enquanto afasta o caráter discriminatório de que se revestiu na prática a tutela. Porém, as fórmulas até hoje propostas não conseguiram dar conta deste desafio, misturando conceitos de naturezas opostas que dificilmente encontrarão harmonia na sua aplicação.

Para confirmar o que acabamos de dizer, basta verificar que o documento final da Conferência Nacional dos Povos Indígenas, datado de 19/04/2006, na parte relativa à tutela, afirma que ela deve ser mantida “com o significado de ‘proteção especial’, garantindo a autonomia dos Povos Indígenas no respeito aos seus usos, costumes, tradições e organização social”. O texto afirma ainda que “os Povos Indígenas, como uma das formas de exercício de sua autodeterminação, têm direito à autonomia e ao autogoverno, sem prejuízo da tutela (proteção especial) que lhes é devida por serem povos diferentes e originários”. E continua comentando que “os Povos Indígenas têm o direito a manter e a desenvolver suas próprias instituições indígenas de decisão; também têm direito a participar plena e efetivamente, sem discriminação, da tomada de decisões em todos os níveis, em relação aos assuntos que afetem seus direitos, vida e destino.”

2.8 Novo Código Civil

Em 2001, ocorreu a aprovação pelo Congresso Nacional do novo Código Civil,¹² que também ofereceu um tratamento mais positivo aos índios, estabelecendo que o tema de sua capacidade para a prática dos atos da vida civil deve ser matéria de lei específica.¹³ Ou seja, o novo Código Civil extirpou de seu texto a menção à relativa capacidade dos índios fixada pelo antigo Código de 1916. O novo Código tampouco fala em tutela e, de quebra, varre de seu vocabulário o ultrapassado termo silvícola que, de significado discriminatório e inadequado, durante anos foi utilizado pela legislação.

Com isso, a legislação brasileira deu um novo passo na direção do combate à discriminação aos povos indígenas. Interessante registrar que a discussão do novo Código não atraiu a atenção que normalmente recai sobre a tramitação do projeto de revisão do Estatuto do Índio, o qual desperta interesses e antagonismos os mais variados, desde a bancada de deputados e senadores da Amazônia, passando por indigenistas, até as organizações indígenas, as associações de apoio etc. Por

conta disso, não faltou quem ao final lamentasse equivocadamente a oportunidade perdida de reafirmar a continuidade do instituto da tutela, ciente do fato de que um dos seus maiores pilares de sustentação ruiu sem qualquer oposição.

2.9 Convenção 169 da OIT

No contexto da questão indígena no Brasil pós-88, alguns outros avanços legislativos precisam ser mencionados, em que pese a não-aprovação de uma lei que viesse substituir o Estatuto do Índio. Em junho de 2002, o Congresso Nacional ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), após anos de tramitação.¹⁴ A Convenção foi o primeiro instrumento internacional a tratar dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas, estabelecendo padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação no que diz respeito a esses povos. Assim, a Convenção, dentre outras coisas, estabelece:

- A necessidade de adoção do conceito de povos indígenas no âmbito do direito interno.¹⁵
- O princípio da auto-identificação como critério de determinação da condição de índio.
- O direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas.
- O direito de participação dos povos indígenas, pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e nos órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que os afetem.
- O direito dos povos indígenas de decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, da implementação e da avaliação dos planos e dos programas de desenvolvimento nacional e regional que os afetem diretamente.
- O direito dos povos indígenas de serem beneficiados pela distribuição de terras adicionais, quando as terras de que dispõem

sejam insuficientes para garantir-lhes o indispensável a uma existência digna ou para fazer frente a seu possível crescimento numérico.

- O direito a terem facilitadas a comunicação e a cooperação entre os povos indígenas através das fronteiras, inclusive por meio de acordos internacionais.

A ratificação da Convenção 169 deu-se em parte pela retirada da discreta oposição que lhe fazia o Governo de então, receoso das consequências que o conceito de povos indígenas adotado pela Convenção pudesse vir a ter no plano interno e externo. Contribuiu para que isto ocorresse o fato de que o Itamaraty, durante as discussões preparatórias para a Conferência sobre o Racismo ocorrida na África do Sul em 2001, passou a se manifestar em favor da adoção do conceito de povos. Obviamente, contou também a questão de que a ratificação atenuaria o saldo negativo do governo Fernando Henrique Cardoso no que diz respeito à aprovação de leis sobre direitos indígenas. O Brasil foi um dos últimos países da América a ratificarem a Convenção.

Infelizmente, a aceitação do termo “povos indígenas” não significa que a agenda de contenciosos com o Itamaraty tenha sido exaurida. Nas negociações sobre diversos documentos em discussão em fóruns internacionais – como as declarações de direitos dos povos indígenas em pauta na Organização das Nações Unidas (ONU) e na Organização dos Estados Americanos (OEA), o Itamaraty continua a se manifestar contrariamente a alguns dos pontos reivindicados por organizações indígenas no Brasil e no exterior.

Além disso, vários dispositivos da Convenção 169 ainda não estão sendo aplicados pelo Estado. Vale destacar a obrigação de o governo consultar os povos indígenas toda vez que sejam examinadas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente,¹⁶ bem como a aceitação do princípio da auto-identificação como critério fundamental para determinar quem será reconhecido como índio ou como povo indígena no país.¹⁷

No caso do direito de consulta, é notória a continuidade do desrespeito aos direitos indígenas consubstanciada nas seguidas decisões de

implementar projetos de infra-estrutura com sérios impactos sobre as terras indígenas, sem que haja qualquer preocupação em estabelecer canais de diálogos com os povos indígenas a serem afetados. Quanto ao critério da auto-identificação, negá-lo significa prejudicar principalmente os povos indígenas que lutam por recuperar o reconhecimento de suas identidades, com a conseqüente devolução de seus territórios. Estes povos ficam na dependência integral do Estado, representado pela FUNAI, que resolve se deverá lhes atribuir o *status* de povos indígenas, para que possam enfim iniciar a penosa jornada de reivindicação territorial. Por mais polêmico que possa ser este tema, é o cúmulo da discriminação submeter os povos indígenas a um julgamento de critério racial sobre o qual eles não têm qualquer controle e do qual depende exatamente a condição – ou não – de eventualmente terem algum direito.

2.10 Lacunas legislativas

Embora alguns passos tenham sido dados na direção da consolidação legislativa dos direitos indígenas, é preciso dizer que, além da não-revisão do Estatuto do Índio, o Congresso Nacional também não conseguiu, de 1988 para cá, regulamentar diversos dispositivos da Constituição relativos aos índios. É o caso, por exemplo, das leis sobre mineração em terras indígenas¹⁸ e sobre o aproveitamento dos recursos hídricos nelas existentes. Outro tema fundamental pendente de regulamentação diz respeito à definição do chamado “relevante interesse público da União”, que excepcionalmente, por meio de lei complementar, a proteção integral das terras indígenas. Vários foram os projetos apresentados ao Congresso com relação aos três temas, sendo que até agora nenhum deles foi aprovado em caráter definitivo.

Por outro lado, porém, até como uma reação ao aumento das demarcações de terras indígenas em função do reconhecimento de seus direitos territoriais a partir da Constituição de 1988, cresceu significativamente o número de projetos apresentados por parlamentares que procuram restringir os direitos indígenas. A título de exemplo, desta-

caremos a seguir alguns deles, o que nos permitirá visualizar, caso eles venham a ser aprovados, o tamanho do retrocesso que incidirá sobre a questão indígena no Brasil:

- **Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 38/99**, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti (PTB/RR): limita a área total de cada estado passível de ser declarada como terra indígena, atribuindo ao Senado a competência para aprovar os procedimentos administrativos de demarcação dessas terras.
- **Projeto de Lei (PLS) 188/04**, de autoria do Senador Delcídio Amaral (PT/MS) e outros: determina que a demarcação das terras indígenas seja submetida ao Senado e, quando se tratar de terra situada em faixa de fronteira, que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional.
- **Projeto de Lei Complementar (PLP) 151/04**, de autoria do Deputado Alceste Almeida (PMDB/RR): regulamenta o relevante interesse público da União, determinando que todos os lugarejos, as vilas ou cidades, além das glebas nas quais sejam desenvolvidas atividades agrícolas, são de interesse público da União e, portanto, não podem ter suas extensões abrangidas pela demarcação de terras indígenas. O mesmo PLP ainda inclui na noção de relevante interesse público todas as obras de infra-estrutura nas áreas de transporte, energia e comunicações.
- **Projeto de Lei (PL) 3897/04**, de autoria do Deputado Marcos Abramo (PFL/SP): argumentando que os índios não devem receber um tratamento diferente de qualquer outro cidadão, o PL propõe que seja eliminada a atenuação automática da pena prevista no artigo 56 do Estatuto do Índio, quando da condenação de índios por infração penal.

2.11 Índios e militares

Uma das grandes questões acerca do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas diz respeito à demarcação das terras dos povos que tradicionalmente vivem nas regiões situadas na faixa de fronteira. Isto porque os militares alegam que o reconhecimento de extensas terras indígenas na faixa de fronteira inviabiliza uma efetiva atuação das

Forças Armadas na vigilância do território brasileiro, o que se materializaria principalmente na restrição da instalação de unidades militares dentro dessas terras.

A verdade é que, embora existam diversas unidades militares em terras indígenas, após a Constituição de 1988, os povos que ali vivem passaram a questionar a falta de diálogo com as Forças Armadas no processo de instalação de bases em seus territórios, bem como os efeitos da presença desses militares no cotidiano da vida de suas comunidades. Como na maioria das vezes, as unidades militares estão instaladas próximas das aldeias e há uma inevitável interferência no dia-a-dia dos povos que ali vivem, destacando-se nos últimos anos denúncias de mulheres indígenas em relação a processos de assédio sexual por parte de soldados.

O Decreto nº 4.412, de 07/10/2002, reconhece o direito das Forças Armadas de instalarem unidades militares dentro das terras indígenas, sem determinar, no entanto, qualquer procedimento de negociação com os povos indígenas em cujas terras tais unidades possam vir a ser fixadas. O decreto em questão apenas prevê uma possível consulta à FUNAI “acerca de eventuais impactos em relação às comunidades indígenas das localidades objeto das instalações militares”.¹⁹

Sem entrar no mérito de que caberia a uma lei complementar (e não a um decreto) a regulamentação da presença militar em terras indígenas, conforme exigência do parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal, e entendendo que tanto a defesa das fronteiras internacionais como o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas têm *status* constitucional e que, portanto, a garantia de um “não” significa a negação do outro, o que fica patente é que o problema reside em fato diverso: o estamento militar no Brasil tem dificuldade em conceber os povos indígenas como sujeitos políticos com os quais deveriam estabelecer relações de diálogo. Os povos indígenas têm insistentemente tentado criar canais de diálogo direto com as Forças Armadas, enviando cartas e documentos, solicitando audiências e convidando representantes militares a participarem de seminários e debates que possam interessar a ambos os segmentos. Há também uma reivindicação no sentido da construção de um código de conduta que regulamente a presença dos militares em terras indígenas.

Tais esforços, entretanto, não parecem estar sendo suficientes para mudar certos padrões de comportamento que traduzem, ao final, uma posição institucional de refutar qualquer diálogo, o que por sua vez parece revelar uma dificuldade de aceitar a diferença e insistir numa visão de Estado onipotente. Neste sentido, vale mencionar a observação do antropólogo Silvio Coelho dos Santos, para quem o Estado “tem se autopensado como forma politicamente organizada e representativa de uma única nação: a nação dos brasileiros, na qual se pretende – ainda numa perspectiva ideológica – inserir todos os indivíduos que estão dentro do território que o mesmo Estado controla, auto-identificando-os como membros”, concepção esta centrada na homogeneidade dos cidadãos e na quase impossibilidade de admissão da permanência e da continuidade da diferença.²⁰

2.12 Índios e um Direito próprio

Como ensina Carlos Frederico Marés, “as concepções dogmáticas do Direito negam a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito Estatal seja único e onipresente”.²¹ Muito embora os povos indígenas possuam cada qual o seu próprio Direito, com sistemas jurídicos complexos, com normas e sanções que regem suas relações e estruturas internas, o reconhecimento formal deste Direito foi sempre polêmico e ainda hoje é contestado, sendo admitido em casos excepcionais ou com expressas ressalvas. Os poucos juristas que chegam a admitir um Direito indígena tratam-no como Direito pré-colombiano, como se as relações e as estruturas sociais atinentes a cada povo indígena tivessem automaticamente deixado de obedecer a regras próprias a partir da criação do Estado brasileiro.

Trata-se de uma interpretação etnocêntrica do Direito, que não admite que um conjunto de regras diferenciadas que organizam uma sociedade distinta possa ser acatado como Direito, convivendo lado a lado com o Direito estatal. Dessa forma, é que opta por se referir a usos, costumes e tradições, os quais se exige respeitar desde que não sejam

incompatíveis com o sistema jurídico estatal. Na verdade, os sistemas jurídicos indígenas são vistos como mera fonte secundária do Direito, concepção carregada de preconceito que reclama providências no sentido da absorção de preceitos contemporâneos bem mais arrojados sobre o tema. Novamente como ensina Marés, as coisas são assim porque há quem queira que sejam assim – “os inventores da lei, da verdade e, a seu modo, do arbítrio. A invenção da lei, apesar das legitimidades supostas e não raras vezes impostas, formou-se como sistema que não admite concorrência e por isso mesmo privilegia uma única fonte, além de descartar como não-direito tudo aquilo que não está claramente inserido no sistema”.²²

Na prática, algum progresso tem havido nesta questão, ainda que por meio de decisões judiciais isoladas. Exemplo disto foi o julgamento da Ação Criminal nº 92.0001334-1, pela Justiça Federal de Roraima, que deixou de condenar o índio Basílio Alves Salomão, acusado de ter matado outro índio, por conta de já ter o mesmo recebido e cumprido uma punição imposta pelo povo indígena do qual faz parte.²³ No caso, a punição recebida era o afastamento do convívio com todo e qualquer membro daquele povo, devendo o índio Basílio permanecer em estado de isolamento dentro do território indígena por tempo determinado. Para a Justiça Federal, isso significava pena similar à pena de prisão do direito brasileiro, que se traduz justamente por um afastamento do indivíduo do convívio de seus pares.²⁴ É preciso difundir e multiplicar casos como este, que pouco a pouco irão construir uma solução adequada, permitindo superar as dificuldades hoje ainda vislumbradas e, não raro, objeto de ordens e de iniciativas pouco justas.

2.13 Responsabilidade penal

Este é um tema polêmico e dos mais reveladores do preconceito da sociedade brasileira em relação aos índios. De grande apelo junto à população, suscita afirmações no sentido de que os índios são cidadãos privilegiados e de que a legislação brasileira lhes permite cometerem

crimes sem que sejam punidos. Na verdade, o assunto traz à tona o grau de desconhecimento das pessoas acerca das realidades indígenas, seu nível de incompreensão da diferença e ainda a dificuldade generalizada de entendimento das sutilezas de nossa legislação.

Quanto a isso, é preciso destacar a crescente intolerância, tanto no plano legislativo como no judicial, no que diz respeito à aplicação de dispositivos que asseguram tratamento diferenciado aos índios acusados do cometimento de infrações penais em razão de suas especificidades socioculturais. Por exemplo, o Estatuto do Índio, em seu artigo 56, dispõe que, no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada, devendo ainda o juiz, quando da fixação da pena, considerar a extensão das relações do índio em questão com a sociedade envolvente.

Como já foi dito acima, existe um projeto no Congresso Nacional propondo a supressão desta atenuação automática da pena, por entender que os índios não merecem qualquer diferenciação neste aspecto. Numa visão obtusa e preconceituosa sobre o modo como os índios se organizam, por trás desta consideração de inexistência de diferença entre índios e demais segmentos da sociedade, repousa o entendimento de que índio que não está em regime de permanente isolamento da sociedade não é índio. Usou relógio, dirigiu carro, protestou diante do Congresso, é automaticamente índio que domina todos os códigos da sociedade que o envolve e, por isso mesmo, faz por merecer as penas da lei sem qualquer ressalva. Este entendimento é duplamente perverso, pois apóia-se em conceitos já superados – como aculturação e integração – para barrar a aplicação de dispositivos legais vigentes, e ainda bane a possibilidade de interpretação de tais dispositivos de acordo com a concepção contemporânea do princípio da igualdade, que pressupõe a observação e o respeito à diferença.

Infelizmente, decisões judiciais têm revelado esta mesma tendência, como foi o caso do julgamento do *habeas corpus* 79.530-7, em que o Supremo Tribunal Federal considerou o índio como aculturado por ser alfabetizado, eleitor e falar fluentemente o português, não permitindo sequer que fosse procedida uma avaliação antropológica no caso.

2.14 Saúde e educação

Nas áreas de saúde e educação, campos clássicos por excelência da criação de ações afirmativas,²⁵ podem ser destacadas algumas iniciativas interessantes relativas aos direitos indígenas, que puderam, a partir de 1988, assegurar políticas diferenciadas de atendimento aos índios.

No caso da educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394, de 20/12/96), em seus artigos 78 e 79, estabelece que compete ao Estado oferecer aos índios uma educação escolar bilíngüe, ou seja, simultaneamente em português e nas línguas indígenas. Os dispositivos legais obedecem ao comando constitucional e têm por objetivo proporcionar “a recuperação de suas memórias históricas, a reafirmação de suas identidades étnicas e a valorização de suas línguas e ciências”, firmando ainda a obrigação da União de apoiar técnica e financeiramente o provimento dessa educação.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Educação, por meio da Resolução nº 3, de 10/11/99, definiu que compete à União fixar as diretrizes da política de educação indígena, cabendo aos estados a tarefa de ofertá-la. Precisamente neste ponto reside a controvérsia até hoje não solucionada, já que os povos indígenas, por meio de suas organizações, reivindicam que a União assuma diretamente a tarefa do atendimento escolar, tendo como base o argumento de que os estados (bem como os municípios) não são capazes e não demonstram vontade política de seguir as diretrizes fixadas pelo Ministério da Educação, além de dificultarem em muito o repasse dos recursos que recebem da União especialmente para este fim. Boa parte dessa falta de vontade política dos estados decorre do fato de que os poderes locais são aqueles que mais se opõem a um tratamento digno para os povos indígenas, em razão dos conflitos de interesses e das disputas efetivas que ganham materialidade no plano local.

Outra iniciativa interessante a ser destacada no campo da educação indígena é que algumas universidades começam a delinear programas de cotas para o ingresso de estudantes indígenas em seus cursos, como é o caso, por exemplo, da Universidade de Brasília (UNB). Muito embo-

ra a implantação de cotas, como política de ação afirmativa, seja alvo de grandes polêmicas no país neste momento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa Gomes, ressalta que “os partidários das Ações Afirmativas justificam sua adoção com o argumento de que esse tipo de política social seria apta a atingir uma série de objetivos que restariam normalmente inalcançados caso a estratégia de combate à discriminação se limitasse à adoção, no campo normativo, de regras meramente proibitivas de discriminação. Numa palavra, não basta proibir, é preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que venha a operar-se uma transformação no comportamento e na mentalidade dos membros da sociedade, cujos ‘mores’ são fortemente condicionados pela tradição, pelos costumes, pela história”.²⁶

Sobre este tema, basta observar o número ainda bem restrito de profissionais indígenas com nível universitário hoje no Brasil para verificarmos que, em não havendo uma ação maciça deste tipo, ainda vai levar muito tempo para que os índios consigam superar o abismo que os separa dos demais segmentos da sociedade brasileira. Algumas iniciativas pontuais e pioneiras têm conseguido fazer a diferença num país onde ainda tão poucos se preocupam com isso, merecendo todo o apoio e reconhecimento.

Vale ressaltar a iniciativa da Universidade Estadual do Mato Grosso (UNEMAT), que estruturou um curso de terceiro grau dedicado especialmente à formação de professores indígenas, permitindo que aqueles que se matriculam possam obter uma formação adequada para lecionar nas escolas indígenas. Com relação a este tipo de formação, há algumas outras iniciativas relevantes adotadas por organizações indígenas, em conjunto com organizações da sociedade civil e universidades, iniciativas estas bastante bem-sucedidas, muito embora se deparem com enormes dificuldades financeiras e burocráticas em razão justamente da omissão dos poderes públicos no sentido de proverem a adequada capacitação desses futuros professores.

Na área da saúde indígena, por sua vez, merece destaque a aprovação da Lei 9.836, de 23/09/99, conhecida como Lei Arouca, que criou o

Subsistema de Atenção à Saúde Indígena como componente do Sistema Único de Saúde (SUS). Este Subsistema está estruturado com base em Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs), desenhados justamente para, em sua atuação, levarem em consideração a realidade local e a especificidade das culturas dos povos indígenas. Em outras palavras, trata-se de capacitar uma equipe de profissionais com relação às especificidades culturais dos povos com os quais estarão trabalhando, de modo a garantir que a prestação do atendimento à saúde ocorra de maneira dirigida e adequada.

Na prática, a prestação dos serviços de saúde aos índios e a implantação dos DSEIs tem se dado de forma desigual e “o desafio de contemplar as especificidades de cada contexto na implantação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas ainda está longe de ser superado”.²⁷ Os povos indígenas e suas organizações afirmam a importância da manutenção do modelo, mas reivindicam que se assegure a autonomia administrativa e financeira dos DSEIs, como também que sejam oferecidas condições para que os índios participem efetivamente de suas instâncias decisórias.²⁸

O modelo de atendimento à saúde indígena esbarra ainda em questões internas do próprio governo federal, já que restam grandes controvérsias sobre as atribuições dos órgãos aos quais compete prover tal atendimento. Se por um lado há expressa determinação legal no sentido de que isto compete à Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), por outro, a FUNAI, como gestora da política indigenista, reclama permanentemente um papel na questão, o que faz com que um conflito de natureza corporativa crie enormes obstáculos para que a ação do Estado se faça de forma integrada e eficaz.

2.15 “Povos resistentes”, índios nas cidades e cidades indígenas

Como foi colocado inicialmente, estes temas integram um capítulo à parte na discussão dos direitos indígenas em nosso país. Com relação

aos índios que vivem em cidades, trata-se de um fenômeno que resulta, em geral, de processos de expulsão, o que levou grupos inteiros, ou partes deles, a migrarem, inicialmente, das terras tradicionais para as cidades próximas, deslocando-se posteriormente para cidades maiores ou centros urbanos que se constituem em pólos históricos de atração de migração, como é o caso da cidade de São Paulo. Exemplo disto é o caso dos índios Pankararu do sertão de Pernambuco que, em razão dos impasses no processo de demarcação de suas terras tradicionais, viram parte de sua população deslocar-se para a cidade de São Paulo, onde se concentraram na Favela Real Parque, localizada no bairro do Morumbi, um dos mais nobres da capital paulista, bem como em três outras áreas.²⁹ Os Pankararu tentam hoje reproduzir, no exíguo espaço da favela, a sua condição de povo, buscando manter traços mínimos de sua identidade cultural, seja como estratégia de sobrevivência em meio às difíceis condições da cidade grande, seja pela deliberada intenção de não quebrarem os elos com a origem distante, o que lhes garante a continuidade e a reprodução sociocultural.

Situação semelhante enfrentam os índios Terena que, em razão da redução de seus territórios tradicionais, migraram em grande parte para Campo Grande, capital do Mato Grosso do Sul, onde constituíram um bairro. Manaus, capital do Amazonas, e Boa Vista, capital de Roraima, são outras duas cidades que receberam grandes contingentes de população indígena que ali vivem, mas ainda procurando manter traços de suas identidades culturais.

O governo federal, ao qual compete a gestão da política indígena no Brasil, não consegue traçar programas de assistência aos índios nessa situação, visto que todo o desenho de suas atividades está voltado ao atendimento dos índios que vivem em aldeias, mormente os que habitam as regiões mais afastadas dos grandes centros. Além disso, os índios que vivem em cidades encontram-se em uma espécie de limbo jurídico, tendo dificuldades para fazerem valer qualquer direito, na medida em que também a legislação está construída para proteger os índios que vivem em seus territórios tradicionais ou afastados do convívio com o chamado “mundo dos brancos”. Morar em cidades tem sido equivocada-

damente entendido como um dado revelador da perda da intenção de manter a condição de indígena, o que implicaria uma certa renúncia tácita à proteção especial garantida pela legislação. Infelizmente, este entendimento desconsidera os processos históricos mencionados, dando margem a novos tipos de preconceito ainda não vislumbrados por nosso ordenamento jurídico.

Na mesma linha, está a situação de povos indígenas que, em razão de processos históricos de opressão e discriminação, além de terem sido expulsos de suas terras tradicionais, viram-se obrigados a esconder a sua própria identidade enquanto índios, como condição mesma para a sua sobrevivência. Isto atingiu particularmente povos nas regiões Nordeste, Sul e Sudeste do país, onde os efeitos do processo de colonização do território se fizeram sentir de forma maciça ao longo dos anos. De algum tempo para cá, principalmente em função do advento da Constituição de 1988 e da consolidação do processo de redemocratização do país, vários desses povos puderam resgatar as suas histórias e reassumir as suas identidades, iniciando uma luta pelo reconhecimento da condição de povos indígenas com a conseqüente garantia dos direitos territoriais – são os chamados “povos resistentes”, por alguns referidos como “identidades (ou povos) emergentes”, ou ainda “ressurgidos”.

Como a legislação não faz distinção ao que diz respeito às garantias dos direitos indígenas – além do fato de a Constituição estabelecer a imprescritibilidade de tais direitos – os “resistentes” enfrentam os mais diferentes tipos de preconceito e de discriminação consubstanciados na tentativa de simplesmente desqualificar a sua pretensão ou, ainda, de propor que, em havendo reconhecimento da condição de indígena, isto não se traduza na garantia de território e dos demais direitos correspondentes. Esta é uma situação ainda carente de tratamento específico, o que alimenta o surgimento de graves conflitos fundiários em distintas regiões do país.

Por fim, a questão das “cidades indígenas” em terras indígenas é também o resultado de processos históricos por meio dos quais o Estado, desde o período colonial, procurou agrupar os índios em espaços territoriais limitados que facilitassem inicialmente o trabalho da sua

conversão à fé católica e, posteriormente, a prestação de serviços de assistência, como educação e saúde. Quase sempre esses processos tinham por objetivo a liberação dos espaços de terras restantes para o processo de colonização, bem como a concentração de mão-de-obra indígena com vistas à facilitação do acesso e da exploração.

Isto fez com que surgissem, em algumas regiões do país, grandes aglomerados populacionais dentro de terras indígenas, que assim permanecem até os dias de hoje, enfrentando grande parte dos problemas existentes em um núcleo urbano, com a agravante de estarem submetidos ao *status* jurídico “terra indígena”, o que não dá conta de atender às demandas específicas de suas populações em razão da legislação vigente. Como exemplo podemos citar a necessidade de prestação de serviços públicos, como os atendimentos nas áreas de saúde, educação, comunicação e saneamento básico, o que pressupõe estruturas mínimas por parte de órgãos públicos não apenas na esfera federal, mas também na estadual e na municipal, criando impasses que impedem a satisfação das necessidades desses núcleos populacionais, o que é assegurado a todos os brasileiros, pelo menos em tese. No entanto, por se tratar de terra indígena, onde a jurisdição é fundamentalmente federal e o acesso é restrito, os estados e os municípios têm constantemente se omitido na prestação dos serviços que lhe competem, sem que o poder federal, por sua vez, a supra.

Situações como essas são encontradas, por exemplo, na região de Iauareté, no Alto Rio Negro, Amazonas. Merece também destaque a região do Alto Solimões, onde comunidades Ticuna, como Feijoal, contam com mais de 2.000 habitantes.³⁰ São verdadeiras cidades indígenas dentro de terras indígenas, reclamando modelos criativos capazes de garantirem direitos e permitirem a continuidade sociocultural desses povos.

A legislação não trata desta questão, pois os direitos indígenas, como já se disse, estão desenhados para as situações em que os índios vivem em estado de maior isolamento, de forma que não contemplam a necessidade de atendimento de situações diferenciadas e complexas, como as relatadas acima. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro mos-

tra-se defasado em relação ao que já é feito em países como a Colômbia e a Dinamarca, entre outros, onde os territórios indígenas ganham *status* assemelhado ao de unidades administrativas, o que permite a organização de sua estrutura de funcionamento e a conseqüente prestação dos serviços públicos fundamentais aos seus habitantes.

O Brasil precisaria fazer coisa similar, sob pena de perpetuar uma situação de discriminação e cerceamento dos direitos de cidadania dos índios em “cidades indígenas”. A montagem deste arranjo institucional desafia os nossos legisladores, posto que implica reconhecer certo grau de autonomia dos índios na gestão de suas terras, tema que sempre traz à tona o fantasma da criação de quistos ou enclaves étnicos, instigado por aqueles que teimam em ver no reconhecimento dos direitos indígenas, principalmente quando se trata de terras na faixa de fronteira, uma ameaça à soberania nacional.

2.16 Avanços e desafios com relação aos direitos territoriais indígenas

No que tange aos índios, as políticas públicas do Estado brasileiro padecem hoje, na sua implementação, de um elevado grau de esquizofrenia,³¹ como se viu, fruto da convivência de um texto constitucional extremamente avançado, de algumas leis modernas, ao lado de um Estatuto do Índio arcaico e fundado em conceitos totalmente superados que, entretanto, ditam as regras do dia-a-dia da aplicação dessas políticas. Assim é, por exemplo, quando a Procuradoria Jurídica da FUNAI manifesta-se oficialmente contrária à criação de associações indígenas sem o aval do órgão, e pela invalidação dos atos por elas praticados, argumentando terem os índios a condição de relativamente incapazes. De forma concomitante, a mesma Procuradoria da FUNAI não vê qualquer problema no fato de índios assumirem o cargo de administradores de unidades regionais do órgão, mas entende que a tutela os isenta de responsabilidade em casos de eventuais irregularidades.

Apesar dos inúmeros problemas na condução da política indigenista no país, não é possível deixar de reconhecer que muitos avanços ocorreram nos últimos anos na questão do reconhecimento territorial indígena – e, como já se disse, o direito à terra está na base do reconhecimento de todos os demais direitos indígenas.

Registre-se também o fato de que, a partir do final dos anos 90, começaram a surgir, de forma intensa, novas reivindicações por demarcações de terras nas regiões Centro-Oeste, Sul e Nordeste, que poderiam, segundo dados do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), elevar o atual número das Terras Indígenas para mais de 700. Precisar a validade deste número, o potencial de impacto das reivindicações em termos de conflitos sociais envolvendo os índios e os atuais ocupantes dessas terras, a extensão das terras reivindicadas e quantas famílias possivelmente poderão ser reassentadas são tarefas que se colocam desde já, posto que, na medida em que surge a reivindicação formal, a tendência é o imediato acirramento dos conflitos locais. Apenas para exemplificar, sabe-se que nos estados de Mato Grosso e Santa Catarina, os conflitos entre índios, fazendeiros e posseiros intensificaram-se fortemente nos últimos anos devido ao aumento das reivindicações dos índios quanto à retomada de antigos territórios. Sabe-se que este aumento é também em parte decorrente do ressurgimento de identidades indígenas (“povos resistentes”) e das demandas que disso resultaram, como mencionado acima.

O fato é que o binômio “consolidação de direitos territoriais/aumento de reivindicação por novas terras” delinea duas vertentes que exigirão a atuação do Estado nos próximos anos. A primeira, no sentido de proporcionar aos índios os mecanismos adequados à gestão territorial de suas terras, principalmente na Amazônia, onde a complexa mistura de grandes extensões, as enormes riquezas naturais, a inserção geopolítica delicada e a pressão constante de frentes predatórias, abrigadas ou não por projetos de desenvolvimento governamentais, tornam o tema natureza obrigatório. A segunda, consubstanciada no desafio de lidar com o conjunto de novas reivindicações no sentido do reconhecimento de identidades indígenas emergentes e da conseqüente demarcação de

terras, o que é particularmente delicado em regiões como a Nordeste e a Sul, dado o grau de ocupação que lá já existe, diferente da Amazônia, onde o cobertor fundiário é um pouco mais longo.

Não se pode esquecer que há ainda a solicitação de revisão de demarcações feitas anteriormente, as quais, aparentemente consolidadas, são questionadas pelos índios. É o caso, por exemplo, da revisão recentemente efetuada nos limites da Terra Indígena do Toldo Chimbanguê, em Santa Catarina, demarcada nos anos 80 após um intenso conflito com os posseiros que a ocupavam. Naquela ocasião, dado o grau do conflito, o Estado optou por não fazer uso do dispositivo constitucional da nulidade dos títulos existentes, tendo indenizado os portadores de título no efetivo valor das benfeitorias e da terra nua. Uma parte dos posseiros de lá, removidos nos anos 80, veio a constituir o núcleo pioneiro de formação do Movimento Sem-Terra (MST). Como esta, outras terras aparentemente há muito solucionadas aguardam por revisão de limites.

Há hoje no órgão indigenista inúmeros pedidos de revisão de Terras Indígenas, sendo que alguns deles implicam necessariamente a ampliação da extensão e, em certos casos, isto incide também sobre áreas consideradas como unidades de conservação, gerando novos tipos de conflitos diante de atores que historicamente atuaram como aliados das causas indígenas. Cita-se aqui o exemplo da Terra Indígena Ibirama, do Povo Xokleng, situada também em Santa Catarina, cujo relatório de identificação foi contraditado por uma das mais conhecidas organizações ambientalistas daquele estado. A organização insurgiu-se contra a pretensão dos índios de ampliar os limites de sua terra em razão do esgotamento dos recursos naturais nela existentes, alcançando assim áreas protegidas. Para os ambientalistas, ao invés disso, os índios deveriam rever os seus padrões de exploração e uso do meio ambiente, buscando um modelo sustentável, cabendo ainda ao Estado fornecer as condições para que essa mudança ocorresse.

Neste caso, o processo de revisão era realmente complexo, pois abrangia, além de Unidades de Conservação, áreas que haviam sido ocupadas pelos Xokleng no passado e das quais tinham sido retirados,

mas que hoje estão nas mãos de pequenos proprietários, colonos etc. Registre-se que este povo indígena já tinha sofrido com os impactos advindos da construção de barragens para a contenção de enchentes em cidades próximas à sua região, as quais afetaram seu território. Ao final, o Ministério da Justiça decidiu atender à reivindicação dos índios. Entretanto, desde a expedição da Portaria de demarcação, inúmeras ações judiciais foram propostas contra a ampliação dos limites e a situação deverá ficar pendente até decisão do Judiciário.

Este exemplo está nitidamente relacionado a uma situação em que o esgotamento de recursos naturais, dentre outros fatores, leva os índios a solicitarem a revisão da demarcação de suas terras. Em certas áreas, como a região Sul, em razão da consolidação do processo de ocupação, o tema torna-se extremamente conflituoso, projetando a necessidade de que os próprios povos indígenas, para além da correção de situações injustas, viabilizem a implementação de modos de uso dos seus territórios em bases sustentáveis e com meio ambiente equilibrado, evitando que, no futuro, a alternativa drástica do pedido de revisão afigure-se como a única a ser buscada, mesmo porque, muitas vezes, a revisão não é de fácil implementação.

2.17 A difícil tarefa de viver em um Estado esquizofrênico

Parece claro que a Constituição Federal conseguiu revolucionar os padrões de relacionamento dos povos indígenas com o Estado brasileiro, quebrando premissas e superando preconceitos até então arraigados em nosso ordenamento jurídico. Com isso, constituiu-se fator determinante dos avanços obtidos a partir de 1988 com respeito ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, principalmente quanto à demarcação de suas terras tradicionais. Evidentemente que nem tudo funciona com perfeição e, na prática, os índios ainda estão distantes até mesmo do gozo pleno dos direitos a eles já garantidos. Isto sem falar na incapacidade de nossa ordem jurídica em atender a demandas crescen-

tes de povos indígenas, as quais refletem a diversidade de situações que caracteriza a questão indígena no Brasil de hoje. As lacunas do ordenamento jurídico geram ou perpetuam conflitos sociais cuja solução é há muito devida. Em verdade, Miguel Pressburger acredita, ao se referir às “lutas dos oprimidos, dos espezinhados, dos discriminados”, que “nenhuma ordem jurídica, seja lá qual for, dá conta de abafar ou mesmo de reprimir os conflitos sociais”.³²

Embora a Constituição de 1988 tenha rompido com paradigmas profundamente preconceituosos até então vigentes, “essa ruptura, contudo, não foi prontamente entendida, interpretada e executada pelo Estado e seus poderes...”.³³ Como vimos, o Legislativo tem repetidamente se omitido de regulamentar alguns dos direitos criados e demonstra hoje uma tendência a limitá-los e a minimizar a sua aplicação por meio de emendas constitucionais e projetos de lei ora em trâmite no Congresso Nacional. Por outro lado, o Executivo insiste em visitar paradigmas revogados de integração, incitando polêmicas desnecessárias que pouco permitem avançar na direção da concretização da concepção contemporânea de igualdade. Por fim, tão pouco o Judiciário tem sido unânime na interpretação inovadora e justa dos preceitos constitucionais, chegando ao absurdo de entender, como diz Carlos Marés, mas sem obviamente dizê-lo claramente, que “a Constituição admite também a possibilidade de um direito constitucionalmente estabelecido não ser realizado”.³⁴

Paralelamente, a multiplicidade de atores atuantes na questão, o crescimento, o amadurecimento e o fortalecimento do assim chamado “movimento indígena” possibilitaram aos índios passarem a integrar efetivamente o cenário político nacional como atores sociais naturais – e não exóticos – o que até 1988 não ocorria. A atuação conjunta desses atores tem permitido aos índios avançarem na conquista de seus direitos, o que se refletiu especialmente no reconhecimento de direitos territoriais. É certo que há ainda pendências e problemas quanto à demarcação de terras indígenas no país, mas não se pode negar que, sob este aspecto, os índios deram grandes passos desde 1988. E as conquistas, como vimos, não se resumem ao reconhecimento dos direitos territoriais.

É verdade, porém, que os avanços fizeram crescer, pelo menos em algumas regiões do país, o clima de reação e animosidade contra os índios, o que coloca novas questões e cenários para eles, que precisarão afastar passo a passo todos os entraves ainda existentes – e os que se pretendam criar – no ordenamento jurídico brasileiro, para se verem reconhecidos como sujeitos históricos com pleno controle sobre as suas vidas.

Em existindo uma pretensão de sanear a ordem jurídica brasileira em prol dos direitos indígenas por meio da garantia do direito à diferença, algumas questões precisarão ser necessariamente consideradas, a saber:

- Aprovação de lei de revisão do Estatuto do Índio.
- Substituição da tutela por outros mecanismos de proteção especial e instrumentos de apoio do poder público aos povos indígenas.
- Reformulação do órgão indigenista para adaptar sua estrutura à de um órgão oficial pós-tutelar, dedicado a promover a cidadania indígena ao invés de substituí-la, além de trabalhos técnicos de demarcação, exercício do poder de polícia em defesa dos direitos indígenas e da efetiva proteção aos índios sem contato formal com a sociedade (os chamados “isolados”).
- Adoção de programas governamentais adequados às diferentes realidades regionais, que beneficiem povos e comunidades que mantêm relações entre si e partilham de contextos locais comuns, com o objetivo de apoiar as formas de vida de cada um desses povos e permitir a sua participação, sempre que interessados, nos processos de decisão de prioridades e nas respectivas dinâmicas regionais.
- Desenvolvimento de uma ação integrada no que diz respeito à política para a saúde indígena, no sentido de diferentes agências governamentais passarem a se articular para atenderem ao conjunto das demandas indígenas.
- Construção de um código de conduta para regulamentar e disciplinar a presença dos militares em terras indígenas, conforme compromisso assumido pelo governo brasileiro durante a Conferência Mundial do Racismo na África do Sul em 2002.

- Criação do Conselho Nacional de Política Indigenista, que deverá ser composto por representantes dos povos indígenas, das organizações de apoio à causa indígena e de órgãos do Governo Federal, com o papel de coordenar a ação governamental de atendimento aos índios.³⁵

Por fim, é preciso dizer que os direitos dos povos indígenas sobre os seus territórios e sobre os recursos naturais neles existentes, a necessidade de encontrarem formas sustentáveis de gestão de suas terras e riquezas, além de alternativas para os casos em que as terras indígenas não comportem minimamente os povos que nelas vivem e seus projetos de futuro – isto tudo aliado à necessidade de proteção da sua integridade cultural e à garantia do seu direito à diferença – constituem o rol de temas prioritários para os povos indígenas no Brasil nos dias de hoje.

Notas

- ¹ Um dos projetos de lei decorreu da iniciativa do Poder Executivo; o outro foi elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e o terceiro, pelo então Núcleo de Direitos Indígenas (NDI), que posteriormente veio compor o Instituto Socioambiental (ISA).
- ² Em 2000, o Governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, por ocasião das chamadas comemorações dos 500 anos do Brasil, apresentou ao relator do projeto de revisão do Estatuto, que estava parado na Câmara dos Deputados, uma proposta alternativa àquele texto, o que permitiria o desbloqueio da sua tramitação. A proposta alternativa do Executivo resultava das discussões havidas, durante a gestão Carlos Marés na Presidência da FUNAI, entre o Ministério da Justiça e a Casa Civil da Presidência da República, mediadas pela Assessoria Especial do Presidente da República, com a participação e a consulta a diversos outros órgãos federais. Tais discussões, marcadas por debates acirrados e por divergências profundas entre instâncias governamentais, geraram um texto que preserva os avanços do substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara em 1994, embora não tenha conseguido solucionar as divisões existentes no âmbito do governo acerca do tratamento conceitual a ser dado ao indivíduo, às comunidades e aos povos indígenas. Neste sentido, a proposta fez uma opção tímida, limitando-se a falar em índios e em comunidades.
- ³ “O Processo de Demarcação das Terras Indígenas: o Poder Público deve aplicar o artigo 231 da Constituição”. In: *Terra Indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: CEDI-Museu Nacional, 1992.
- ⁴ “Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Índios”. In: *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: NDI e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p.47.

- ⁵ “Os antropólogos e a Lei”. São Paulo, 2001. mimeo.
- ⁶ Neste sentido, vale observar o que dizem Antonio Carlos de Souza Lima e Maria Barroso-Hoffmann: “assim, pode-se, por um lado, reconhecer sem dificuldade que o modelo tutelar que constituiu a FUNAI encontrou seu fim legal com a Constituição de 88 e seus desdobramentos e, por outro, que sem avaliações claras e objetivas da complexidade da situação indígena no Brasil, sem novos projetos de futuro decorrentes de um padrão de diálogo intercultural e intersocial e sem um novo instrumento de regulação das relações com os povos indígenas no Brasil, alguns dos piores aspectos da tutela podem aflorar. A tramitação do ‘Estatuto das Sociedades Indígenas’ desde 1991, por exemplo, é apenas um dos capítulos desse contexto. Reconhecer o ‘fim jurídico’ da tutela da União sobre os povos indígenas pela Constituição de 1988, portanto, não significa o fim de formas de exercício de poder, de moralidades e de interação que se poderiam qualificar de tutelares, nem representa um novo projeto para o relacionamento entre povos indígenas, poderes públicos e segmentos dominantes da sociedade brasileira assumido com clareza pelas instâncias governamentais responsáveis. Inexiste hoje, no plano da administração pública, uma política indigenista federal, isto é, um planejamento de governo transformado em diretrizes para ação, seja alocando e redistribuindo os recursos captados pelo Estado brasileiro, seja abordando diferentes aspectos da vida dos povos indígenas por meio não só da interlocução com os mesmos, como também de suas ‘organizações’ ou outras formas nativas de gestão política”. (“Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas. Uma apresentação”. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de & BARROSO-HOFFMAN, Maria (orgs.). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: base para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002. p.17).
- ⁷ Sobre críticas às propostas de substituição da tutela, ver ARAÚJO, Ana Valéria e LEITÃO, Sergio. “Direitos Indígenas: avanços e impasses pós-1988”. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.
- ⁸ In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998. p.99.
- ⁹ Idem, p.105.
- ¹⁰ Idem, p.106.
- ¹¹ Anais do Seminário Bases para uma Nova Política Indigenista. Departamento de Antropologia, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, junho de 1999. mimeo.
- ¹² O Código Civil, Lei 10.406, foi sancionado em 10/01/2002, publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 11/01/2002, tendo entrado em vigor somente um ano após a sua publicação.
- ¹³ Art. 4º, parágrafo único.
- ¹⁴ O Decreto Legislativo nº 143, de 20/06/2002, publicado no DOU de 21/06/2002, aprova o texto da Convenção 169 da OIT.
- ¹⁵ A Convenção, entretanto, foi extremamente criticada por ter incluído em seu texto uma ressalva acerca do conceito de povos indígenas em relação ao direito internacional, qual seja: “o uso do termo ‘povos’ nesta Convenção não deverá ser interpretado como tendo qualquer implicação no que se refere aos direitos que possam se conferir ao termo no Direito Internacional” (art. 1º, 3).
- ¹⁶ Artigo 6º, 1, “a”.
- ¹⁷ Artigo 1º, 2.

- ¹⁸ A regulamentação das atividades de mineração em terras indígenas encontra-se em debate no Congresso Nacional há mais de 10 anos. Recentemente, na primeira Conferência Nacional dos Povos Indígenas, ocorrida no mês de abril de 2006, o assunto foi um dos principais pontos de pauta. Chamou a atenção dos índios a recente tentativa do governo de apresentar um projeto de lei ao Congresso atendendo à recomendação feita pelo GTI de Política Indigenista, que encerrou seus trabalhos em dezembro de 2005, de elaborar um projeto específico para o tema, ao invés de discuti-lo no âmbito da reformulação por completo do Estatuto do Índio. Os índios pediram que o assunto seja melhor discutido e que só seja deliberado na próxima Conferência.
- ¹⁹ Art. 1º, parágrafo único.
- ²⁰ In: SANTOS, Silvio Coelho dos. *Os povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Ed. da UFSC/Movimento, 1989, capítulo III.
- ²¹ "Índios e Direito: o jogo duro do Estado". In: Coleção *Seminários*, nº II. *Negros e Índios no Cativoiro da Terra*. Instituto Apoio Jurídico Popular-FASE, Rio de Janeiro, 1989. p. 6.
- ²² In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998. p.24.
- ²³ Eis o relato do Juiz Federal Helder Girão Barreto, em obra de sua autoria sobre o caso: "Trata-se de processo crime da competência do Tribunal do Júri Federal, através do qual o indígena Basílio Alves Salomão foi julgado pelo homicídio do também indígena Valdenísio da Silva. Na época do fato o acusado era Tuxaua da Comunidade Indígena do Maturuca, estado de Roraima. O crime ocorreu em 1986, e a sessão do Júri Federal ocorreu em 2000, quase catorze (14) anos depois. À primeira vista poderia parecer um caso estupendo de morosidade judiciária, mas a referência é necessária no contexto. Pois bem, após cometer o crime, o acusado foi 'preso' e 'julgado' pela própria Comunidade Indígena à qual pertencia, recebendo as seguintes 'penas': cavar a cova e enterrar o corpo da vítima; e ficar 'em degredo' de sua comunidade e de sua família pelo tempo que ela [comunidade] achasse conveniente. No dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade do Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: 'quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas'; é que isso 'é um costume que vem antes do tempo de seus avós'. As testemunhas confirmaram estes fatos. Em plenário foi ouvida a antropóloga Alesandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi 'um índio que mata outro é submetido a um Conselho, formado por pessoas de expressão política', escolhidos pela própria comunidade e reconhecido como detentor de 'autoridade'; que 'a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento'; que 'tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça'; e conclui: 'para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes'. Durante os debates o Membro do Ministério Público Federal requereu a absolvição do acusado, por entender que ele já tinha recebido a punição devida, aquela que fora aplicada pela sua própria Comunidade. Aos sete jurados, dentre os quais estava o índio Narciso Jerônimo Raposo, foi submetido o seguinte quesito: '3º Quesito: O fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua Comunidade Indígena é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento?' Por sete votos, isto é, a unanimidade, os jurados responderam 'sim', reconheceram uma 'causa supralegal de exclusão da culpabilidade', e o acusado (foi) absolvido. Não houve recurso de ambas as partes, e a sentença transitou em julgado. A Justiça, em seu sentido mais puro, foi feita. A Justiça dos índios." (In: *Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003. p.119.)

- ²⁴ A decisão reportou-se ao disposto no artigo 57 do Estatuto do Índio que determina: “será tolerada 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, proibido em qualquer caso a pena de morte”.
- ²⁵ “Ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.” In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.40.
- ²⁶ *Idem*, p.44.
- ²⁷ PELLEGRINI, Marcos. “Povos Indígenas e a Conquista da Cidadania no Campo da Saúde”. In: RICARDO, Carlos Alberto (ed.). *Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000. p.139-142.
- ²⁸ Reivindicações apresentadas na “Carta da Mobilização Nacional Terra Livre”, organizada pelo Fórum de Defesa dos Direitos Indígenas, que contou com a presença de mais de 550 lideranças indígenas, reunidas na Esplanada dos Ministérios, em Brasília, de 4 a 6 de abril de 2006.
- ²⁹ “Quase um quarto dos 6,5 mil Pankararu, de Pernambuco, está vivendo em quatro favelas de São Paulo. A maior parte (aproximadamente 500) dos que migraram mora no Real Parque, Zona Sul, e outros 700 se espalharam pelas favelas do Parque Santa Madalena, Zona Leste, Paraisópolis e Grajaú, Zona Sul. O grupo Pankararu, da família Tupinambá, situa-se entre os maiores que ainda sobrevivem no país e se concentra na aldeia Brejo dos Padres, uma área demarcada de 8,1 mil m² entre os municípios de Petrolândia e Tacaratu, no sul de Pernambuco, divisa com Bahia e Alagoas. Expulsos do local, também ocupado por posseiros, os Pankararu começaram a migrar para São Paulo a partir da década de 50. O fluxo continua intenso nos dias atuais. Diariamente, de dois a três índios, em média, desembarcam na Capital, em busca de trabalho.” Diário Popular, 9/9/96, citado in RICARDO, Carlos Alberto (ed.). *Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000. p.551.
- ³⁰ Dados referentes ao ano 2000. In: RICARDO, Carlos Alberto (ed.). *Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000.
- ³¹ Conceito formulado por Márcio Santilli em discussões e debates promovidos pelo Instituto Socioambiental (ISA).
- ³² In: Coleção *Seminários*, nº II. *Negros e Índios no Cativo da Terra* (prefácio). Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular-FASE, 1989.

- ³³ MARÉS, Carlos. “As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios”. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de & BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.
- ³⁴ Idem.
- ³⁵ Conforme reivindicação contida na “Carta da Mobilização Nacional Terra Livre”, organizada pelo Fórum de Defesa dos Direitos Indígenas, que contou com a presença de mais de 700 lideranças indígenas reunidas na Esplanada dos Ministérios, em Brasília, de 25 a 29 de abril de 2005. Já a “Carta da Mobilização Nacional”, ocorrida em 2006, diz o seguinte: “à nossa reivindicação para a criação do Conselho Nacional de Política Indigenista, vinculado à Presidência da República, com competência deliberativa e criado por lei, o Governo Federal respondeu com a criação, em 13 de março último, de uma Comissão Nacional de Política Indigenista, por decreto e vinculada ao Ministério da Justiça”. Para os representantes dos povos indígenas que participaram do “Abril Indígena”, restou a “preocupação com as reais condições que serão oferecidas pelo Ministério da Justiça para o funcionamento da Comissão, principalmente no tocante ao seu pleno funcionamento operacional, garantindo a periodicidade estabelecida bem como a participação efetiva dos representantes dos povos indígenas e suas organizações e das entidades de apoio à causa indígena”.

Parte 3

O Direito na visão do advogado indígena — ensaios autorais

Índios foram à Constituinte para conquistar proteção social contra a perda da própria identidade

Índio garante terra e o direito de ir à Justiça

BRASÍLIA — A Belém-Brasília e a Transamazônica poderiam não ter sido abertas, se a nova Constituição estivesse em vigor. É que, com a aprovação pela Constituinte — por 497 votos a favor, cinco contra e dez abstenções — do Capítulo que trata dos índios, nenhuma rodovia cortará terra indígena sem a aprovação do Congresso Nacional.

Esta é uma das duas grandes conquistas dos índios, segundo o deputado José Carlos Saboya (PMDB-MA), grande negociador do Capítulo. A outra é que as comunidades indígenas ou os próprios índios, individualmente, poderão recorrer à Justiça em defesa de seus interesses. Isso, atualmente, só pode ser feito através do Ministério Público, que continuará assistindo quem recorrer. Pelas novas determinações constitucionais, os 250 mil índios brasileiros terão os seguintes direitos:

Identidade — Fica assegurado que a União tem a obrigação de impedir qualquer processo de destruição social que leve os índios à perda de sua identidade. Os exemplos mais concretos deste ataque às invulsões das terras indígenas por garimpeiros ou bandeirantes, como ocorre hoje no sul do Pará, nas terras dos Guaranis, estão em três grandes

em terras indígenas. Somente com a autorização do Congresso, uma barragem como a de Balbina, no Amazonas, ao norte de Manaus, poderia ser construída, porque está no território dos waimiri-atroari. Com a nova Constituição, as obras em andamento serão revistas pelo Congresso e negociadas.

Negociação fraudulenta — novo texto impede concretamente qualquer possibilidade de negociação fraudulenta de terras públicas da União que pertençam aos índios. Isso atinge, por exemplo o Parque Ianomani, em Rondônia, que sofre a ação de garimpagem por se tratar de terra pública.

Epidemias — A União não poderá mais sozinho retirar índios de suas terras, com o argumento de que está ocorrendo alguma epidemia. O Congresso volta a atuar e a retirada só pode ser feita com a autorização do Legislativo e, mesmo assim, fica assegurado o retorno dos que saíram. Se a Carta em preparação vigorasse, o projeto Calha Norte, que consiste na ocupação das fronteiras do Amapá, Pará, Amazonas e Roraima pelas Forças Armadas, entrando em terras indígenas, teria sido diferente. O deputado José Carlos Saboya acredita que o projeto deverá ser revisado.

Garimpeiro — As cooperativas e associações indígenas que terão prioridade para a extração de minérios em terras localizadas

Índios aguardam reunião com o senador Mário Covas na antecâmara do gabinete

Índio canta de alegria ao ver terra garantida

A exclusão das terras de extintos aldeamentos indígenas dos bens do Estado foi comemorada com cânticos pelos guerreiros índios que estiveram ontem pela manhã no Congresso para assistir à votação da matéria. O deputado Domingo Leonelli (PMDB-BA), autor da emenda supressiva aprovada por quase unanimidade — 367 a 3 — explicou que em muitos destes antigos aldeamentos ainda vivem comunidades indígenas, e a manutenção do texto como havia sido aprovado no primeiro tur-

eles constituem bairros e até municípios. Alguns pertencem aos índios, outros são propriedades do Estado. Se o texto permanecesse como estava, estas terras todas estariam automaticamente desapropriadas para o Estado.

Esta foi a única modificação feita no capítulo referente aos Estados. O deputado Eraldo Tinoco (PFL-BA) tentou abrir uma brecha para a exploração, pelo setor privado, dos serviços locais de gás canalizado, mas foi derrotado por 261 votos a 114. O

Para a Funai, o índio tem sido usado como "instrumento de lucro"

Brasil quer neutralizar campanhas sobre índios

Terras Indígenas: a casa é um asilo inviolável



Joênia Batista de Carvalho
– Wapixana

Advogada, coordenadora do departamento
jurídico do Conselho Indígena de Roraima (CIR)

Falar dos direitos indígenas é voltar um olhar para as situações complexas que vivenciamos todos os dias, principalmente quando os conflitos decorrentes da disputa sobre a terra são tão presentes. Convencer positivamente sobre os direitos constitucionais indígenas é um desafio constante. Mas é preciso vencer a visão de que terras indígenas são empecilhos ao desenvolvimento econômico de um Estado ou, por outro lado, objeto de exploração. Por isso, é importante abordar os temas aqui comentados nas diferentes instâncias, tal como nas universidades, de modo a socializar a discussão com o intuito de tratar os direitos constitucionais indígenas como garantias e direitos fundamentais aos povos indígenas.

Não tem sido fácil assegurar aos povos indígenas a devida proteção aos seus direitos, principalmente os territoriais. Tenho observado que os conflitos aparecem à medida que surgem os reconhecimentos de direitos. Como venho acompanhando a história da Terra Indígena Raposa Serra do Sol desde Roraima, estou convicta de que o processo de reconhecimento da terra é um passo muito importante, diria o principal, mas não acaba com um simples decreto de homologação. É preciso continuar a insistir na aplicação dos direitos dos povos indígenas – prioritários, fundamentais e inegociáveis.

O Direito Territorial Indígena – um direito originário

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 trouxe significativos avanços em termos de conquista de garantias e direitos fundamentais. Ficou evidente na Carta Magna a pluralidade étnica existente em nosso país, cabendo ao Estado brasileiro adotar medidas que assegurem o respeito à diversidade cultural aqui presente. Nesse sentido, também a Constituição deu um tratamento exclusivo aos direitos dos índios, reconhecendo princípios básicos que dão amparo aos que são permanentes e essenciais à vida dos povos indígenas, de forma a proteger tais direitos.

A Constituição Federal de 1988 veio reconhecer aos povos indígenas o direito à diferença, consubstanciada no reconhecimento de 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 bens¹ (CF, art. 231).

Os direitos territoriais indígenas na CF/88 fundamentam-se na teoria do indigenato, preceituada ainda no período colonial, no Alvará Real de 1º de abril de 1680, o qual considerava a terra habitada pelos índios como “a primária, naturalmente e virtualmente reservada, fonte jurídica de posse territorial”. Daí, João Mendes Júnior² constatar que a figura do indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial. Como consequência, reconhece ser um direito congênito, diferente da posse e da propriedade regulada pelo Código Civil, tratadas como direitos adquiridos.

O direito territorial indígena é originário e, portanto, anterior às ocupações não-indígenas. O poder público tem o dever constitucional de demarcar e de proteger as terras identificadas em procedimento administrativo e, para tanto, por força do § 6º do artigo 231 da CF, considerar nulos todos e quaisquer atos tendentes ao domínio, à ocupação e à posse dessas terras, ou dos recursos naturais nelas existentes, ressalvado o direito à indenização a terceiros por benfeitorias implementadas de boa-fé.

O princípio jurídico do indigenato está reconhecido no *caput* do artigo 231 da CF/88. Por força deste conceito, o direito territorial indígena é considerado como direito anterior a qualquer providência administrativa por parte do poder público. Tal direito é preexistente até mesmo à criação do próprio Estado brasileiro.

Foi a partir do direito público que o direito indígena sobre as suas terras começou a ganhar impulso, utilizando-se de conceitos como pessoa jurídica de direito público, impenhorabilidade, inalienabilidade, indisponibilidade, que passaram a ser empregados para oferecer proteção às terras indígenas.

As terras indígenas são declaradas pela CF/88 como bens da União^{3,4} destinados ao usufruto exclusivamente indígena, inusucapíveis,⁵ inalie-

náveis e indisponíveis, de conformidade com os arts. 20, XI, 191, § 1º, 231, §§ 2º e 4º do diploma constitucional. Aos povos indígenas é garantida a posse permanente sobre os respectivos territórios, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos neles existentes, compreendendo, pois, o uso e a fruição, quer se trate de minerais,⁶ de vegetais ou de animais. Além disso, os direitos sobre elas são imprescritíveis.⁷

O artigo 231 e seus parágrafos contemplaram maior proteção jurídica às terras indígenas, com preceitos inovadores que partiram do reconhecimento dos direitos originários sobre as terras tradicionais indígenas. Elevaram à categoria de tema constitucional o conceito de terra indígena, que sustenta o direito territorial dos índios, a saber: terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, § 1º).

O aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, só pode ser efetivado com a autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada, na forma da lei, a participação nos resultados da lavra. Porém, não é permitida qualquer atividade garimpeira nas terras indígenas, mesmo as realizadas por cooperativas, vedando ainda a Constituição a autorização ou a concessão para pesquisa e lavra dos recursos e das jazidas de minerais garimpáveis nessas terras (CF, art. 231, §§ 3º e 7º).

É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a sua população ou, no caso de interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (CF, art.231, § 6º).

Apesar do ganho na legislação, ainda pesa sobre os povos indígenas a dependência da vontade política para o reconhecimento de fato de

seus direitos territoriais. Enfrenta-se desde falta de recursos a conflitos judiciais, interesses político-econômicos, ausência de políticas públicas etc. Como vimos, cabe à União Federal demarcar e proteger as terras indígenas, competindo ao Poder Executivo a prerrogativa exclusiva do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. Enquanto há indefinição ou morosidade nos atos administrativos, os interessados na exploração das terras indígenas buscam junto aos outros Poderes (Legislativo e Judiciário) frear a consolidação dos direitos territoriais indígenas, apresentando propostas de Emendas Constitucionais ou infinitas ações judiciais que pretendem suspender atos administrativos de reconhecimento, além de minimizarem os avanços consolidados no texto constitucional. Essas iniciativas acabam estimulando novas violações das garantias constitucionais ofertadas aos povos indígenas.

Propriedade privada e o direito territorial indígena

O primeiro argumento que vejo diante das disputas sobre as terras é quanto à propriedade privada versus o direito territorial indígena. Há questões acerca do princípio da igualdade, do direito à propriedade, do usucapião, e daí por diante. Também é relevante o fato de que pairam dúvidas sobre os procedimentos demarcatórios. Tais conflitos são históricos e constantes. O que precisa ser entendido é que não é o processo de demarcação que vai criar uma posse tradicional ou um *habitat* remanescente. Este apenas delimita a terra indígena, declarando os seus limites.

Não há que pairar dúvidas de que a posse indígena apresenta características próprias, as quais a diferenciam do conceito usual de posse do direito civil. Ela é tradicional, na visão sociológica e antropológica. Para identificar-se uma posse indígena, é preciso observar se há, ainda na área, palpante influência indígena, demonstrativa de que, há não muitos anos, os indígenas ali tinham o seu *habitat* – que tradicionalmente a ocuparam – e que dali foram expulsos, à força ou não.

No tocante às terras indígenas, a Constituição estabeleceu verdadeira posse normativa, isto é, posse por imposição jurídica, pouco impor-

tando a *efetiva detenção*, ou o *corpus*, na qualificação romana. Explica melhor José Afonso da Silva, a respeito das terras indígenas:

○ Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado para uma ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu *habitat*. Se assim se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado.⁸

Como corolário deste direito originário, é importante frisar que a Constituição de 88, em seu art. 231, § 6º, repetindo o que já havia feito a Constituição anterior, declarou como “nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo”. A tradução deste artigo está no fato de que o reconhecimento de uma dada terra como indígena anula os eventuais títulos de particulares incidentes sobre ela, não podendo esses particulares reclamarem nem mesmo um direito adquirido por terem estado na terra por um tempo que, em circunstâncias outras, poderia ensejar, no mínimo, o direito à indenização. A questão do direito adquirido volta e meia é trazida à tona com a intenção de impedir o reconhecimento de direitos territoriais indígenas, entretanto, tem sido objeto de interpretação reiterada de nossos tribunais no sentido de que, em face de dispositivos constitucionais, não há que se falar em direito adquirido.

Corroborando este entendimento, vale a lição do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes que, ao analisar a questão ainda a partir da sistemática da Constituição anterior, afirmou: “Tendo a Constituição declarado a nulidade dos títulos dominiais incidentes sobre áreas habitadas por indígenas, nos termos estabelecidos em lei federal, não se há de invocar a proteção constitucional aos direitos adquiridos (C.F.; art. 153, § 3º) e ao direito de propriedade (C.F.; art. 153, § 22 e 5º), para legitimar a propositura da presente Ação (...).

À evidência, não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas, em face da regra expressa no art. 198, da Lei Maior. Como se sabe, é de nenhuma valia a invocação do princípio do direito adquirido contra norma constitucional”.⁹

É certo que foi sempre mais fácil ao explorador, ao grileiro, obter em algum cartório do nosso imenso território a titulação de terras, as quais sequer conheciam ou de que muito menos tinham a posse, e que eram na verdade ocupadas pelas comunidades indígenas. O deslocamento de famílias indígenas, provocado pelo avanço de fazendeiros, foi fato muito comum em todo o Brasil. Os índios eram persuadidos a permitir a ocupação não-índia a partir de promessas de proteção, suprimentos, utensílios e mercadorias, que passaram a fazer parte do seu universo cultural. Vê-se que a estratégia de ocupação do território nacional – da colonização aos dias atuais – sempre desprezou os direitos indígenas, usando todos os mecanismos para afastar os índios.

Das garantias e dos direitos fundamentais

De forma expressa e enfática, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou direitos que não podem ser ignorados ou contrariados. Isto não significa que aos povos indígenas deixa-se de aplicar as demais garantias e os direitos fundamentais assegurados à pessoa humana. Pelo contrário, o reconhecimento de tais direitos a eles atribuídos com exclusividade deve reforçar o exercício dos demais parâmetros constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, apesar de não prever no rol das garantias e dos direitos fundamentais do seu artigo 5º a consagração do reconhecimento aos índios de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, o fez, por outra via, expressamente no artigo 231, preceituando garantias para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas.

Apesar de a Constituição Brasileira reconhecer expressamente direitos territoriais imprescindíveis à sobrevivência física e cultural dos

povos indígenas, o exercício desses direitos é bloqueado por diversos fatores que demonstram ausência e ineficiência de políticas públicas na proteção e na promoção daqueles que são fundamentais. Com efeito, recrudescem as investidas contra os direitos constitucionais indígenas, observadas crescentemente em projetos de leis e de emendas constitucionais no Congresso Nacional, visando excluir os que já foram reconhecidos ou procurando ditar regras que viabilizem os seus interesses de exploração das terras indígenas.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de prerrogativas que dizem respeito às principais decisões relativas ao ser humano, enquanto pessoa natural, no capítulo afeto aos direitos e aos deveres individuais e coletivos (capítulo I); enquanto membro da sociedade civil, no capítulo dos direitos sociais (capítulo II); enquanto membro da sociedade política, nos capítulos dos direitos civis e políticos (capítulos III e IV). Assim, dispõe sobre a igualdade formal (“caput” do art. 5º), estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Garante também que são invioláveis os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à liberdade de crença e expressão (incisos VIII e IX, do art. 5º). A Constituição ainda determina o direito de defesa do consumidor (inciso XXXII, do art. 5º), a inviolabilidade do lar (inciso XI, do art. 5º), estabelece as condições para se prender alguém, o *habeas corpus*, o mandado de injunção, o *habeas data*, o mandado de segurança, além dos direitos sociais e políticos.

Embasados nos direitos constitucionais, os povos indígenas reforçaram, para as autoridades competentes, suas denúncias e exigências de políticas públicas específicas, a fim de consolidarem na prática os seus direitos. A busca do exercício dos direitos e, principalmente, as reivindicações pela demarcação dos territórios indígenas revelaram um quadro de sérias violações de direitos de que os índios vêm sendo alvo, tais como assassinatos, perseguições, insultos, danos morais e aos bens materiais e imateriais indígenas, omissão e abuso de autoridade por parte do próprio poder público.

Do princípio que trata da casa como um asilo inviolável

Dentre outros direitos à segurança, a Constituição consagra no seu artigo 5º, inciso XI, a inviolabilidade domiciliar, o que consiste em ser vedada a entrada a quem quer que seja, sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre e para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial.

A inviolabilidade do asilo aparece no sentido de ele ser respeitado, ter prerrogativa em virtude de não poder ser atingido, molestado ou violado. Domicílio, no sentido mais amplo, é o lugar em que temos nossa habitação ordinária, em caráter definitivo, ou pode-se tê-lo também como o centro de atividades das quais possam resultar direitos e obrigações. Considera-se este um domicílio de direito, o que é conseqüente de disposição legal.

Destaca-se, por necessário, que o conceito de casa, para fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o artigo 5, XI,¹⁰ da lei fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar:

- a Qualquer compartimento habitado.
- b Qualquer aposento ocupado de habitação coletiva.
- c Qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade.

Nessa concepção, as terras indígenas são o domicílio por direito, a habitação necessária à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. Concilia-se perfeitamente com a intenção do princípio da casa como asilo inviolável, haja vista que o legislador buscou estabelecer o território como o espaço para a proteção dos índios.

Pode-se então afirmar que as terras indígenas, por natureza constitucional, devem também ter tratamento de asilo inviolável. Daí que se trata de direito fundamental, protegido também pelo princípio do asilo inviolável. Tal dispositivo consiste na proibição de nas terras indígenas terceiros ingressarem sem consentimento do morador, a não ser em condições excepcionais como previsto na lei. Essas exceções à proteção

do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (em caso de delito), ou do socorro (desastre ou socorro), ou ainda da justiça, apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime.

Há inúmeros casos que confirmam a prática ilegal do ingresso em Terras Indígenas, atentando, portanto, contra o devido processo legal, principalmente nas terras indígenas que são mais próximas aos núcleos urbanos. Devido à disputa por direitos indígenas, há certa disposição para que abusos de autoridade e prisões ilegais sejam cometidos impunemente contra comunidades indígenas. Recentemente, uma família indígena¹¹ denunciou que enquanto se encontrava em Boa Vista para tratamento de saúde, policiais militares invadiram as terras de sua comunidade e, sem qualquer mandado judicial, violaram a sua moradia à procura de um possível objeto furtado. Infelizmente, a realidade tem mostrado um alto nível de impunidade para com a maior parte desses casos.

O papel das Forças Armadas na defesa da soberania e os direitos indígenas (art. 142 CF)

As normas constitucionais estabelecem princípios que orientam para a conciliação da imensa diversidade existente em um Estado Democrático de Direito. As Forças Armadas, por força do artigo 142 da CF/88, são instituições destinadas à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Seu papel constitui-se em prestar serviços ao direito e à paz social. A esta concepção a Constituição destina um capítulo que dispõe sobre “a defesa do Estado e das instituições democráticas”.

A soberania é a ordem suprema de um Estado, e cabe às Forças Armadas o papel de protegê-la. Por outro lado, o Estado brasileiro reconhece direitos fundamentais aos povos indígenas, tais como: direitos originários sobre suas terras, inalienáveis, indisponíveis, imprescritíveis, além de irremovibilidade, legitimidade processual, usufruto exclusivo sobre os seus recursos naturais etc. A nossa legislação determina ainda que

os direitos indígenas sejam respeitados mediante a observância de suas especificidades, em especial quanto ao caráter coletivo dos seus bens e direitos. Isso inclui especialmente a relação do exercício desses direitos e a garantia da soberania nacional.

Os dilemas que envolvem os discursos sobre direitos indígenas e soberania decorrem em geral de incompreensão quanto à necessidade e à possibilidade do exercício mencionado acima. Tal incompreensão pode apresentar-se a partir de uma perspectiva de incorporação dos indígenas em um processo de integração à comunhão nacional, perspectiva esta que foi a base da concepção da nossa legislação indigenista até o advento da Constituição de 1998, e que tinha como meta a assimilação integral dos índios, hoje estando superada. Ou então aparece também na forma de obstáculos agregados ao reconhecimento de terras indígenas, como restrições em área de fronteira, por se temerem ameaças à soberania nacional,¹² oposição ao reconhecimento da denominação “nação” ou “povos” e daí por diante.

Márcio Santilli ilustra bem os dilemas de que tratamos, ao instar o governo e a sociedade brasileira a olharem os povos indígenas que vivem na faixa de fronteira como aliados, e não obstáculos, apoiando-se para tanto, na memória histórica muitas vezes convenientemente esquecida. Assim é que afirma:

○ O caso de Roraima é emblemático. Os Ingaricó, Macuxi e Wapixana vivem na região de fronteira entre o Brasil e a Guiana desde tempos imemoriais. Etnias aparentadas, elas estão em áreas contíguas situadas na Guiana e na Venezuela. É fartíssima a documentação histórica disponível sobre a presença destes povos desde que se iniciou o processo de colonização.

Quando, há cem anos, se deram as difíceis negociações internacionais para a definição deste trecho da fronteira, a presença destes povos e as manifestações de lealdade dos seus chefes ao Estado brasileiro foram elementos importantes para que a região de Raposa-Serra do Sol, então chamada de “área do contestado”, integrasse o território nacional, enquanto as pretensões territoriais da Grã-Bretanha estendiam-se até o rio Cotingo. Joaquim Nabuco, em seu livro *O Direito do Brasil*, registra essa passagem.¹³

Os direitos dos povos indígenas têm um *status* marcante, permanente e diferenciado, associado à coletividade de povos distintos. E é neste sentido que a Constituição Federal de 1988 os declara.

Dessa forma, trata-se de observar o que a própria norma diz a respeito. Por exemplo, o princípio da unidade da Constituição requer que ela seja contemplada como um todo, isto é, a compreensão do todo constitucional como um sistema que necessita compatibilizar preceitos aparentemente discrepantes. Da mesma forma, o princípio da concordância prática ou da harmonização seria consectário lógico do princípio da unidade constitucional. Conforme esse princípio, os direitos fundamentais e os valores constitucionais deverão ser harmonizados, em cada caso, por meio de juízo de ponderação, que vise preservar e concretizar ao máximo os bens e os direitos constitucionalmente protegidos.

A compreensão da terra, para os povos indígenas, vai além do aspecto meramente patrimonial. Ela se apresenta como condição de existência, de vida, fazendo parte, inclusive, de sua identidade – é a vida não apenas física, biológica, mas em suas múltiplas referências. Além da sobrevivência física de cada um dos membros da comunidade, busca-se garantir a de indivíduos numa comunidade que tem uma história, um modo de ser e viver, uma maneira de se expressar, o que faz com que sejam reconhecidos como grupos étnicos diferenciados.

Como se vê, o texto constitucional foi exaustivo no sentido de assegurar aos povos indígenas *sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*, bem como o espaço físico necessário à manutenção de sua identidade e de sua reprodução presente e futura (art. 231, *caput*, e § 1º). Toda a sorte de cautela foi adotada de modo a impedir que direitos ou interesses outros se sobrepusessem ao direito a essa existência singular (§§ 2º a 6º do art. 231), inclusive, pela singela razão de que o direito que está a se tutelar é o próprio direito à vida, não mais em sua acepção exclusivamente individualista. Além da sobrevivência física de cada um dos membros da comunidade, busca-se garantir aquela de indivíduos em intersubjetividade de compreensão enquanto povos diferenciados. É também, por conseguinte, todo um modo de vida, adotado por uma coletividade diferenciada, que se cuida de proteger.

Aumento das demandas territoriais indígenas – os índios resistentes e o direito à terra

Há longos anos, o Estado brasileiro vem devendo aos povos indígenas a regularização fundiária de suas terras. A atual Constituição Federal determinou um prazo de 5 anos para que providências fossem adotadas. Passaram-se 18 anos e até o momento continuam as lideranças, as comunidades e as organizações indígenas a reivindicar os direitos territoriais indígenas. Isso sem mencionar as outras legislações, que também previam prazo para que se demarcassem as terras indígenas. Com a demora na regularização, novas situações foram surgindo, incluindo outras disposições legais, que merecem atenção do Estado brasileiro para que seja efetivado o reconhecimento do direito à terra.

As notícias que vemos nos jornais atestam o aumento das demandas territoriais indígenas, principalmente fora da Amazônia Legal, que abrange cerca de 98,73% das terras indígenas hoje oficialmente reconhecidas. Pelos próprios dados apresentados, somente 1,27% da extensão total dessas terras estaria destinado aos indígenas das demais regiões, o que nos leva a considerar que é extremamente necessário ter ações afirmativas que dêem conta de tratar adequadamente tal realidade, iniciando pelo reconhecimento dos “índios resistentes”¹⁴ que, pelas normas constitucionais, não são excluídos de direitos, mas enfrentam dificuldades até mesmo no próprio reconhecimento da sua identidade.

A Convenção nº 169 da OIT, em seus artigos, dispõe que os governos deverão tomar as providências necessárias para determinar as terras que os povos em questão (os “resistentes”) tradicionalmente ocupam, e para garantir a proteção efetiva de seus direitos territoriais. Mas a Convenção ainda preconiza uma solução que pode ajudar a resolver casos extremos e muito complexos, já que não exclui ser admissível a utilização, para os índios resistentes, dos programas agrários nacionais, dirigidos, no caso, aos demais setores da população brasileira. Isto se traduziria na possibilidade desses índios receberem terras do programa de reforma agrária, uma vez que as suas terras tradicionais seriam insuficientes para assegurar-lhes a reprodução física e cultural. Assim, cabe-

ria utilizar mecanismos deste tipo para atender aos inúmeros processos que tramitam na FUNAI e que tratam de solicitações de comunidades indígenas atualmente fora de suas terras tradicionais, seja pela morosidade do processo administrativo de demarcação, seja por força de determinações judiciais, bem como pedidos de ampliação de terras dos povos que não possuem o indispensável a uma existência normal, ou ainda para fazer frente ao crescimento numérico de sua população.¹⁵

Por outro lado, a Convenção estabelece que devem ser concedidos os meios necessários para que os próprios povos indígenas possam promover projetos de desenvolvimento em suas terras. Tal fato merece também a atenção do Estado brasileiro, que precisa implementar essa disposição com o fim de solucionar questões que se arrastam há anos em nosso país.

Conclusão

Os povos indígenas têm buscado a cada dia a sua autonomia. Isto não significa que sejam inferiores em relação aos demais segmentos da sociedade brasileira, embora existam mecanismos e estruturas que insistem em operar no sentido de manter os povos indígenas à margem dos processos decisórios do país, o que infelizmente ocorre, apesar de se estenderem aos índios os direitos e as garantias fundamentais assegurados a todos os brasileiros.

A inviolabilidade do domicílio é mais um dos princípios constitucionais que devem ser aplicados em relação às terras indígenas. A terra é o lar, e dele emanam outros direitos conseqüentes. Nesse processo, a conciliação dos princípios constitucionais constrói novas relações do Estado brasileiro com os povos indígenas.

A luta pelo reconhecimento de direitos é incessante. Já houve tempo em que os direitos originários sobre as terras tradicionais indígenas estavam longe do texto constitucional, assim como também se previa que não existiriam mais índios, que todos seriam um “único povo”, falaria uma “mesma língua” e que não haveria diferença cultural.

No entanto, isso é passado. Mas aprendemos com o passado para saber aonde iremos com nossas reivindicações, pensamentos e ações. O fato de ter havido um avanço nas normas constitucionais não significa que não tenhamos que conquistar, na prática, um maior reconhecimento de nossos direitos. É preciso implementar, proteger e resguardar as conquistas obtidas. O caminho ainda não acabou e os passos dados hoje vão ser vistos por nossos parentes amanhã.

Notas

- ¹ Artigo 231 da CF/88: “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”.
- ² MENDES, JR. 1912:58-9.
- ³ O prof. Carlos Frederico Marés comenta que “as terras indígenas não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinadas a um fim estatal, nem a um uso público geral. Muito menos são privadas, porque não há sobre elas um ou muitos titulares de Direito definidos. Sobre elas não incidem nem podem incidir, os institutos clássicos do Direito privado, como a compra e venda, sucessão hereditária, prescrição, registro etc.” In: *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. p. 65.
- ⁴ Art. 20. São bens da União:
XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.
- ⁵ Art. 191. omissis:
Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.
- ⁶ Nota do editor: os bens minerais localizados no subsolo são bens da União. Conforme disposto na Constituição, o subsolo em todo o território nacional pertence à União. No caso específico das terras indígenas, a Constituição prevê ainda que a exploração do subsolo só se fará mediante autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades indígenas afetadas, após regulamentação em lei, o que até hoje não ocorreu.
- ⁷ Art. 231 omissis.
§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua *posse permanente*, cabendo-lhes o *usufruto exclusivo* das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (...).
§ 4º - As terras de que trata este artigo são *inalienáveis e indisponíveis*, e os direitos sobre elas, *imprescritíveis*.
- ⁸ In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.730.
- ⁹ In: *O Domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu*. p.54.
- ¹⁰ CF, artigo 5º, “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial”

- ¹¹ Denúncia apresentada ao departamento jurídico do CIR, em 06/03/2006, por Leonildas Peres, Macuxi da TI Raposa Serra do Sol.
- ¹² No caso da demarcação, nos anos 1990, das Terras Indígenas do Alto e Médio Rio Negro, localizadas no estado do Amazonas, na fronteira do Brasil com a Colômbia, o despacho do então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, que aprovou a expedição da portaria declaratória dos limites dessas terras, expressa o entendimento de que não há incompatibilidade jurídica entre o reconhecimento dos territórios indígenas e a proteção das fronteiras. Para o então Ministro Jobim, se é possível haver propriedade privada na faixa de fronteira, não faria sentido restringir a declaração de terras indígenas, resguardada a possibilidade de intervenção das Forças Armadas sempre que necessária à proteção da fronteira.
- ¹³ “Os Índios e a fronteira”. In: *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza – o desafio das sobreposições*. Ricardo, Fany (org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- ¹⁴ Segundo Ana Valéria Araújo, o conceito de “índios resistentes” diz respeito ao conjunto de povos indígenas que a partir dos anos 90 passou a reivindicar o reconhecimento de suas identidades e a conseqüente demarcação de suas terras, fenômeno que surgiu principalmente nas regiões Sul e Nordeste do país. (“Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento”. In: *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza – o desafio das sobreposições*. Ricardo, Fany (org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004).
- ¹⁵ Artigo 19 da Convenção 169 da OIT.

Referências

- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NETO, Fernando da Costa Tourinho. “Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas”. In: *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. “Terras indígenas: a luta judicial pelo direito”. In: *Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul*. Conselho Indigenista Missionário, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região (orgs.). São Paulo: Palas Athena, 2000.
- DEMARCANDO TERRAS INDÍGENAS II. Experiências e desafios de um projeto de parceria. PPTAL, 2002.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Campaña Educativa sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas*. San José, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O Domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu*. Brasília: Ministério Público Federal, 1988.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

O direito ao
meio ambiente
ecologicamente
equilibrado
e os direitos
indígenas



Paulo Celso de Oliveira
– Pankararu

Advogado, mestre em direito econômico e
social pela PUC/PR – bolsa Fundação FORD

O tema *Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas* enseja diversas discussões. Para definir suas interseções, contradições e formas de harmonização, é necessário basear-se em um campo técnico-jurídico abstrato que tem como pressuposto a interpretação e a aplicação das normas constitucionais.

Ainda que se trate de um direito peculiar, o direito indígena não se encontra em situação paralela ao ordenamento jurídico do país e nem é essa a vontade dos povos indígenas. Quando as comunidades reivindicam a demarcação de terras ou a aprovação de um novo Estatuto dos Povos Indígenas, estão reconhecendo o poder estatal e provocando a atuação do Executivo e do Legislativo. Por isso, o direito indígena sempre deve ser interpretado e aplicado com base na Constituição – a Lei Fundamental.

Do mesmo modo, a realização de um estudo que venha cotejar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito indígena não pode dispensar sua inserção na teoria do direito constitucional. Em outras linhas, os conceitos do direito ambiental e dos direitos indígenas não se restringem à interpretação jurídica. Sua compreensão requer a realização de um estudo interdisciplinar, incluindo, entre outras áreas, a história, a antropologia, a biologia e a economia.

O tema enseja também um enfoque etnoambiental, ou seja, o meio ambiente na visão dos povos indígenas. Esta concepção tem como pressuposto a proteção dos povos, da terra e do meio ambiente, bem como seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Assim, parece, é mais adequado fazer uma abordagem que, além dos aspectos jurídicos, tenha um enfoque interdisciplinar e etnoambiental. Espera-se desse modo fortalecer as lutas indígenas.

A formação do Estado brasileiro: colonização, extermínio dos povos indígenas e destruição do meio ambiente

A conquista das Américas aconteceu em meio à expansão mercantilista que a Europa já vivia no Século XV.¹ O Brasil foi criado por um sistema colonial baseado na extração de recursos para exportação. Ao colonizador interessava apenas a mão-de-obra escrava e os bens extraídos da Colônia.

A independência foi negociada entre a Coroa portuguesa e as oligarquias que se estabeleceram durante a colonização. Do mesmo modo, a mudança do Império para a República manteve as oligarquias no poder.

Durante os quatro primeiros séculos de formação do Estado brasileiro, os povos indígenas foram massacrados e expulsos de suas terras na medida em que avançavam as frentes colonizadoras.² Nesse mesmo período, os negros foram trazidos da África e submetidos ao regime de escravidão. Muitas pessoas de origem européia foram induzidas a emigrar para o país, com a ilusão de estarem comprando terras para desenvolver a agricultura. Ao desembarcarem no Brasil, essas pessoas depararam-se com uma difícil realidade: o fato de que haviam sido enganadas.

Assim, o país foi definindo o seu território, porém, sem garantir uma situação digna para o povo então formado por uma oligarquia que concentrou o poder político e econômico em suas mãos, além de uma massa de índios, de negros e de brancos, todos explorados em diferentes situações. O mercantilismo de 1500 avançou nos séculos seguintes. A pilhagem sobrepôs-se aos interesses indígenas e detonou o meio ambiente. O Brasil, como também os demais países da América Latina e seus povos, foi saqueado.³ Essa discrepância continuou a se refletir na sociedade brasileira.

A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988 não rompeu com as estruturas arcaicas do país, mas foi promulgada com o compromisso de

mudar o quadro social e econômico. Para tanto, estabeleceu proteção à dignidade da pessoa humana, aos povos indígenas, à cultura e ao meio ambiente, bem como a função social da propriedade e as limitações ao poder econômico.

Uma vez que a Constituição trata de um universo amplo de compromissos, é impossível evitar choques entre suas normas. Esses choques podem acontecer no campo dos direitos humanos, por exemplo, entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de imprensa, ou o direito de imagem e o direito à informação. Também é possível a presença de choques entre as normas de diferentes capítulos, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas, que constituem o objeto do presente estudo.

A solução dos conflitos entre as normas constitucionais deve observar dois aspectos. Primeiramente, há que se considerar que as normas da Constituição estabelecidas pelo poder constituinte originário (o povo), ou seja, aquelas normas estabelecidas pelo texto da Constituição promulgada em 1988, não podem ser consideradas inconstitucionais. Já as normas do poder constituinte derivado (o Congresso Nacional), que são aquelas decorrentes de emendas constitucionais, podem ser decretadas inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Quando ocorre a situação de conflito entre dois princípios constitucionais, os juristas defendem a aplicação do princípio da razoabilidade, pelo qual se procede à análise do caso concreto e define-se a aplicação do princípio que deve prevalecer, dentro dos limites do caso específico em exame.

É possível a aplicação do princípio da razoabilidade para resolver os conflitos do direito ambiental e do direito indígena. Veja-se a seguir.

Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

A proteção jurídica ao meio ambiente⁴ é recente no mundo e no Brasil.⁵ A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972, é considerada o marco mundial do

surgimento do direito ambiental. Nessa Conferência, discutiram-se os problemas ambientais que vinham se acumulando em decorrência da industrialização. A Conferência da ONU – Rio 92, na qual foi aprovada a Convenção da Diversidade Biológica, consolidou a proteção jurídica ao meio ambiente em nível internacional.

A Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) iniciou a sistematização do direito ambiental no Brasil. Esta lei estabeleceu diretrizes para o poder público e a sociedade preservarem o meio ambiente ecologicamente equilibrado. De acordo com o Art. 3º, I dessa lei, o meio ambiente “é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Verifica-se, portanto, que se trata de um conceito de meio ambiente natural,⁶ cuja ênfase é dada à questão biológica, não incluindo expressamente o ser humano.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de meio ambiente e, pela primeira vez na história, dedicou um capítulo específico ao tema.⁷ Diz o seu Art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações”.

A expressão “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” significa que todas as pessoas, localizadas em áreas rurais, comunidades quilombolas, reservas extrativistas, terras indígenas, cidades, ou em qualquer parte do país, são titulares desse direito.⁸ E “meio ambiente ecologicamente equilibrado” significa dizer que os recursos naturais devem ser utilizados sem que sejam destruídas as suas características. Isto não significa a intocabilidade dos recursos, e sim que o seu uso precisa estar em consonância com outros princípios voltados ao bem-estar e à qualidade de vida, especialmente o princípio do desenvolvimento sustentável.

A expressão “bem de uso comum do povo” traz em si a idéia de que o meio ambiente é um direito difuso e coletivo, que se sobrepõe ao direito individual. O proprietário da terra não pode utilizá-la da forma que entender, como acontecia no período clássico no qual a propriedade era

um bem absoluto. Ele deve respeitar as limitações impostas pela legislação ambiental, sob pena de responder pelos danos que causar ao meio ambiente. A legislação confere poderes à coletividade para exercer o controle social da propriedade. No caso, a coletividade pode recorrer ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, valendo-se dos instrumentos jurídicos adequados para proteger o meio ambiente.

Quando afirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, a Constituição está dizendo que este é um direito humano fundamental, que faz parte do direito à vida.

O dever do poder público e da coletividade de defender e de preservar o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações significa que o Estado e a sociedade devem adotar medidas para manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado *ad perpetuum*.⁹ O meio ambiente passa a ser um valor, seu uso fica relacionado a uma nova ética, a uma nova forma de pensar e de agir. Suplanta-se a visão materialista, individualista, que está exclusivamente voltada à exploração das riquezas. As gerações vindouras também devem ser respeitadas.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas – acréscimo na proteção às terras indígenas x conflitos decorrentes de sobreposições (art. 225 CF)

Os povos indígenas estão presentes na Floresta Amazônica, na Mata Atlântica, no Cerrado, no Pantanal, no Semi-Árido, na Floresta de Araucária, nos Campos do Sul, no Manguezal e na Zona Costeira, habitando praticamente todos os ecossistemas e regiões do país.¹⁰ Ao longo dos séculos, eles desenvolveram modos de vida que contribuem para a preservação do ecossistema onde vivem. Eles conhecem plantas medicinais, tubérculos, árvores frutíferas e sabem como utilizar de forma sustentável os recursos da fauna, da flora e dos rios.¹¹

Entretanto, a situação dos territórios e dos recursos ambientais é diferenciada entre os povos indígenas. Alguns povos conseguiram manter seus territórios tradicionais por não terem sido alcançados pelas frentes

colonizadoras. Outros se deslocaram para novas regiões e conseguiram manter o meio ambiente preservado. Um número significativo teve seu território bastante reduzido e os recursos ambientais exauridos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os povos indígenas passaram a ter mais proteção quanto aos seus direitos territoriais e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O art. 231 da Constituição reconheceu os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e determinou à União o dever de demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. De acordo com o § 1º do mesmo art. 231: “são terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Desse modo, a Constituição conceitua as terras indígenas relacionando as características sociais, econômicas e culturais dos povos indígenas e a necessidade de preservação do meio ambiente. Verifica-se, portanto, que a Constituição trouxe para o campo normativo o conceito etnoambiental de terra indígena, que é formulado com base na visão de cada povo, ainda que assim tenha se expressado empregando outros termos.

Ao se considerar que a Constituição adotou uma concepção etnoambiental, está claro que a proteção jurídica ao meio ambiente serve para proteger as terras indígenas. Diga-se de passagem, não é rara a atuação conjunta da FUNAI e do IBAMA para coibir a extração ilegal dos recursos das terras indígenas. No caso, o IBAMA atua com base na legislação ambiental, que lhe confere o poder de polícia para proteger o meio ambiente.

Entretanto, têm ocorrido conflitos entre o direito ambiental e os direitos indígenas, principalmente no que se refere à sobreposição de unidades de conservação e terras indígenas.

A primeira parte do inciso III, do § 1º do art. 225 da Constituição define as unidades de conservação enquanto espaços territoriais e componentes ambientais a serem especialmente protegidos. A segunda parte

deste inciso estabelece que a alteração e a supressão de unidades de conservação somente serão permitidas através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Os ambientalistas baseiam-se nesta norma para defender a exclusão das unidades de conservação das terras indígenas. Eles alegam que os povos indígenas depredam o meio ambiente e por isso é necessário oferecer proteção a tais áreas que, em algumas regiões, abrigam espécies de animais e de vegetais em extinção.

Por parte das organizações indígenas e de seus aliados, argumenta-se, com base no art. 231 e parágrafos seguintes da Constituição, que a terra é um direito originário, é garantido aos povos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas de suas terras e são nulos os atos que tenham por objeto a posse ou o domínio da terra indígena. Argumenta-se ainda que é inadmissível atribuir aos povos indígenas a destruição do meio ambiente, já que esta destruição ocorre como resultado do modo predatório com que os não-índios desenvolvem as suas atividades econômicas.¹²

Indubitavelmente, trata-se de um conflito de princípios constitucionais. Portanto, é correto aplicar o princípio da razoabilidade para resolver a questão de acordo com o caso concreto.¹³ Ressalte-se que tal solução deve ser destinada a harmonizar o direito ambiental com os direitos indígenas. Ademais, não se pode sobrepor o direito ambiental aos direitos indígenas, porque, se fosse possível, implicaria mudar o modo de vida dos povos indígenas.¹⁴

Outro campo que não é nada pacífico é o que se refere ao desenvolvimento econômico dos povos indígenas. Diversos setores do movimento indígena e indigenista argumentam que esses povos não podem desenvolver atividades econômicas além das que fazem parte das suas práticas tradicionais, porque elas provocariam a destruição do meio ambiente e de suas culturas. Outros setores desses movimentos defendem o desenvolvimento econômico sustentável, argumentando que a geração de riquezas bem como a comercialização de produtos de origem indígena servem para fortalecer a proteção dos seus patrimônios cultural, territorial e ambiental.

A solução não pode ser outra senão o respeito à autonomia dos povos indígenas. Deve-se acatar o que as comunidades querem fazer em seus territórios. Todavia, em se tratando de exploração comercial dos recursos naturais das terras indígenas, já não se refere mais a uma prática cultural, e sim a um empreendimento que precisa observar a legislação ambiental e ter o acompanhamento do órgão público competente para garantir o bem-estar e a segurança da comunidade.¹⁵

Desenvolvimento nacional e direitos indígenas: a ordem econômica e seus princípios (art. 170 CF), o direito de consulta (Convenção 169 da OIT)

Durante as décadas de 60 e 70, foram implantados projetos de desenvolvimento econômico com o lema de que era preciso vencer a natureza e impulsionar o progresso. O cenário de tais projetos era a floresta exuberante sendo derrubada e substituída por empreendimentos econômicos. Foram implantadas hidrelétricas, redes elétricas e rodovias, dentre outros projetos, que causaram impactos econômicos, sociais, culturais e ambientais em detrimento dos povos indígenas. Além disso, desperdiçaram-se significativas quantias do erário público em obras que sequer foram concluídas.

Quando se fazia a defesa do desenvolvimento econômico, argumentava-se com o interesse nacional, embora não tenha ficado claro o que era o interesse nacional e quem eram os seus destinatários. Com certeza, os povos indígenas não constituíam o foco da atenção. Ao revés, eles sempre ficaram de fora dos projetos e ainda eram colocados como obstáculos para o desenvolvimento.

Reitera-se que a Constituição de 1988 não rompeu com esse quadro, mas estabeleceu limites e diretrizes às atividades econômicas. O seu art. 170 preconizou, como finalidade da ordem econômica, assegurar a todos a existência digna, adotando, entre outros princípios, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente. Portanto, tudo o que já foi mencionado sobre a legislação ambiental deve ser aplicado no que se refere ao desenvolvimento econômico do país.

Acrescente-se que o art. 225, § 1º, inciso IV determina a realização de Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA) para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativo dano ao meio ambiente. A Resolução nº. 001/86 do CONAMA relaciona as obras e as atividades sujeitas ao EIA RIMA. O órgão público ambiental competente também poderá exigir o Relatório de Controle Ambiental, nos casos de projetos com impactos menos significativos. Em se tratando de obras ou atividades causadoras de impactos sobre terras indígenas, compete ao IBAMA e à FUNAI a apreciação do empreendimento.

Deve-se dar publicidade ao EIA/RIMA, de modo que a sociedade de um modo geral, inclusive os povos indígenas, possa se manifestar em audiências públicas sobre as suas informações. O RIMA deve ser elaborado em linguagem acessível, para que todos possam compreendê-lo e apresentar suas manifestações. Ocorre que, em muitos casos, os estudos são incompletos e a linguagem do relatório não é acessível. Além disso, nem sempre o poder público tem feito as devidas considerações quanto às manifestações dos povos indígenas.¹⁶

De qualquer modo, o EIA/RIMA é um instrumento de participação popular na definição dos projetos econômicos e que vem sendo útil aos povos indígenas, especialmente quando há a disponibilidade de assessores técnicos e jurídicos que colaboram para que as comunidades compreendam os impactos dos projetos, informando-as sobre os seus direitos. A assessoria técnica e jurídica é fundamental para que se compreenda a existência do direito de negar autorização ao uso de suas próprias terras por terceiros, como também para, quando considerarem que tais projetos podem gerar benefícios, ter a oportunidade de garantir melhores condições de negociação.

O processo de consulta foi fortalecido pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que trata de Povos Indígenas e Populações Tribais nos Países Independentes. A Convenção determina a participação dos povos indígenas em todas as instâncias que tratam dos seus interesses, especialmente a realização de consultas prévias quando da elaboração e da implantação de programas e projetos que

causem impactos sobre suas terras, e estabelece assim o chamado consentimento prévio informado.

A partir do acompanhamento de negociações das comunidades indígenas com o setor econômico, constatou-se que uma limitação ao processo de consulta tem sido o seu alto custo que, na maioria das vezes, implica gastos para as comunidades. Todavia, o custeamento do processo de consulta e da contratação de profissionais de apoio técnico deve ocorrer por conta do empreendedor, sem gerar qualquer ônus para as comunidades, uma vez que a atividade econômica é uma atividade de risco. O fato de que o empreendedor terá a obrigação de arcar com os custos nem por isso cria qualquer vinculação da comunidade com o projeto, o que quer dizer que ela não tem nenhuma obrigação de aceitá-lo.

O direito à consulta é um avanço para o direito indígena, mas não é suficiente. Torna-se necessário que o poder público adote medidas para efetivar o desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos indígenas de acordo com suas aspirações e modos próprios de vida, conforme determina a Convenção 169 (art. 2º). Nesse sentido, deve-se escutá-los sobre o que querem e como querem viver, na qualidade de protagonistas do seu próprio destino.

O direito indígena ao usufruto exclusivo sobre as florestas em seus territórios

O § 2º do art. 231 da Constituição Federal preconiza que cabe às comunidades indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em seus territórios. O usufruto dos indígenas sobre suas terras é diferente daquele disciplinado pelo Código Civil, pois está compatibilizado com o princípio constitucional de promoção dos meios necessários à continuidade étnica do povo indígena. Dessa forma, é fundamental garantir a esses povos os meios necessários para o desenvolvimento das atividades produtivas que lhe são próprias e, principalmente, para que continuem a sobreviver em suas terras, mantendo a prática de suas culturas.

Ademais, parece fugir à lógica jurídica que o Estado tenha reconhecido aos índios direitos originários sobre suas terras e, ao mesmo tempo, pretenda retirar deles o direito de decidir como nelas viverão. Roberto A. O. Santos, em parecer sobre “A Parceria Pecuária em Terras Indígenas”, observa: “deve-se notar, porém, que não se pode interpretar a Constituição como se ela tratasse seus destinatários de modo irônico ou desleal, dando, por exemplo, às populações indígenas um presente de grego: outorgar-lhes o usufruto, por um lado, e por outro, interditar-lhes o gozo das riquezas das terras”.¹⁷

Acrescente-se também que a Constituição Federal assegurou a todos o direito de participar do desenvolvimento econômico. Em sendo garantido aos demais brasileiros a exploração de seus recursos naturais, não há razão para negar esse direito aos índios. Cabe ressaltar que para essa exploração impõe-se também observar o conceito de terra indígena contido no já mencionado § 1º do art. 231 da Constituição Federal. Do exame desse conceito, verifica-se que quatro elementos devem coexistir para a caracterização da terra indígena:

- a Habitação em caráter permanente.
- b Utilização para atividades produtivas.
- c Imprescindibilidade da terra à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar.
- d As necessárias para a reprodução física e cultural.

Todos esses quatro elementos serão referenciados à luz dos usos, dos costumes e das tradições dos índios ocupantes de uma dada terra. Assim, para que uma atividade econômica se realize no interior de uma terra indígena, é preciso que se verifique, por exemplo, qual a parte dessa terra que se destina à atividade produtiva e qual a parte que será resguardada para a proteção ambiental.

No caso da exploração de recursos naturais em terras indígenas, impõem-se a feitura de zoneamento para a definição da área a ser explorada e o acompanhamento do respectivo inventário, o qual identificará e classificará as espécies existentes. Desse modo, ao falarmos de exploração florestal em terra indígena, esta atividade pressupõe a realização

prévia de zoneamento e inventário, devendo dar-se por via de manejo, em regime de rendimento sustentado, para que seja assegurado o uso da floresta pelas gerações futuras, bem como a participação de toda a comunidade indígena nos seus resultados econômicos.

Aliás, esses mecanismos já foram incorporados à seção dedicada à exploração florestal em terras indígenas do Projeto de Lei que instituiu o Estatuto das Sociedades Indígenas, que tramita no momento no Congresso Nacional.

Vejam, porém, que no caso da exploração florestal a questão também revela um caso típico de confronto entre o direito dos índios utilizarem o seu território e as restrições do direito ambiental.

A Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), em seu art. 3º, letra “g” e seu § 2º, submeteu ao regime de preservação permanente “as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a manterem o ambiente necessário à vida das populações silvícolas”. Embora o objetivo fosse proteger as comunidades indígenas, esta norma nasceu sem possibilidade de eficácia plena, por considerar de preservação permanente todos os recursos florestais existentes nas terras indígenas. Sua aplicação implicaria a restrição total ao uso de tais recursos pelas comunidades indígenas, que nem mesmo poderiam efetuar o aproveitamento de qualquer espécie para a construção de uma casa ou a confecção de um arco.

O art. 46 da Lei 6001/73 (Estatuto do Índio) modificou o Código Florestal, preconizando que “o corte de madeira nas florestas indígenas consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra “g” e o § 2º do Código Florestal, está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento”.

A letra “g” e o § 2º do art. 3º do Código Florestal foram modificados em função de sua incompatibilidade com o art. 46 do Estatuto do Índio. O caráter proibitivo da exploração de madeira presente naquele Código revestiu-se de natureza permissiva no texto deste último.

A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, que “altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771,

de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto Territorial Rural – ITR, e dá outras providências”, determina que:

○ **Art. 2º** – Ficam acrescidos os seguintes dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965:

Art. 3º – A exploração dos recursos florestais em terras indígenas somente poderá ser realizada pelas comunidades indígenas, em regime de manejo florestal sustentável, para atender à sua subsistência, respeitados os arts. 2º e 3º deste Código (NR).

Dessa forma, a Medida Provisória acima mencionada reafirmou a possibilidade já prevista pelo Estatuto do Índio de exploração de recursos florestais em terras indígenas e pôs fim a qualquer dúvida nesse sentido.

O regime de manejo florestal sustentável a que se refere o art. 2º da Medida Provisória trata dos resultados econômicos e sociais que a atividade deve alcançar, bem como do equilíbrio ecológico da área objeto do manejo. Esse regime foi conceituado pelo Decreto nº 2.788, de 19 de outubro de 1998, que regulamenta o art. 15 do Código Florestal no que se refere à exploração das florestas primitivas da bacia Amazônica, o qual se aplica ao manejo florestal em terras indígenas situadas na Amazônia por serem de formação primitiva.

Ressaltamos que o plano de manejo florestal apresentado por comunidades indígenas deverá respeitar as áreas de preservação permanente, das quais não se permite nenhuma supressão; como exemplo, encontram-se as florestas situadas ao longo dos rios, as nascentes, as encostas e o topo dos morros, de acordo com a descrição do art. 2º do Código florestal.

Quanto à extração de madeira, como vimos, ela é possível e há compatibilidade plena em relação ao usufruto dos índios sobre as riquezas existentes em sua terras, na forma prevista na Constituição de 1988. Para tanto, como se disse, há que se realizar o zoneamento e o inventário da terra a ser explorada, requisitos indispensáveis de acordo com o § 1º do Art. 231 do diploma constitucional.

Por fim, é imprescindível, ainda, que os benefícios provenientes da exploração de madeira em terras indígenas alcancem todos os índios da comunidade envolvida e que sejam observadas também todas as técnicas de manejo florestal sustentável para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para a proteção dos recursos florestais existentes em terras indígenas, é necessária a elaboração e a execução de políticas públicas e de programas que ofereçam mecanismos técnicos e financeiros para as comunidades e as organizações indígenas realizarem a gestão de seus recursos e decidirem o modo como pretendem utilizá-los. Também é necessário que os órgãos públicos exerçam o poder de polícia para fiscalizar e reprimir a extração de madeira quando realizada de forma ilegal, para que as comunidades indígenas possam de fato usufruir de suas riquezas, o que lhes é assegurado pela Constituição Federal.

Conclusão

Os povos indígenas encontram-se praticamente em todos os ecossistemas e nas regiões do país. Ao longo dos séculos, eles adaptaram seus modos de vida aos ecossistemas onde vivem e contribuem para a sua preservação. Eles conhecem plantas medicinais, tubérculos, árvores frutíferas e sabem como utilizar de forma sustentável os recursos da fauna, da flora e dos rios. Ao conservarem o meio ambiente, garantem a sadia qualidade de vida de suas comunidades e prestam serviços ambientais para a sociedade como um todo.

Em linhas gerais, o direito ambiental e os direitos indígenas caminham de mãos dadas. Isto porque usos, costumes e práticas culturais dos povos indígenas harmonizam-se com os princípios de proteção à natureza.

Excepcionalmente, ocorrem contradições entre o direito ambiental e os direitos indígenas, como se verifica nas sobreposições de terras indígenas e unidades de conservação, ou de limitações ao desenvolvimento sustentável dos povos indígenas. Todavia, essas questões devem

ser resolvidas de acordo com o caso concreto, observando-se o princípio da razoabilidade para a proteção do meio ambiente e desses povos. No caso de exploração comercial dos recursos naturais das terras indígenas, aplica-se a legislação ambiental para que fiquem protegidas as suas comunidades. No caso da exploração dos recursos naturais existentes em terras indígenas, há também mecanismos que pretendem harmonizar o direito desses povos determinarem como pretendem usar os recursos existentes em suas terras e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das presentes e futuras gerações.

Em outra linha, o direito ambiental vem se tornando um importante instrumento de defesa dos direitos e dos interesses dos povos indígenas no que se refere aos programas e aos projetos de desenvolvimento nacional que têm o potencial ou geram impactos sobre as terras indígenas. A Convenção 169 da OIT determina que os povos indígenas sejam consultados em casos de elaboração de projetos e programas de desenvolvimento econômico que os afetem. Também a Convenção determina que sejam adotadas medidas para efetivar o desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos indígenas de acordo com suas aspirações e modos próprios de vida. Este é um desafio que visa consolidar a autonomia dos povos indígenas.

Notas

- ¹ A navegação espanhola e portuguesa, que acabou por ocasionar a conquista das Américas, estava voltada ao comércio marítimo, em função do qual buscavam-se especiarias na Ásia para serem comercializadas na Europa. Dentre elas estavam a canela e o gengibre, que eram utilizados nos alimentos de difícil conservação na época.
- ² Darcy Ribeiro. *Os índios e a civilização*. p.20.
- ³ Jose M. Borrero Navia, descrevendo a história dos países da América Latina, ressalta que “desde os tempos da colonização seu território foi considerado pelas monarquias européias como um inesgotável depósito de minerais, pedras preciosas, madeiras e especiarias. Nos tempos da colonização, a exploração e a pilhagem construíram o paradigma da relação ser humano-ambiente. Sem embargo, essa lógica de exploração não registrou troca nenhuma com a Independência e o advento das Repúblicas: hegemônico de controle colonial devido ao poder de grandes corporações internacionais vinculadas aos interesses dos grupos nacionais, para quem a oferta ambiental de seus respectivos países representa uma fonte de rápido enriquecimento, cuja lógica não tem lugar para conside-

rações ambientais. A deterioração ambiental e a devastação dos sistemas naturais conduzem ao empobrecimento de amplas maiorias da população. Por sua vez, a pobreza é uma das causas do deterioramento ecológico. E é o mais significativo obstáculo da sustentação econômica. O processo de produção de pobreza degrada o ambiente e ao mesmo tempo malogra a qualidade de vida dos habitantes” (*O Direito ao Meio Ambiente*. p.20).

- ⁴ Vladimir Passos esclarece que “a expressão meio ambiente, adotada no Brasil, é criticada pelos estudiosos, porque meio e ambiente, no sentido enfocado, significam a mesma coisa. Logo, tal emprego importaria em redundância. Na Itália e em Portugal, usa-se, apenas, a palavra ambiente. O termo francês equivalente é *milieu*; o alemão é *unwelt*; o inglês *environment*. Na Espanha e nos países da chamada América espanhola usa-se a expressão *entorno*” (*Direito Administrativo e Meio Ambiente*. p.17)
- ⁵ Em épocas anteriores, existiam instrumentos jurídicos que tratavam da proteção à flora, à fauna, aos recursos hídricos, mas a proteção não era destinada diretamente ao meio ambiente, e sim à propriedade privada e aos potenciais de energia hidráulica, conforme os comentários do professor Carlos Marés Frederico de Souza Filho, apresentados em aula de Direito Ambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (agosto/2005). Nesse mesmo sentido, Paulo de Bessa Antunes, em seu livro *Direito Ambiental* (p.37), afirma que: “A Constituição Federal de 1988, naquilo que diz respeito ao meio ambiente e à sua proteção jurídica, trouxe imensa novidade em relação àquelas que a antecederam. De fato, as Leis Fundamentais anteriores não se dedicaram ao tema de forma abrangente e completa, as referências aos recursos ambientais eram feitas de maneira não sistemática, sendo certo que os mesmos eram considerados, principalmente, como recursos econômicos” (*Direito Ambiental*. p.275)
- ⁶ A doutrina ambiental classifica o meio ambiente em: I meio ambiente natural – é formado pelo solo, fauna, flora, ar, água etc., está fundamentado no art. 225 da Constituição Federal e no art. 3º da Lei nº. 6.938/81; II Meio Ambiente Artificial – é constituído pelo espaço urbano construído, como exemplo as praças, os parques, e se fundamenta nos arts. 182 e 225 da Constituição Federal e no Código das Cidades; III Meio Ambiente Cultural – está relacionado ao patrimônio cultural brasileiro e tem fundamento nos arts. 216 e 225 da Constituição; e IV Ambiente do Trabalho – está relacionado ao ambiente onde o trabalhador realiza suas atividades laborais, o qual deve ser compatível com a proteção da sua saúde, sendo fundamentado pelos arts. 200 e 225 da Constituição. As terras indígenas podem ser relacionadas às quatro espécies de classificação ambiental, mas não se enquadram especificamente em qualquer uma delas. De qualquer modo, o direito ambiental vem incluindo as terras indígenas entre os bens ambientais. A antropologia e as comunidades indígenas vêm utilizando a expressão *etnoambiental* para designar a relação indígena com o espaço territorial e o meio ambiente.
- ⁷ Juliana Santilli esclarece que o direito ambiental tem como fundamento o princípio do desenvolvimento sustentável, cujo conceito foi desenvolvido com base no relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, intitulado “Nosso Futuro Comum”, de 1987. De acordo com tal conceito o “desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades”. Santilli ressalta que “tal conceito passou a permear todo texto constitucional e as leis ordinárias brasileiras”. (*Socioambientalismo e Novos Direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. p.58)
- ⁸ O pronome *todos* é objeto de debate entre as correntes antropocentristas e biocentristas. Os antropocentristas argumentam que o pronome se refere às pessoas humanas. De acordo com essa corrente, o direito é uma criação humana e a proteção que se oferece aos animais é uma extensão da cultura humana. Os biocentristas argumentam que os animais e os vegetais também

são titulares de direito, por isso, a proteção do meio ambiente tem sua base na natureza. O dever de proteger a biodiversidade para manter suas características seria um exemplo de biocentrismo. Não se trata de debates teóricos. O biocentrismo fortalece os argumentos de proteção aos animais contra seu uso em pesquisas, aprisionamentos em zoológicos, e outras práticas que lhes causem sofrimento. Na concepção socioambiental, as relações sociais e o meio ambiente devem ser tratados conjuntamente. Esta questão desperta interesse para a sua reflexão com base nas culturas dos povos indígenas. Para os Pankararu, por exemplo, as plantas situadas próximas às nascentes de águas pertencem às fontes, as árvores e os animais pertencem à mata e sua utilização deve respeitar os mitos.

- ⁹ Vladimir Passos ressalta que “A Constituição Federal, ao dispor sobre o assunto, atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É a regra do art. 225, *caput*. O que se desejou foi chamar à responsabilidade não só o Estado como também os cidadãos. Se é verdade que o ideal é que a coletividade tenha noção do seu relevante papel em tal atividade, verdade é também que nem todos possuem consciência da importância da questão. Disto resulta que, na realidade, ao Poder Público é que cabe o papel principal na tutela do ambiente sadio. De sua ação adequada e responsável deverá resultar, inclusive, efeito pedagógico ao atuar no sentido do fortalecimento da consciência ecológica do povo”. (In: *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. p.20)
- ¹⁰ Somente na Amazônia Legal, a extensão das terras indígenas chega a mais de 106 milhões de hectares, o que corresponde a três vezes a extensão da área total das Unidades de Conservação de Proteção Integral, de níveis federal, estadual e municipal.
- ¹¹ No dia 27/01/2006, o Jornal Folha de São Paulo divulgou resultados de uma pesquisa realizada pelo Instituto Socioambiental e outras instituições, demonstrando que as terras indígenas preservam o meio ambiente mais que as áreas localizadas em suas adjacências. Posteriormente, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia – COIAB divulgou no dia 17/02/2006, no site www.coiab.com.br, o resultado de sua pesquisa realizada em parceria com a ONG The Nature Conservancy (TNC), demonstrando que as terras indígenas na Amazônia preservam o meio ambiente com mais eficiência do que as terras em seu entorno e as unidades de conservação. A COIAB ressaltou que a preservação do meio ambiente vem sendo possível quase que exclusivamente pelos esforços dos povos indígenas, mas não sabe até quando isso acontecerá porque há muita pressão sobre os recursos naturais dessas terras. De acordo com as informações da COIAB, embora as terras indígenas sejam mais eficientes na preservação do meio ambiente, o Ministério do Meio Ambiente oferece mais recursos às unidades de conservação do que aos povos indígenas.
- ¹² Fernando Baptista comenta que as restrições da legislação ambiental devem ser aplicadas às atividades que extrapolem “o âmbito da tradicionalidade dos povos indígenas, e é contextualizada no mercado econômico da sociedade não-indígena”. Para ele, “o gozo dos direitos de usufruto exclusivo de seus recursos naturais não significa que podem os povos indígenas, a seu talento, devastar e destruir toda a flora e a fauna de suas terras, à revelia das normas ambientais” (“A Gestão dos Recursos Naturais pelos Povos Indígenas e o Direito Ambiental”. In: *O Direito para o Brasil Socioambiental*. p.185).
- ¹³ Sergio Leitão menciona que o art. 57 da Lei 9.985, de 18/07/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), determina que o IBAMA e a FUNAI criem grupos de trabalho para propor as diretrizes a serem adotadas para regularização das superposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação. Já há um caso concreto em que este artigo vem sendo observado. Trata-se da Terra Indígena Inãwebohoná, de ocupação tradicional dos povos indígenas Javaé e Karajá, que tem os seus limites superpostos pelo Parque Nacional do Araguaia. A área foi declarada como indígena em 2001, por portaria do então Ministro da Justiça José Gregori, e foi

homologada por decreto do Presidente Lula em 19/04/2006. Tanto a portaria quanto o decreto mencionam a necessidade de que FUNAI e IBAMA se entendam para a solução da superposição em questão (“Superposição de Leis e Vontades – por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação”. In: *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza – o desafio das sobreposições*. p.17).

- ¹⁴ Carlos Frederico Marés de Souza Filho esclarece que “o usufruto de suas terras, segundo seus usos, costumes e tradições, implica a possibilidade de, sem restrições, utilizar os bens e os recursos da área. Portanto, os indígenas podem fazer roça, aldeia, extrair lenha e alimentos para o uso da comunidade, sem qualquer restrição, porque restrições impostas administrativamente ou por lei implicariam inconstitucionalidade” (*O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. p.145).
- ¹⁵ Carlos Frederico Marés de Souza Filho também esclarece que “as populações indígenas produzem excedentes que comercializam para a aquisição de bens e serviços de que não dispõem internamente. A extração destes excedentes deve ser orientada segundo os padrões legais de proteção ambiental nacional, levando-se em conta as normas gerais aplicáveis. Seguindo este raciocínio, a caça somente está permitida para seu consumo interno. Se pretenderem vender carne de caça, ter criadouros inscritos e autorizados; somente podem vender madeira ou minerais extraídos conforme as normas específicas para tal fim, mas podem fazer roças e aldeias mesmo nas áreas consideradas de preservação permanente” (*Ibidem*. p.145).
- ¹⁶ Nesse sentido, Juliana Santilli e Márcio Santilli reiteram argumentos de Rachel Biderman e esclarecem que “não basta assegurar legalmente aos cidadãos o direito de participar da gestão ambiental, estabelecendo-se conselhos, audiências públicas, fóruns, procedimentos práticos, pois atualmente a apatia da população em relação à participação é generalizada: ‘é preciso conscientizar, capacitar, organizar e mobilizar a sociedade para que seja motivada a participar de modo eficaz’. O acesso à informação, detida tanto pelo setor público quanto pelo setor privado, bem como à educação ambiental são (...) pressupostos da participação pública em processos de gestão ambiental.” (“Meio Ambiente e Democracia: Participação Social na Gestão Ambiental”. In: *O Direito para o Brasil Socio-ambiental*. p.49.)
- ¹⁷ In: *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. NDI/Sérgio Fabris, 1993.

Referências

- BESSA JR., Paulo. *Direito Ambiental*. Cidade: Lúmen Lurís, 1996.
- BORRERO NAVIA, José Maria. *Los Derechos Ambientales: una visión del sur*. Cali, Colômbia: FIPMA, 1994.
- FIORIO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.
- LIMA, André (org.). *O Direito para o Brasil Socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MAGALHÃES DIAS, Edvard (org). *Legislação Indigenista Brasileira e Normas Correlatas*. Brasília: FUNAI/ CGDOC, 2003.
- MARÊS, Carlos F. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- _____. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.
- RIBEIRO, Darcy. *Os Índios e a Civilização*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1996.
- RICARDO, Fany (org.). *Terras Indígenas e Unidades de conservação da Natureza – o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- ROTHENBURG, Claudius Walter. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- PASSOS, Vladimir. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 1995.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.
- _____. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

Sites consultados:

www.coiab.com.br
www.inbrapi.org.br
www.socioambiental.org.br
www.institutowara.org.br

A proteção legal do patrimônio cultural dos Povos Indígenas no Brasil



Lúcia Fernanda Jófej – Kaingang

Diretora executiva do INBRAPI,
mestre em direito público pela UnB.

Este artigo objetiva realizar uma sistematização sucinta do arcabouço jurídico existente acerca da utilização do patrimônio cultural dos Povos Indígenas, e tecer uma breve reflexão a respeito de aspectos que têm sido ignorados em sua aplicação prática, talvez pela falta de um conhecimento maior ou de um novo olhar sobre o tema menos comprometido com a visão individualista e mercantilista que marca nosso ordenamento jurídico e a *práxis* dos profissionais do direito nessa área. Não será possível proceder a uma reflexão mais aprofundada sobre as diferentes vertentes envolvidas nessa discussão, dada a sua complexidade e os seus desdobramentos em legislações infraconstitucionais específicas. Todavia, repensaremos alguns conceitos a partir de reivindicações e de exemplos práticos vivenciados pelos Povos Indígenas brasileiros.

A discussão da temática da proteção ao patrimônio material e imaterial dos Povos Indígenas brasileiros está situada em um universo povoado por informações distorcidas e pela ausência de dados sobre as medidas de proteção dispensadas pelo ordenamento jurídico pátrio a esses povos. Esse quadro é reafirmado, cotidianamente, por exploração, utilização e apropriação indevidas de imagens, sons, grafismos, pinturas corporais, conhecimentos tradicionais, associados ou não à biodiversidade, e agravado pelo desconhecimento dos operadores do direito a respeito da legislação específica para a defesa e a proteção de direitos reconhecidos aos Povos Indígenas em marcos jurídicos nacionais e internacionais.

O Brasil é, reconhecidamente, um país rico em diversidade social e cultural – um megassociodiverso – e essa diversidade, em se tratando de Povos Indígenas, significa a existência de cerca de 230 Povos¹ com características sociais, jurídicas, econômicas e culturais distintas, que falam aproximadamente 180 línguas e habitam os seis ecossistemas brasileiros desde tempos imemoriais. Significa dizer que não somos uma homogeneidade étnica, equivocadamente denominada “índios” ou “indígenas” ou ainda, em tempos recentes, “silvícolas”. “Somos muitos e diferentes” proclamaram as Nações Indígenas por ocasião das *comemorações dos 500 anos do Brasil*. Este é um primeiro fator a ser compreendido: ao falar de Povos Indígenas no Brasil, falamos de **diversidade sociocultural**, o que significa dizer que, no tratamento jurídico dispensado a esses povos, as questões deverão ser discutidas, pensadas e decididas caso a caso.

Proteção a direitos indígenas no cenário internacional

A partir de uma abordagem sistemática pode-se constatar que os instrumentos legais que estabelecem algum tipo de proteção ao patrimônio cultural dos Povos Indígenas, em seus vários aspectos, são de natureza diversa e estão situados em diferentes níveis: no cenário internacional, podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); a Convenção da Diversidade Biológica (CDB); a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO); a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO); a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD); o Alto Comissariado sobre Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHCHR) e a Organização Mundial de Comércio (OMC ou WTO). Raul di Sergi Baylão e Nurit Bensusan ensinam que “os enfoques são muito diferentes e o tratamento dado à questão varia principalmente com o foco da instituição” (BAYLÃO, 2003:17).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 dezembro de 1948, disciplina a proteção à cultura e aos direitos intelectuais em seu artigo XXVII:

○ **Artigo XXVII.** Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja o autor.

A UNESCO trata do tema de forma mais específica na *Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural*, aprovada por unanimidade logo após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001. A Declaração objetiva a preservação da diversidade cultural, entendida como processo que garante a sobrevivência da humanidade e não como patrimônio estático. A Declaração eleva a diversidade cultural à categoria de “patrimônio comum da humanidade” e prescreve diretrizes que possam orientar em linhas gerais os Estados-membros na elaboração de políticas inovadoras, em seus contextos específicos, com vistas à conservação da diversidade cultural, ressaltando “...que cada indivíduo deve reconhecer não apenas a alteridade em todas as suas formas, mas também o caráter plural de sua própria identidade dentro de sociedades igualmente plurais. Somente dessa forma é possível conservar a diversidade cultural em sua dupla dimensão de processo evolutivo e fonte de expressão, criação e inovação” (UNESCO, 2006).

A UNESCO estabelece como conceito de Patrimônio Cultural Imaterial “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas e também os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhe são associados e as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos que se reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural” (IPHAN, 2006). Em 17 de outubro de 2003, a Convenção Geral da UNESCO, realizada em Paris, aprovou a *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial* que terá vigência a partir de 20 de abril de 2006, três meses após a ratificação do trigésimo país como Estado-membro.² A Convenção estabelece diretrizes

para a preservação do patrimônio imaterial, bem como expressões sociais, culturais e artísticas, e seu texto foi recentemente ratificado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto legislativo 22, de 2006³ (Grifos da autora).

A CDB, ratificada pelo Brasil em 1994, “foi o primeiro acordo mundial sobre a conservação e o uso sustentável de todos os componentes da biodiversidade” (GROSS, 2005:10). A CDB possui três grandes objetivos: a conservação da diversidade biológica; o uso sustentável de seus componentes; e a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes do uso dos recursos genéticos. A CDB trata da questão da proteção aos conhecimentos tradicionais, às inovações e às práticas associadas aos recursos genéticos em seu artigo 8º, “j”, e do acesso aos recursos genéticos e da repartição de benefícios, derivados de sua utilização no artigo 15.⁴ Seu maior avanço consiste na tentativa de equiparar países detentores de biodiversidade e países detentores de biotecnologia (SANTILLI, 2005).

A CDB inaugura uma nova visão acerca das discussões sobre biodiversidade ao reconhecer a importância dos conhecimentos, das práticas e das inovações de Povos Indígenas e Comunidades Locais na preservação e na conservação do meio ambiente. Em seu artigo 22,⁵ a Convenção estabelece uma diretriz de transdisciplinariedade no tratamento dessa temática ao determinar o respeito aos direitos decorrentes de instrumentos internacionais já existentes. Assim, por força desse dispositivo, embates têm acontecido entre instrumentos multilaterais conflitantes, como é o caso, por um lado, do Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual para o Comércio – TRIPS,⁶ no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC, do qual o Brasil é signatário, com repercussão danosa, para o Patrimônio Cultural dos Povos Indígenas, mormente no âmbito do direito patentário e, por outro lado, a Convenção 169 de 1989, da OIT, Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 143, de 2002, que se constitui no principal instrumento internacional vinculador de defesa de direitos indígenas na atualidade.

A Convenção 169 da OIT reconhece as aspirações dos Povos Indígenas à sua livre determinação, ao controle de suas instituições e maneiras de viver, à gestão de formas adequadas de geração de renda que propiciem desenvolvimento econômico com o mínimo de erosão cultural e à manutenção e ao fortalecimento de suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados em que vivem. A Convenção estabelece preceitos claros e obrigatórios para a preservação do patrimônio cultural dos Povos Indígenas, como também a necessidade de protagonismo e de sua participação como sujeitos que são em tais processos.

Em seu preâmbulo, a Convenção 169 enfatiza “*a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e à compreensão internacionais*”. O artigo 2º, I estabelece o dever dos Estados-membros de “desenvolverem com a participação dos povos interessados uma ação coordenada e sistemática *com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade*”. O artigo 4º, 1 impõe a adoção de *medidas especiais necessárias para a salvaguarda de pessoas, instituições, bens, culturas e do meio ambiente dos povos interessados*, e no inciso 2 reitera que “*tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados*”. O artigo 6º determina a criação e a implementação de mecanismos participativos e de consulta prévios à criação de medidas legais ou administrativas que possam afetá-los diretamente. O artigo 7º outorga aos Povos Interessados *o direito de escolherem suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural*”. O artigo 13 trata *do respeito à “importância especial que para as culturas e os valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios...”*. Por fim, o artigo 15 preceitua proteção especial aos direitos dos Povos Indígenas aos recursos naturais existentes em suas terras, o que está em absoluta consonância com o que estabelece o artigo 231 da Lei Maior em seu parágrafo 2º (Grifos da autora).

Dentre os instrumentos multilaterais que tratam do assunto, é relevante destacar a criação pela OMPI, em 2000, do Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional, Recursos Genéticos e Folclore, que aborda diversos aspectos relativos aos Conhecimentos Tradicionais e às preocupações de seus detentores. O conceito de “Conhecimento Tradicional” adotado pela OMPI tem sido enfatizado como um reflexo das tradições das comunidades indígenas. O Comitê tem adotado a posição de inserir o tratamento jurídico dispensado aos Saberes Tradicionais no âmbito do regime vigente de proteção aos direitos da propriedade intelectual.

Existem organizações indígenas brasileiras credenciadas para participar dos fóruns realizados pelo Comitê Intergovernamental da OMPI. A primeira delas, o Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual (INBRAPI), é uma associação sem fins lucrativos, composta por líderes tradicionais, espirituais e profissionais indígenas, criada com a missão de promover a articulação dos povos indígenas brasileiros para a proteção do patrimônio cultural, inclusive mediante a discussão da temática da propriedade intelectual, visando à defesa dos conhecimentos tradicionais, associados ou não à biodiversidade.

O TRIPS, situado na OMC, tem reflexos sobre a proteção dos Conhecimentos Tradicionais, principalmente no que se refere à revisão do artigo 27.3 (b), que estabelece os casos de exclusão de patenteamento e por meio do qual países como o Brasil defendem a inclusão de novos requisitos para a concessão de patentes, a exemplo da identificação da origem do material genético, da declaração de existência da utilização de conhecimentos tradicionais utilizados para a obtenção do material e a evidência de consentimento prévio informado para o registro da patente, além da justa e equitativa repartição dos benefícios dela decorrentes. Inexiste participação de Povos Indígenas e Comunidades Locais no Conselho do TRIPS.

Na FAO, o tratamento da matéria restringe-se à proteção dos conhecimentos tradicionais relevantes para a alimentação e a agricultura, disciplinado no *Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura*. A UNCTAD apresentou em 2000, como re-

sultado de um Encontro de Especialistas sobre Sistemas e Experiências Nacionais para a Proteção do Conhecimento Tradicional, as seguintes recomendações: “a) aumentar a consciência sobre a importância da proteção do conhecimento tradicional; b) apoiar o potencial de inovação das comunidades indígenas e locais; e c) promover a comercialização de produtos baseados no conhecimento tradicional” (LIMA, 2003:20).

No âmbito do UNHCHR, destaca-se o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas das Nações Unidas, cujo mandato inclui o desenvolvimento de diretrizes internacionais para os direitos dos Povos Indígenas, inclusive no que concerne aos conhecimentos tradicionais e à integridade cultural, tratados nessa instância como parte de direitos mais amplos de exercer e revitalizar as culturas indígenas. O Alto Comissariado tem enfatizado as tensões entre a propriedade intelectual e a proteção de conhecimentos tradicionais, em virtude da violação aos princípios do consentimento livre, prévio e informado e da justa e equitativa repartição dos benefícios (LIMA, 2003).

Proteção a direitos indígenas no cenário nacional: a Constituição Federal e a legislação indigenista

No cenário nacional, contamos com preceitos constitucionais que reconhecem o multiculturalismo e a pluriétnicidade do povo brasileiro e estabelecem a necessidade de proteção ao patrimônio intelectual e cultural tangível e intangível do Brasil (nele incluído o patrimônio cultural dos Povos Indígenas), o que resultou na criação, em anos posteriores, de significativa legislação infraconstitucional sobre o tema. No âmbito da legislação indigenista,⁷ podem ser destacados alguns artigos da Lei 6.001 de 1973, conhecida como Estatuto do Índio.

A Lei Maior Brasileira, em seu artigo 5º, X, assegura o direito à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem a todas as pessoas (incluindo os Povos Indígenas, à medida que a legislação comum é aplicável àquilo que não contrarie a legislação especial voltada para essas minorias, segundo dispõe o Estatuto do Índio em seus artigos 1º,

parágrafo único, 2º, I e X e 6º⁸). Nesse sentido, estende-se aos Povos Indígenas a proteção ao direito de autor assegurada pela Constituição Federal no artigo 5º, XXII, bem como aos direitos intelectuais elencados no mesmo artigo, XXIII, de cujos desdobramentos na legislação infraconstitucional trataremos adiante.

A Carta Magna Brasileira objetivou ressaltar a importância do multiculturalismo ao reconhecer, no *caput* do artigo 231, a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições dos Povos Indígenas, além do direito originário às suas terras tradicionais, conceituando no § 1º as terras tradicionalmente ocupadas como aquelas necessárias à reprodução cultural dos Povos Indígenas (ARAÚJO, 1993). No mesmo sentido, estatui o artigo 215 e seu parágrafo 1º a obrigatoriedade estatal de proteção às manifestações culturais dos Povos Indígenas.

A Constituição Federal reforça a necessidade de outorgar especial proteção ao patrimônio cultural dos Povos Indígenas ao incumbir o Ministério Público da defesa judicial de direitos e interesses das populações indígenas por força do disposto no artigo 129, V, reconhecendo o protagonismo dos Povos Indígenas ao estatuir, em seu artigo 232, sobre a legitimidade processual aos índios, suas comunidades e organizações na defesa de seus direitos e interesses, assegurada a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo.

No âmbito da legislação específica, a portaria 693 de 2000, estabelecida pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI),⁹ cria o *Cadastro do Patrimônio Cultural do Índio*, sediado no Museu do Índio. Entre as razões para a utilização de cadastros, inventários e registros dessa natureza estão a ampla divulgação e a fé pública intrínseca a tais mecanismos, úteis mormente para fins de prova em juízo, em casos de utilização indevida, visando atestar que determinado patrimônio consta em seus registros como pertencente a dado Povo Indígena. Curiosamente, o parágrafo único do artigo 2º declara não ser o Cadastro “condição necessária para atestar a existência e a titularidade do bem cultural”, o que reforça a idéia de utilização desse cadastro como fonte de prova, mas sem que se torne obrigatório – terá de ser obviamente protegido até mesmo o conhecimento que não estiver cadastrado. A existência

deste mecanismo de suposta proteção não impede uma avaliação crítica quanto à validade de se montarem bancos de dados ou cadastros em geral sobre os conhecimentos tradicionais. Isto tem sido objeto de questionamento dos povos indígenas, na medida em que as propostas de montagem de bancos de dados só se prestaram até hoje para disponibilizar dados sobre os conhecimentos indígenas de modo a poderem ser apropriados por terceiros, sem qualquer garantia de proteção e/ou benefício para os detentores do conhecimento.

A proteção do patrimônio cultural material e imaterial dos povos indígenas no Brasil

Em âmbito infraconstitucional, o Decreto 3.551 de 2000 outorga ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) a supervisão do registro de bens culturais de natureza imaterial constitutivos do patrimônio cultural brasileiro. O registro de bens culturais de natureza imaterial é realizado nos seguintes livros: Livro de Registro dos Saberes; Livro de Registro das Celebrações; Livro de Registro das Formas de Expressão; Livro de Registro dos Lugares. Entre os bens registrados como patrimônio imaterial está a arte Kusiwa do Povo Waiãpi, do Amapá. Encontram-se em processo de inventário as referências culturais dos Povos Indígenas do Alto Rio Negro, no estado do Amazonas, e do Povo Guarany de São Miguel das Missões, no Rio Grande do Sul (IPHAN, 2006).

O patrimônio cultural material, por sua vez, é composto por um conjunto de bens móveis e imóveis cuja conservação é de interesse público, conjunto este classificado pelo IPHAN, segundo sua natureza, nos quatro Livros do Tombo: arqueológico, paisagístico e etnográfico; histórico; belas-artes; e das artes aplicadas, nos termos do Decreto-Lei 25 de 1937. Consideram-se bens imóveis os núcleos urbanos, os sítios arqueológicos e paisagísticos e os bens individuais. Os móveis, por sua vez, são as coleções arqueológicas, os acervos museológicos, documentais, bibliográficos, arquivísticos, videográficos, fotográficos

e cinematográficos (IPHAN, 2006). O artigo 4º, 1 do Decreto-Lei estabelece como passíveis de proteção no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico as coisas pertencentes às categorias de artes etnográficas e ameríndias, sejam elas de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público.

Segundo a UNESCO, o patrimônio cultural de um povo integra sua identidade e diversidade cultural. Aponta nessa direção a definição de patrimônio cultural indígena, cuja abrangência inclui os conceitos de patrimônio material (ou tangível) e imaterial (ou intangível), aí presentes todas as manifestações de expressão que fazem parte do universo cultural de um Povo Indígena: são nossos cantos e danças, as formas próprias de educação, as pinturas corporais de cada Povo, as técnicas artesanais herdadas dos ancestrais, inclusive a arte plumária, que traz significado e beleza aos nossos rituais. São ainda as rezas e os conhecimentos tradicionais dos pajés, a relação de espiritualidade que nos une aos nossos territórios tradicionais e tudo o que neles preservamos, porque são parte integrante do nosso universo cultural, a sabedoria dos anciãos, as histórias contadas ao redor da fogueira, as brincadeiras das crianças, as festas e os rituais e todos os aspectos que integram as nossas formas culturais de viver e de ver o mundo.

Povos indígenas e direitos de propriedade intelectual no Brasil

A Propriedade Intelectual pode ser definida como um conjunto de princípios que disciplina a aquisição, o uso e a perda de direitos e de interesses em propriedades intangíveis, princípios estes suscetíveis de serem usados comercialmente. O regramento infraconstitucional sobre direito de imagem, direito autoral e direitos conexos¹⁰ integra o sistema de propriedade intelectual, juntamente com as marcas, as patentes, os desenhos industriais e as indicações geográficas (LEGISLAÇÃO, 2006).

Ana Valéria Araújo (1996:99) ensina que “o direito de imagem é um direito afeto às pessoas e é tratado no plano do direito constitucional. Enquanto isso, o direito autoral é um ramo do direito civil e

protege os direitos das pessoas, enquanto autoras de obras intelectuais, sobre essas obras”.

Existem alguns óbices que têm dificultado a aplicação de mecanismos de propriedade intelectual ao patrimônio cultural de Povos Indígenas: a natureza coletiva desse patrimônio, que gera dúvidas sobre o titular do direito, e os valores culturais e espirituais que o impregnam e que tornam impossível, em muitos casos, a determinação de seu valor econômico e de sua comercialização, tornando-os incompatíveis com os aspectos privatizador e economicista que caracterizam o sistema de propriedade intelectual. A legislação de propriedade intelectual prevê co-autoria e a possibilidade de obras coletivas, todavia entendidas como “o somatório de obras individuais que passam a integrar uma obra autônoma”. Nas palavras de Ana Valéria Araújo, “esse modo de proteção, entretanto, não incorpora as especificidades da produção cultural indígena que, em sua grande parte, decorre de uma atuação coletiva e indivisa” (ARAÚJO, 1996:99).

Em certa ocasião, durante a primavera de 2004, eu conversava com um empresário da região Sudeste no intuito de intermediar a realização de um contrato de cessão de direitos de imagem entre a empresa por ele representada e algumas pessoas pertencentes a diferentes Povos Indígenas do Brasil. Explicava-lhe a necessidade de elaboração de um contrato de autorização de uso ou cessão de direitos de imagem e, como não se trataria de um negócio gracioso, inquiri acerca do valor da contraprestação que cada indígena deveria receber em razão do contrato. Acrescentei que, em se tratando de pessoas indígenas, adornadas, vestidas e pintadas segundo suas próprias tradições, havia algo mais do que a mera utilização da imagem de uma pessoa, de um indivíduo, já que estariam presentes naquelas representações elementos de conteúdo cultural e coletivo, o que levaria qualquer pessoa a visualizar a imagem de um determinado Povo Indígena, com características socioculturais próprias e distintas entre si. Certamente, esse conteúdo étnico e coletivo significava uma agregação de valor, de modo que aquelas coletividades também fariam jus à repartição de algum tipo de benefício.

Como réplica, meu interlocutor desfiou uma série de protestos acerca do elevado ônus do contrato, cuja contraprestação, no entender do empresário, situava-se na divulgação dos Povos Indígenas “beneficiados”. Refleti que a questão seria mais complexa do que eu havia imaginado ao iniciar o diálogo, ocasião em que aquele senhor afirmara sua simpatia para com os “índios” e sua intenção de nos “ajudar”, declarando que não objetivava auferir lucros com o negócio. Encerrando suas ponderações, ele desabafou: “Veja bem! Nunca ouvi falar de algo assim. Se eu quisesse tirar fotos de macacos ou araras eu não precisaria pedir autorização nem pagar nada para o IBAMA, por que com os índios é diferente?”. Surpresa, concluí que aquele contrato não seria viável, levantei-me, estendi a mão em despedida e forneci-lhe uma última explicação: “Porque não somos araras nem macacos, somos seres humanos com direito personalíssimo à nossa imagem e isso inclui o direito a dizer não”.

Pensemos no caso do empresário paulista: na hipótese de que ele aceitasse o fato de que o contrato de cessão de direito de imagem incluiria a contraprestação ao indígena fotografado e uma repartição de benefícios para o Povo representado na foto por aquele indígena, quem representaria esse Povo no contrato? E se houvesse outros Povos Indígenas com pinturas corporais ou adornos iguais ou semelhantes aos do indígena fotografado, não fariam esses Povos jus a uma parte dos benefícios recebidos?

Deve-se ressaltar que existem adequações possíveis, como é o caso dos grafismos do Povo Kadiwéu, do Mato Grosso do Sul, que hoje decoram os azulejos do Bairro Amarelo, em Berlim, na Alemanha,¹¹ e cuja consecução envolveu uma cessão de direitos autorais dos indígenas que elaboraram os desenhos selecionados em benefício da Associação das Comunidades Indígenas da Reserva Kadiwéu (ACIRK). A cessão objetivava reverter em prol de uma coletividade um direito que, à luz da propriedade intelectual, teria sua titularidade definida na pessoa de cada artista indígena, desconsiderando que, embora a obra seja individual, aqueles desenhos possuem uma simbologia própria daquela cultura e seguem padrões criados e recriados historicamente de acordo com características peculiares aos grafismos Kadiwéu.

Em decorrência de um amplo processo de consulta, os Kadiwéu decidiram participar do projeto, para o qual foram selecionados seis desenhos de um total de 271, elaborados por mais de 90 artistas kadiwéu. Procedeu-se ao registro dos 271 desenhos na Escola Nacional de Belas Artes, no Rio de Janeiro, onde cada artista é identificado, porém sendo expressamente reconhecido o direito patrimonial coletivo do Povo Kadiwéu. “Eles foram, pela primeira vez, reconhecidos como Arte Abstrata, já que até então a Arte Indígena era encarada como puro artesanato” (MOREIRA, 2006:2).

A repartição dos benefícios contemplou, neste caso, não apenas as seis artistas selecionadas, mas todas as demais participantes, entre as quais foram igualmente divididos os honorários. A outra metade dos honorários financiou a viagem a Berlim, em 1998, dessas seis artistas cujos desenhos foram selecionados, a fim de que pudessem contemplar o resultado de seu trabalho em outra realidade, além de visitarem o Museu Etnológico Dahlem, no qual observaram a arte indígena de seus ancestrais Kadiwéu¹² (MOREIRA, 2006).

Entretanto, não se deve olvidar que pinturas corporais, cestaria, cerâmica e outras espécies de artesanatos, e cantos, danças e demais formas de expressão cultural dos Povos Indígenas têm uma simbologia ou uma destinação social específica, e sua utilização para fins comerciais deve ser precedida de uma ampla consulta, esclarecendo-se em que consistirá a utilização do patrimônio cultural, com que finalidades (a esse processo de consulta e de esclarecimentos denomina-se consentimento livre, prévio e fundamentado ou informado) e as formas de repartição dos benefícios decorrentes dessa utilização.

O desrespeito aos princípios do consentimento livre, prévio e informado e da justa e equitativa repartição de benefícios caracteriza violação e utilização ou apropriação indevida do patrimônio cultural do(s) Povo(s) envolvido(s). Podemos inquirir se, no caso da coleção de jóias “Purãngaw”,¹³ foi dada a oportunidade a **todos os Povos Indígenas** (não apenas aos artistas ou à comunidade indígena envolvida no contrato, na medida em que compartilham aquele patrimônio com outras coletividades e, em alguns casos, com outros Povos Indígenas) de participarem de um pro-

cesso efetivo e amplo de consentimento prévio fundamentado. Trata-se de saber se todos os que tiveram seus artesanatos transformados em etnojóias¹⁴ – inclusive os objetos que simbolizam os seus mitos de criação e são utilizados ou em rituais de passagem ou pelos líderes espirituais em pajelanças – foram informados de que seu patrimônio cultural e toda a simbologia que ele carrega seriam transformados em objetos com preço no mercado, disponíveis para quem quisesse comprá-los e passíveis de serem utilizados por homens e mulheres unicamente com finalidade estética. E quais foram os critérios para a aferição da justiça e da equidade no estabelecimento da repartição de benefícios? Houve algum tipo de repartição de benefícios em prol das coletividades indígenas que detêm o mesmo patrimônio cultural? Respeitados esses procedimentos e devidamente divulgados, isso resultará não apenas em valor agregado ao produto pela diversidade cultural nele inserida, mas é também anexada à imagem da empresa um fator de responsabilidade sociocultural extremamente valorizado pelo consumidor contemporâneo.

Podemos considerar ainda o uso de nomes de Povos Indígenas ou de palavras pertencentes a línguas indígenas – mais freqüentemente de origem Tupi – por empresas ou em logomarcas, registradas em juntas comerciais ou segundo os procedimentos do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), e que estão em absoluto desacordo com o princípio do consentimento prévio fundamentado. Isto se dá sob a alegação de que, em não havendo uma proibição expressa nesse sentido, aliada ao entendimento de que por serem de conhecimento geral são de domínio público, são passíveis de utilização por qualquer pessoa jurídica com finalidade comercial.¹⁵

Há casos de utilização de mecanismos de propriedade intelectual pelos próprios Povos Indígenas, embora estes sejam uma minoria, a exemplo do registro da marca *Warana*, pelo Povo Indígena Sateré-Mawé, do Amazonas.¹⁶ Porém, existem casos emblemáticos do emprego de nomes indígenas como marcas comerciais e que são passíveis de revogação. Parece razoável, à luz da legislação anteriormente mencionada, alegar a qualquer momento que o uso do nome de um Povo Indígena como marca de papel higiênico traz uma conotação negativa que causa constrangimento

e desrespeita sua identidade étnica, o que poderia embasar um pedido de revogação de registro de marca no INPI. Todavia, o Povo Ticuna¹⁷ permanece vítima de semelhante constrangimento, tendo em vista que a marca foi registrada em conformidade com a lei, sem que tenha havido qualquer alegação contra seu registro no prazo previsto pelo INPI.¹⁸

A CDB no Brasil: a proteção de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade na legislação brasileira

A implementação da CDB no ordenamento jurídico pátrio é incumbência do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN¹⁹ e enfrenta, por força do seu artigo 22, o desafio de conciliar o respeito aos direitos de propriedade intelectual e os direitos assegurados aos Povos Indígenas pela Convenção 169 da OIT. A análise mais superficial do CGEN torna perceptível a divergência entre interesses representados por indústria e comércio, desenvolvimento, ciência e tecnologia, agricultura, pecuária e abastecimento e os direitos e os interesses dos Povos Indígenas, das Comunidades Locais e das organizações socioambientais. Estes reivindicam proteção especial para o acesso aos conhecimentos tradicionais que integram a essência das culturas indígenas e para o estabelecimento de procedimentos claros para a obtenção do consentimento prévio fundamentado e para a justa e equitativa repartição de benefícios, com base no artigo 8º “j” e no artigo 15, e em consonância com os objetivos que norteiam a CDB.

Nesse cenário polarizado, tem prevalecido a posição dos representantes governamentais, portadores do direito de manifestação e deliberação, em prejuízo dos representantes dos detentores de conhecimentos tradicionais, que se fazem presentes como os “convidados permanentes”,²⁰ apenas com direito à voz.

À semelhança da CDB, a Medida Provisória 2186 de 2001²¹ estabelece de forma expressa o respeito aos direitos de propriedade intelectual²² derivados do registro de produtos ou de processos, e cria, em seu artigo 31, a exigência de um certificado de procedência legal, o que se traduz

na obrigatoriedade do interessado, ao fazer o pedido de patente, de declarar ao INPI a origem do material genético²³ e do conhecimento tradicional acessado.²⁴ Além disso, o interessado está obrigado a apresentar ao INPI a comprovação da procedência legal do acesso, ou seja, o documento de Autorização de Acesso fornecido pelo CGEN. Ocorre, porém, que o INPI não tem cumprido esta exigência, deixando de implementar os já tímidos aspectos de proteção contidos na Medida Provisória.

Entre os problemas da MP, está a interpretação equivocada que alguns setores do governo brasileiro têm feito do seu artigo 8º, § 2º, que estabelece que o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro, conforme dispuser o CGEN. Alguns órgãos deturpam o artigo ao afirmarem que os conhecimentos tradicionais seriam de titularidade do Estado brasileiro, distorcendo visivelmente o objetivo declarado no *caput* do artigo 8º, que enfocaria a proteção desses conhecimentos e não a sua apropriação. Tal interpretação também contraria o § 1º, que reconhece aos Povos Indígenas o direito de decidirem sobre o uso de seus saberes tradicionais. Entretanto, o texto do artigo 8º, § 2º tem dado margem a tentativas de criação de bancos de dados sobre conhecimentos tradicionais, desprovidos de qualquer processo de consulta prévia aos detentores de conhecimentos tradicionais objetos do cadastro, como propôs o Ministério da Saúde, em flagrante desrespeito à política inclusiva e participativa que norteia a CDB, a Convenção 169 e a própria Medida Provisória que disciplina o tema.

Considerações finais

Da análise superficial dos mecanismos existentes em âmbito nacional e global, podemos inferir que a temática abordada padece de vários problemas: é tratada de forma estanque e compartimentada, a partir de enfoques múltiplos, por instâncias de diferentes níveis. Nestas, salvo exceções como a CDB, não há um tratamento transdisciplinar da matéria e, o que é mais grave, tudo é feito à revelia dos titulares desse

patrimônio ou com uma participação diminuta e em condições de desigualdade. Na maioria dos casos, os beneficiários de mecanismos legais de proteção ao patrimônio cultural indígena não participam da elaboração desses instrumentos e desconhecem sua existência, reduzindo significativamente a sua efetividade.

Nesse sentido, há manifestações expressas dos Povos Indígenas solicitando respeito às nossas culturas e ao nosso protagonismo. A título de exemplo, podemos citar a Declaração da Kari Oka (Rio de Janeiro, 1992), a Carta de São Luís (São Luís, dezembro de 2001); a Carta de Campo Grande (Campo Grande, junho de 2002); a Carta de Manaus (Manaus, agosto de 2002); a Declaração dos Pajés (Brasília, agosto de 2004); a Carta de Curitiba Rio Paraná 2006 (Curitiba, setembro de 2005); as Diretrizes dos Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Locais para a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais (Brasília, outubro de 2005); a Carta de Intenções dos Participantes da Oficina de Formação – Acesso ao Patrimônio Genético e Conhecimentos Tradicionais Associados (Belém, novembro de 2005); e a Declaração de Manaus sobre a Proteção da Biodiversidade e Gestão Territorial das Terras Indígenas (Manaus, dezembro de 2005).

○ Propomos que se adote um instrumento universal de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, um sistema alternativo, sistema **sui generis**, distinto dos regimes de proteção dos direitos de propriedade intelectual e que entre outros aspectos contemple: o reconhecimento das terras e dos territórios indígenas, conseqüentemente a sua demarcação; o reconhecimento da propriedade coletiva dos conhecimentos tradicionais como imprescritíveis e impenhoráveis e dos recursos como bens de interesse público; o direito aos povos e às comunidades indígenas e locais de negarem o acesso aos conhecimentos tradicionais e aos recursos genéticos existentes em seus territórios; o reconhecimento das formas tradicionais de organização dos povos indígenas; a inclusão do princípio do consentimento prévio informado e uma clara disposição a respeito da participação dos povos indígenas na distribuição equitativa de benefícios resultantes da utilização destes recursos e conhecimentos; permitir a continuidade da livre troca entre povos indígenas dos seus recursos e conhecimentos tradicionais... (CARTA DE SÃO LUÍS, 2001).

A lei deve ser flexível ao outorgar proteção a bens culturais, considerando suas características dinâmicas e holísticas e deve assegurar que essa proteção não seja desvirtuada, traduzindo-se em limitações a possibilidades de alteração, recriação, socialização e desenvolvimento. Por outro lado, “é imperioso criar, por meio de legislação ordinária, formas de coexistência entre o direito interno dos índios e o direito positivo nacional, sem preeminências injustificadas, que seriam juridicamente falsas, moralmente condenáveis e socialmente injustas” (ARAÚJO, 1993:239).

Podemos estabelecer uma distinção entre os mecanismos existentes de proteção aos bens culturais dos Povos Indígenas: há aqueles que asseguram a titularidade e o monopólio do bem cultural, excluindo terceiros não-autorizados, com vistas à comercialização; há os mecanismos de registro de bens culturais, que servem para publicizar o fato de que o bem registrado integra o patrimônio cultural de um dado Povo Indígena que se encontra inserido, por sua vez, em um patrimônio mais amplo – o Patrimônio Cultural do Brasil ou o Patrimônio Cultural da Humanidade, por exemplo.

Nos primeiros, critica-se a inadequação da aplicação de princípios do direito privado, tais como prazos de vigência da exclusividade da propriedade intelectual, proteção jurídica para fins comerciais e privatização do bem protegido – em benefício de pessoas físicas ou jurídicas, em detrimento de bens de natureza coletiva de valor cultural inestimável. Estes não deveriam ser suscetíveis de apropriação, porque integrantes da essência cultural de um Povo cujos direitos sobre o seu patrimônio cultural precisariam ser imprescritíveis e inalienáveis, à semelhança dos direitos originários sobre suas terras tradicionais reconhecidos pela Constituição Federal.

Nos últimos, identifica-se claramente a necessidade de uma proteção menos segmentada e mais específica que seja adequada à natureza holística e mutável dos bens a serem protegidos e que assegure, sobretudo, mecanismos de prevenção e de punição à utilização ou à apropriação indevida de bens protegidos pelo Direito Público. Tais bens, no dizer de MARÉS, “hão de ser representativos, evocativos ou ainda identificadores

da história de determinada sociedade e, por isso mesmo, da cultura humana de modo geral” (MARÉS *apud* ARAÚJO, 1993:227).

A discussão de um sistema legal que estabeleça mecanismos protetores específicos e efetivos para as culturas indígenas e seu patrimônio está longe do ideal, mas o conhecimento da existência de instrumentos legais permite a identificação e a superação de lacunas – mediante adequações ou interpretações sistemáticas – até que seja criado um sistema *sui generis* de proteção. Nele, a diretriz principal seria a transdisciplinariedade, o respeito e o reconhecimento à diversidade cultural e aos sistemas jurídicos próprios de cada Povo Indígena, de modo a possibilitar o exercício do protagonismo das pessoas que tornam esse patrimônio especial.

Notas

- ¹ Nota do editor: Os órgãos oficiais, organizações indígenas e organizações da sociedade civil que lidam com a questão indígena indicam a existência de pelo menos 220 povos indígenas no Brasil. No entanto, o número preciso oscila entre 220 e 240.
- ² A Romênia foi o trigésimo país a ratificar, em 19/01/2006, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, completando os 30 Estados-membros necessários para que a Convenção passe a vigorar.
- ³ A aprovação do texto da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial pelo Legislativo Brasileiro ocorreu em 1º de fevereiro de 2006 (UNESCO, 2006).
- ⁴ A CDB, no artigo 8º, alínea “j”, cita a importância das práticas, dos saberes, das tradições e das inovações de Povos Indígenas e comunidades locais para a preservação e a conservação da biodiversidade. O artigo 15 da CDB prevê a sujeição do acesso a recursos genéticos à obtenção de consentimento prévio fundamentado, e estabelece a necessidade de justa e equitativa repartição dos resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e dos benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com os provedores do recurso.
- ⁵ O artigo 22 da CDB estabelece que suas disposições não deverão afetar os direitos e as obrigações das Partes Contratantes decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações causem grave dano ou ameaça à diversidade biológica.
- ⁶ Nota do editor: TRIPS é a sigla em inglês, referente a “Agreement on Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights”, que se popularizou e passou a ser utilizada globalmente.
- ⁷ Para fins conceituais, o termo “legislação indigenista”, neste trabalho, será utilizado para designar todo o arcabouço legal estabelecido pelo legislador nacional não-indígena para as diferentes Nações Indígenas brasileiras, pois convém ressaltar a diferença existente com relação ao emprego da expressão “legislação indígena” que denota os regimes jurídicos próprios de cada Povo Indígena, cujos processos de elaboração e aplicação são inerentes à organização social desses Povos e integrantes

do seu universo cultural, ao contrário da legislação indigenista, elaborada por pessoas estranhas às culturas indígenas e cuja eficácia foi eivada por sua inaplicabilidade ou por seus resultados nefastos aos Povos Indígenas (KAINGÁNG, 2004).

- ⁸ Lei 6.001-1973: “Art. 1º, § único – Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”. “Art. 2º – Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:
I – estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;
X – garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhe couberem”.
- ⁹ A FUNAI é o órgão do governo encarregado da implementação da política indigenista oficial.
- ¹⁰ Lei 9610 de 1998, a Lei de Direitos Autorais.
- ¹¹ A aventura atrás da exposição “Copyright by Kadiwéu”, recentemente exibida no Museu Etnológico de Berlim (Dahlem), mostra como um projeto de arquitetura na Alemanha veio desencadear, pela primeira vez no Brasil, o reconhecimento do direito autoral dos índios sobre sua arte.
- ¹² Em Dahlem encontrava-se uma coleção de obras kadiwéu sem igual no Brasil, trazida para a Alemanha no início do século XX. Foi a primeira vez que membros da nação Kadiwéu puderam ver a Arte de seus ancestrais.
- ¹³ Coleção de jóias, cujo *design* baseia-se em artesanatos indígenas de diversos Povos, lançada pela H. Stern.
- ¹⁴ Etnojóias são jóias com valor cultural, étnico, agregado. É o caso da coleção Purāngaw da H.Stern, por exemplo.
- ¹⁵ Vide em anexo a pesquisa realizada junto à diretoria de marcas do INPI sobre o registro de nomes indígenas como marcas comerciais.
- ¹⁶ Idem a nota anterior.
- ¹⁷ Os Ticuna são “o segundo maior povo indígena no Brasil; ocupam a região do Alto Solimões, no estado do Amazonas, fronteira entre o Brasil, o Peru e a Colômbia” (ARAÚJO, 1993:235).
- ¹⁸ Número Prioridade: 819203475, 16/05/1996. Marca TICUNA. Situação: R/Sub.Jud. Titular: INDÚSTRIA DE PAPEL SOVEL DA AMAZONIA LTDA. Classe: 03:20 (LEGISLAÇÃO, 2006).
- ¹⁹ O CGEN é órgão colegiado, de caráter deliberativo e normativo, instituído no âmbito do Ministério do Meio Ambiente pelo artigo 10 da Medida Provisória 2.186 de 2001. O CGEN é composto, majoritariamente, por representantes de ministérios governamentais, com direito à voz e ao voto, e por aqueles da Sociedade Civil, como os que representam as instituições de pesquisa, as comunidades locais, os Povos Indígenas, os remanescentes de quilombos e as organizações não-governamentais, somente com direito à voz.
- ²⁰ Os Convidados Permanentes são uma figura política criada em atendimento a uma solicitação da Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, como forma de implementar políticas inclusivas e participativas em sua gestão. Trata-se de um grupo constituído pelos representantes de organizações não-governamentais (ONGs) ambientalistas, de comunidades locais, indígenas, quilombolas.
- ²¹ A Medida Provisória 2.186 de 2001, que regulamenta o artigo 225 da Constituição Federal, em seus § 1º, inciso II e § 4º e os artigos 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c” 15 e 16, alíneas 3 e 4 da CDB, dispõe sobre o acesso ao conhecimento tradicional associado, à repartição de benefícios e ao acesso à tecnologia e à transferência de tecnologia para sua conservação e utilização.

- ²² Artigo 8º, parágrafo 4º da Medida Provisória 2.186 de 2001: “A proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual”.
- ²³ A CDB define recursos genéticos, em seu artigo 2º como “material genético de valor real ou potencial” e estabelece que “Material Genético significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”.
- ²⁴ Como resultado da 6ª Conferência das Partes, a decisão VI/24 C “conclama os membros e os governos a encorajarem a revelação do país de origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais relacionados, quando se trata de garantir direitos de propriedade intelectual no caso de utilização de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais associados em seu desenvolvimento” (LIMA e BENSUSAN, 2003:18).

Referências

- ARAÚJO, Ana Valéria. “Acesso a recursos genéticos e proteção aos conhecimentos tradicionais associados”. In: LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Instituto Sociambiental, Fabris, 2002. p.85-99.
- ARAÚJO, Ana Valéria & CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro (orgs.). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental. 1995. 135p. (Documento do ISA, 2). Esgotado, disponível na íntegra em www.socioambiental.org
- _____. *Direito Autoral e Direito de Imagem: Novos Desafios para os Índios*. São Paulo: Instituto Socioambiental. Povos Indígenas no Brasil, 1996/2000. p.99-101.
- _____. “Direitos Culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento”. In: SANTILLI, Juliana (org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- BENSUSAN, Nurit. “Breve histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil”. In: LIMA, André et al. *Quem Cala Consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p.9-15.

- BAPTISTA, Fernando Mathias & VALLE, Raul Silva Telles do. *Os Povos Indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. 99p.
- BAYLÃO, Raul de Sergi & BENSUSAN, Nurit. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais”. In: LIMA, André *et al.* *Quem Cala Consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p.17-22.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- EMBAIXADA REAL DA NORUEGA. *Diretrizes para a Atuação Norueguesa Destinada a fortalecer o Apoio aos Povos Indígenas no Âmbito da Cooperação ao Desenvolvimento: uma abordagem baseada em direitos*. Brasília, 2005. 27p.
- GOVERNO FEDERAL, Ministério das Relações Exteriores, Ministério do Meio Ambiente *et al.* *Construindo a Posição Brasileira sobre o Regime Internacional de Acesso e Repartição de Benefícios*. Brasília, 2004. 79p.
- GOVERNO FEDERAL, Ministério do Meio Ambiente. *Conselho de Gestão do Patrimônio Genético*. Stilo: Brasília, 2002. 47p.
- KAINGANG, Lucia Fernanda Jófej. *O Conhecimento Tradicional e os Povos Indígenas*. Cadernos do INBRAPI n.1. São Paulo: Global Editora, 2004. 64p.
- KLUMB, Armindo *et al.* *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 6.ed. Bahia: Coordenadoria Ecumênica de Serviço, 2003. 59p.
- LIMA, André *et al.* *Quem Cala Consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental 2003.
- MAGALHÃES, Edvar. *Legislação Indigenista Brasileira e Normas Correlatas*. Brasília: Funai/Dedoc, 2002. 450p.
- MEDAUAR, Odete (org.). *Coletânea de Legislação Ambiental: Constituição Federal*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção RT Mini Códigos, 2003. 983p.
- NOVAES, Adauto (org.). *Civilização e Barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. 342p.

- SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. *Socioambientalismo e Novos Direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005. 303p.
- SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Rio de Janeiro/ Petrópolis: Vozes, 2001.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e Proteção Jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial da Prefeitura, 1997.

Sites consultados:

- CARTA DE SÃO LUÍS. São Luís, 06 dezembro 2001. Disponível em <http://www.inbrapi.org.br/artigos> Acesso em 21 julho 2004.
- IPHAN. *Patrimônio Imaterial*. Disponível em <http://www.unesco.gov.br/areas/cultura/ptangivel>. Acesso em 24 de fevereiro de 2006.
- IPHAN. *Patrimônio Imaterial*. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12455&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>. Acesso em 01 de março de 2006.
- LEGISLAÇÃO. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/>. Acesso em 27 de fevereiro de 2006.
- MOREIRA, Pedro. *Copyright by Kadiwéu*. Disponível em <http://www.brazine.de>. Acesso em 28 de fevereiro de 2006.
- O índio hoje. Disponível em www.funai.gov.br. Acesso em 21 de setembro de 2005.
- PASCUAL, Alejandra Leonor. *Os povos indígenas e o direito de ser diferente*. In: IPHAN. *Patrimônio Imaterial*. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=12297&retorno=paginaIphan>. Acesso em 24 de fevereiro de 2006.

Desafios e
perspectivas para
a construção e
o exercício
da cidadania
indígena



Vilmar Martins Moura Guarany

Advogado, mestrando em Direito Econômico e
Social pela PUC/PR – bolsa Fundação Ford

Poderia começar a presente explanação discorrendo de forma histórica sobre como eram tratados pelos europeus os povos ameríndios, em especial pelos colonizadores espanhóis e portugueses, em seus aspectos jurídicos, e se os índios eram ou não seres humanos e, portanto, se tinham alma ou não. Ou poderia focar os dados das populações de forma quantitativa. Ou ainda, como há muito tratado pela história, poderia dizer que era assim que começavam e terminavam os textos: os índios foram importantes na formação da sociedade brasileira; os índios caçavam, habitavam ocas, comiam raízes e Tupã era seu deus; os índios eram brutos, seres bestiais ou, para outros, o bom selvagem. Enfim, inúmeros eram os escritos em que se retratava o índio do início da colonização, mas sempre estereotipados. O fato é que, mesmo preconceituosas, essas fontes devem ser consultadas até para entendermos o tratamento que a história deu aos primeiros habitantes dessas terras.

Todavia, deixarei de tratar de forma direta tais aspectos históricos, retornando a eles apenas quando necessário, para apresentar os povos indígenas da atualidade, bem como os desafios e as perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena.

Povos indígenas na atualidade: cidadania, naturalização e o apátrida

O Artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos do Homem diz textualmente:

- 1 Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
- 2 Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Segundo dados da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, na atualidade, estima-se a população indígena habitante de Terras Indígenas em 410.000 índios. No último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, este número populacional subiu para 710.000. O certo é que essas populações estão distribuídas em mais de 220 etnias diferentes, que falam cerca de 180 línguas distintas.¹

Para se chegar à conclusão de quem está com a razão em relação a dados da população indígena, será necessário promover um censo específico por meio do qual se obtenham informações completas sobre a população indígena brasileira. Este censo deverá envolver a população indígena habitante das Terras Indígenas e aqueles índios que estão vivendo nas zonas urbanas. Enquanto isso, é necessário analisar quem são e como vivem os índios no Brasil da atualidade.

Se formos buscar o que aprendemos nos livros de história de nossa infância, isto é, nos livros didáticos, encontraremos a seguinte definição em relação à população brasileira quanto à formação de nossa identidade nacional:

- **Branco** → descendente do europeu, principalmente do português ou espanhol.
- **Negro** → escravos vindos do continente africano.
- **Índio** → aquele que aqui vivia antes da chegada do europeu ou do africano e que habitava as florestas.

Ainda segundo os mesmos livros didáticos, da mistura das raças formou-se o povo brasileiro, ou seja, dessa mistura surgiram:

- **Mameluco** → filho de branco com índio.
- **Cafuzo** → filho de índio com negro.
- **Mulato** → filho de branco com negro.

A partir de então, surge a idéia da harmonia das raças e de que no Brasil não existe preconceito racial. Definições equivocadas, que não refletem completamente a realidade, pois restaram nessas terras, mesmo que já passados mais de 500 anos de colonização, os descendentes diretos daqueles primeiros povos, sejam eles os povos indígenas da atualidade, ou os remanescentes de quilombolas.²

Interessante é que os que definiram essas categorias de gentes sempre foram os terceiros, ou o Estado, mas nunca o próprio agrupamento de pessoas diretamente interessadas. Na verdade, essas categorias foram definidas pelo dominador, o europeu ou o eurodescendente, de acordo exclusivamente com o seu entendimento.

Se analisarmos, no âmbito jurídico, o conceito de nacionalidade, verificaremos que se trata do vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um determinado Estado, fazendo dele um componente do povo, da dimensão pessoal daquele Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e, por outro lado, sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos. Disso resultam, entre outros, dois critérios comumente aceitos quanto à nacionalidade: os que tratam a nacionalidade em razão do local de nascimento e os que a consideram em razão da origem sangüínea.³

No primeiro caso, a regra diz o seguinte: basta nascer em determinado solo que natural daquele país já será. Como exemplo, citamos o próprio Brasil. No segundo caso, que ocorre principalmente nos ditos “países antigos”, como alguns do continente europeu, não importa o local de nascimento, o que importa é a ascendência – o indivíduo terá a nacionalidade dos pais (critério da consangüinidade). Daí surgirem com freqüência os casos de dupla nacionalidade, em que o cidadão é natural de um país que adota o sistema de consangüinidade e tem filhos em um outro, no qual a regra vigente é a do local de nascimento. Os filhos geralmente terão dupla nacionalidade, sendo considerados naturais de ambos os países. É comum verificarmos um brasileiro solicitando o reconhecimento de sua outra nacionalidade. Recentemente, o caso de nossa primeira dama, Marisa Letícia Rocco Casa, que requereu a cidadania italiana, chamou a atenção de todos.

Fora esses dois casos, há aqueles em que os indivíduos são considerados apátridas, isto é, não pertencem a nenhum país. Ocorre, por exemplo, quando um casal de brasileiros que se encontra viajando no exterior, sem estar a serviço do governo brasileiro, tem um filho que nasce num desses países que aplicam o critério da consangüinidade. Esta criança nasceu fora do Brasil e o Brasil não aplica a regra da

consangüinidade. Por outro lado, o país onde ela nasceu não aceita a regra do local de nascimento. Eis aí, portanto, uma criança sem pátria. É claro que várias complicações surgirão dessa situação. Todavia, neste mesmo caso, por serem os pais brasileiros, este indivíduo apátrida ao atingir a maioridade poderá requerer a cidadania brasileira, se assim o desejar.

Note-se que nos casos apresentados, no entanto, quem decide sobre quem são os seus naturais são os respectivos países, pois são soberanos para deliberarem sobre estas questões. Um país não interfere noutro para dizer se este ou aquele é ou não brasileiro por ser de pele branca, amarela ou negra. Não importa o biótipo, quem decide são os Estados nacionais e suas respectivas legislações.

Já em se tratando de povos indígenas, a história sempre foi diferente. Primeiro, como anteriormente citado, discutia-se no Velho Mundo se os primeiros povos habitantes do Novo Mundo tinham ou não almas. Isso era relevante, especialmente do ponto de vista jurídico, pois se não tinham almas, por que se preocupar com suas vidas ou reconhecê-los como possuidores de bens patrimoniais? Como se vê, era conveniente que fossem considerados, quando muito, seres primitivos.

Vários povos indígenas foram vítimas de extermínio direto, por meio de guerras ou morte decorrente de novas doenças contraídas do europeu, ou ainda envenenamento de seus lagos e rios. Houve também a miscigenação forçada. É comum ouvirmos alguém dizer: “Minha avó era índia brava e foi pega a laço ou a dente de cachorro”. Interessante é que nunca dizem “meu avô era índio”. Na verdade, essas situações aconteceram e muito. Várias mulheres índias foram estupradas por bandeirantes ou caçadores de índios, enquanto seus maridos e filhos eram mortos. E quando essas índias tentavam fugir, colocavam cachorros à caça delas. Ao serem violentadas, muitas engravidavam, começando assim a surgirem os mestiços.

Há também registros históricos de que os homens brancos recebiam incentivos para se casarem e terem filhos com as mulheres índias, com vistas a povoar as terras brasileiras e a impedir com isso as invasões por outros países.

○ Afinal, quem é índio?

Tendo visto a história acima, voltemos a considerar, juridicamente, quem são os índios hoje. A Lei. nº 6001/73 – o Estatuto do Índio, em seu Artigo 3º, inciso I, assim os classifica:

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.

Consideremos o seguinte:

I – Índio → Este termo genérico leva-nos a crer que não há diversidade de povos, pois todos são uma coisa só – índios. Por isso, muitos pensam que não há culturas, e sim uma única cultura, uma única fé, uma única maneira de organização social, uma única língua. O termo contribuiu, enfim, para falsamente diminuir a diversidade indígena brasileira ou, em outras palavras, universalizar o diverso.

II – Silvícola → Este termo, por sua vez, traz uma implicação prática discriminatória em relação aos índios que vivem nas zonas urbanas – aqueles que, por vontade própria, em busca geralmente de educação e outros serviços que não encontram nas terras indígenas, procuram as cidades; ou mesmo porque as cidades estão cada vez mais próximas das aldeias e, por isso, os índios vão deixando de ser considerados silvícolas; ou ainda porque há aqueles que foram expulsos de suas terras tradicionais e estão tendo que buscar abrigo mais perto dos centros urbanos. Daí, quem sabe, a explicação sobre a ausência de políticas públicas desde sempre destinadas a esses “ex-silvícolas”.

Silvícola, além do mais, tem o mesmo significado de selvagem, a quem o dicionário denota os significados de: bruto, bravo, feroz, aquele que não foi amansado, domado, sem civilização, primitivo. Aliás, neste sentido, o dicionário Aurélio assim nos esclarece: “[silvícola é o] que nasce ou vive nas selvas; selvagem, selvático”.⁴

Já a festejada Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, por força do Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004, publicado no Diário Oficial de 20 de abril de 2004, passou a vigorar

no Brasil desde então, traz elencados em seus artigos os seguintes comandos:

○ **Artigo 1 b** → aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais, políticas, ou parte delas.

Artigo 2 → A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Comparando-se as duas legislações comentadas, verificamos o avanço da legislação internacional quanto ao tratamento do termo “índio”. Reconhece ela a diversidade indígena e refere-se a essas coletividades como povos indígenas. De fato, um avanço que coaduna com o anseio dos povos indígenas que, por meio de suas representações perante à ONU e à OEA, assim se posicionaram por décadas, com vistas a serem dessa forma chamados. Embora tenha levado 15 anos, nosso Congresso Nacional e o Presidente da República finalmente aprovaram internamente a Convenção 169 da OIT, após intensas manifestações dos povos indígenas no Brasil e de seus aliados.

Com relação ao Artigo 2º da Convenção 169 da OIT, é necessário tecer algumas considerações. Muitas controvérsias têm surgido quanto à expressão “consciência de sua identidade indígena”. É que, para muitos juristas, antropólogos e outros militantes das questões indígenas, duas interpretações divergentes são no mínimo possíveis.

ONGs indigenistas, integrantes do Ministério Público Federal e mesmo cidadãos pertencentes a alguns povos indígenas, entre outros incluídos, defendem a tese de que a consciência de sua identidade indígena é suficiente como critério para que se possa dizer quem são os índios e/ou as comunidades indígenas, deixando de lado outros critérios, como o da ascendência pré-colombiana e até mesmo fatores culturais ou, como no próprio texto da alínea *b* do Artigo 1º da Convenção Internacional que

ora se comenta, o conceito de que povos indígenas... (*omissis*) “conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais, políticas ou parte delas”. Conclui-se que a auto-identificação é fator preponderante e único, excluindo-se, portanto, outros critérios.

Do outro lado, onde se situam ONGs indígenas, antropólogos e setores do governo federal, considera-se o princípio da auto-identificação como critério fundamental, sem contudo excluírem-se outros critérios, como: identificação por *descenderem* de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização das suas atuais fronteiras estatais e que, seja qual for a sua situação jurídica, **conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais, políticas, ou parte delas**. Ou ainda, como no inciso I do Artigo 3º do Estatuto do Índio: “[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 (Grifo meu).

Breve análise sobre critérios de identificação

Embora polêmica, esta questão deve ser encarada e, mais que isso, deve ser encarada de forma séria. Vejamos, pois, alguns casos:

No ano passado, quando se realizou o 1º foro dos povos indígenas do estado do Tocantins, vários estudantes indígenas relataram o seu descontentamento com as políticas de cotas das universidades, nas quais o único critério de acesso diferenciado era o da auto-identificação de pertencimento a um povo indígena, sem que houvesse a necessidade de documentos probatórios, quer fossem expedidos pela FUNAI, quer fossem apresentados pelas lideranças comunitárias ou as associações indígenas. Segundo esses estudantes, os não-índios estavam tendo acesso às universidades e os índios legítimos ficavam de fora do processo – por não acompanharem os editais por dificuldades de informação, ou porque, ao concorrerem, os não-índios se apresentavam mais preparados do que eles. Isto porque teriam freqüentado melhores escolas ou por serem falantes

somente do português, em detrimento dos indígenas falantes de duas ou mais línguas, sendo o português quando muito a sua segunda língua.⁵

Outra questão relevante refere-se ao Pró-Uni. Este programa do governo federal, que constitui uma medida de ação afirmativa em relação aos povos indígenas e aos afro-descendentes, também só aplica o critério da auto-identificação. Fora o fato de que os indígenas de outros estados têm denunciado à FUNAI o ingresso de não-índios nas vagas destinadas aos índios, também os estudantes universitários de Brasília, ao tomarem conhecimento de um grande número de índios que teriam ingressado nas universidades nesta capital, entraram em contato com estes últimos para conhecê-los. Com isso, descobriram que quase todos não eram indígenas, e eles explicavam: “Eu só disse que era índio por não saber minha origem. E como não me considero branco ou negro, me declarei índio para ter acesso ao programa”. Outros assim diziam: “Quando fomos nos inscrever, os funcionários das universidades nos incentivaram a nos inscrevermos como índios e assim fizemos. Mas não somos índios e nem conhecemos nenhuma comunidade”.⁶

Ainda em relação a programas de ação afirmativa,⁷ têm chegado denúncias à sede da FUNAI de que seus servidores nas regiões estão recebendo ameaças de agressões físicas e até de morte para concederem declarações de indianidade a pessoas que nunca se reconheceram como tal e que não são reconhecidas por nenhum povo ou organização indígena. O fato é que as políticas na área educacional têm trazido tais questões à baila, mas há outras áreas em que o problema tem surgido, demonstrando haver situações às quais o critério da auto-identificação não tem conseguido responder.

Voltando ao ponto da soberania dos povos (autodeterminação), quem decide sobre a nacionalidade de seus integrantes são os próprios povos interessados e não um terceiro. Aliás, assim também me posiciono neste caso. Este critério não é e nunca foi o da exclusão de outros critérios, pois um país quando define quem são os seus assim o faz em nome da coletividade, ou em nome da nação, ou seja, o indivíduo está sendo identificado por seu grupo ou nação, que o reconhece como pertencente a ele ou a ela. Ao mesmo tempo, este indivíduo está se identificando ou se reconhecendo como integrante de um determinado país. Então,



dois fatores ou critérios operam aqui ao mesmo tempo. Nesse mesmo sentido, o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da OIT acompanham a necessidade de se considerarem tais critérios.

A Constituição Federal de 1988 trata ainda dos brasileiros naturalizados. São os casos de pessoas de outras nacionalidades que, por vontade própria, manifestam seu interesse em se tornarem brasileiros. A esses novos brasileiros estendem-se todos os direitos dos outros (natos), com algumas exceções previstas no próprio texto constitucional. Da mesma maneira, duas vontades estão operando ao mesmo tempo, ou seja, a vontade expressa de nosso país em aceitá-los e a manifestação de vontade do interessado. O Brasil não pode ser obrigado a aceitar, em função da vontade exclusiva do interessado, que ele se auto-identifique como brasileiro.

Assim, defendo a tese de que a definição sobre quem são os índios brasileiros dependerá da manifestação conjunta de vontades, tanto do grupo étnico quanto do indivíduo interessado. Se esses dois fatores operarem, o requisito da ascendência pré-colombiana automaticamente estará sendo cumprido, conforme comandos da Convenção 169, Artigo I, inciso b e do que está registrado na lei especial (Estatuto do Índio) em vigor no país.

Dito isso, não há que se falar em mestiço ou em biótipo, ou ainda por que questionar se esse ou aquele é ou não falante de uma língua indígena, pois é comum ouvir-se: “Este não vive mais nas matas, ou não fala a língua indígena, ou usa objetos da sociedade envolvente, portanto, deixou de ser índio”. Como se fosse um estágio provisório ser índio!

E sendo assim, considero justo, por analogia ao próprio tratamento dado aos brasileiros naturalizados, que os povos indígenas tenham também direito de aceitar os seus naturalizados. Deve ser considerado índio aquele que, mesmo não tendo ascendência pré-colombiana (critério da consangüinidade), mas que foi ou não criado por pais índios, geralmente no interior de uma comunidade, seja um indivíduo indígena, se assim deliberar o povo indígena em sua autonomia.

Ressalte-se, ainda neste aspecto, que muitos povos indígenas sofrem discriminação por não falarem uma língua indígena, ou por não “parecerem” índios. Não se pode esquecer que foram outros, e não eles próprios, que contribuíram para que isto

ocorresse. O Estado muitas vezes é o responsável, ou mesmo parte da Igreja, que outrora obrigava as crianças indígenas a falarem em português sob pena de sofrerem castigos, como ficarem sem alimento ou serem humilhadas diante de outros colegas nas escolas. Este fato ocorreu em vários lugares do Brasil, principalmente na região Sul.

A legislação nacional e mesmo a Convenção nº 167 de 1957 da OIT, que precedeu a Convenção nº 169 já citada, tratava ou objetivava integrar e/ou assimilar o índio à comunhão nacional. Em outras palavras, era para o índio deixar de ser índio e se tornar um “homem civilizado” dessa mesma sociedade nacional. Em tempos não muito distantes, a educação formal ajudou muito na busca para se atingir tal objetivo. O ensino no interior das terras indígenas não era bilíngüe, sendo as aulas ministradas na língua portuguesa, o que acabou por matar inúmeras línguas maternas.

Como dito acima, muito se incentivou a mestiçagem no Brasil visando “embranquecer” nosso país. Aliás, por bastante tempo, foi essa a ideologia brasileira. Senão, vejamos: “A ideologia brasileira quer o índio – e também o negro – como um futuro ‘branco’ dissolvido pela amalgamação racial e pela assimilação, na comunidade nacional”.⁸ Isso afetou a população de afro-descendentes e os povos indígenas também. Afinal, como se dizia, “povo civilizado tinha que ser inteligente, não podia ser primitivo”, ou melhor, tinha que ser branco para o Brasil não mais se envergonhar de ter mantido por longo período a escravidão em seu território, além de ter violado os direitos dos povos que viviam aqui antes mesmo que o colonizador chegasse.

Vejamos o que pensava, ou quem sabe ainda pensa, parte da elite brasileira sobre a população indígena: “Lévi-Strauss registrou em *Tristes Trópicos* um testemunho ilustrativo. Pouco tempo antes de vir ao Brasil e dar início a seus estudos antropológicos como professor contratado da Universidade de São Paulo, em 1934, teve a ocasião de, levado por um amigo comum, almoçar com o Embaixador Souza Dantas em Paris. Na ocasião, ao relatar sobre seu projeto de estudos, assombrou-se com a reação do anfitrião: ‘Índios? Ora, meu caro senhor, desapareceram há muitos anos. Esse é um episódio muito triste e vergonhoso da história de meu país. No século XVI, os colonos portugueses eram homens ambiciosos e cruéis. Não se pode

contudo culpá-los por acompanharem o barbarismo geral daqueles tempos. Capturavam os índios, amarravam-nos à boca dos canhões, e estraçalhavam-nos aos pedaços. Assim é como se livraram dos índios. Como sociólogo, o senhor descobrirá coisas fascinantes no Brasil, mas esqueça os índios. O senhor certamente não cruzará com nenhum.”⁹⁹

Ao nos referirmos aos índios brasileiros da atualidade, devemos saber:

- Que há índios no Brasil totalmente sem contato com outros povos indígenas ou com o restante da sociedade brasileira. A FUNAI estima cerca de 50 povos vivendo dessa maneira.
- Há outros povos com pouquíssimo contato, vivendo principalmente na região amazônica.
- Há povos indígenas que habitam terras indígenas que já conhecem e que mantêm forte contato com outros povos. O tempo de contato, no entanto, pode variar de cerca de poucas décadas há até mesmo 500 anos atrás.
- Muitos povos mantêm sua língua ou, quando não, mantêm parte de sua cultura e vivem coletivamente. São povos indígenas, mesmo com parte de sua gente misturada com outros povos ou etnias. Como já se disse antes, se a comunidade os aceita como índios, como sua gente, indígenas são.
- Finalmente, há índios vivendo coletivamente, ou de forma individual, ou ainda em pequenos grupos familiares nos grandes centros urbanos. A população indígena urbana pode alcançar o patamar de no mínimo 300 mil pessoas, as quais se identificam como índios, e cuja maioria pode, de fato, ser reconhecida por um povo indígena. Na verdade, não importa onde vivem, pois continuam sendo índios. Não é, como querem muitos, que por não mais residirem nas aldeias tenham deixado de ser índios. Esta é uma idéia equivocada e preconceituosa, reflexo ainda de uma ideologia integracionista e assimilacionista. Seria o mesmo que um mineiro fosse morar em São Paulo e por isso deixasse de ser mineiro, tornando-se paulistano; ou que um brasileiro fosse morar no exterior e automaticamente deixasse de ser brasileiro, tornando-se americano ou europeu. Ou, no extremo, que se tornasse um apátrida, simplesmente pelo fato de não estar mais residindo em terras brasileiras.

Cidadania indígena

Passemos agora a uma breve análise de fatos atuais que têm acontecido por desconhecimento da legislação indigenista da parte de leigos e mesmo de Operadores do Direito, ou apenas por preconceito e intolerância da sociedade nacional em relação aos povos indígenas. A sociedade geralmente não tem interesse em resolver os problemas apresentados e simplesmente expõe os primeiros povos à situação de vergonha e vexame. Note-se que todos os fatos de que trataremos foram divulgados na mídia local ou nacional, sendo que alguns encontram-se registrados na Coordenação Geral de Defesa dos Direitos Indígenas da FUNAI, em Brasília. Ressalte-se ainda que tais fatos são apenas alguns exemplos de outros inúmeros que têm surgido recentemente, o que demonstra como tem sido difícil para os povos indígenas exercerem a sua cidadania.

Caso nº 1

No final de 2004, várias manifestações de professores e agentes de saúde (indígenas) e de outros servidores públicos índios e não-índios traziam a informação de que, nos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, as agências do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal estavam anunciando que todos os índios com contas naqueles bancos deveriam, para regularizá-las, apresentar documento expedido pela FUNAI – ou alvará judicial, ou ainda carta de Emancipação de Tutela – sob pena de terem suas respectivas contas encerradas até o final do ano.

Caso nº 2

“Índias não conseguem tirar passaporte para ir à Argentina” – Duas jovens indígenas, Graciela Pereira dos Santos, Guarany, 19 anos, e Micheli Alves Machado, Kaiowá, 19, solicitaram a emissão de passaporte para se deslocarem a Mar Del Plata, na Argentina, por ocasião do IIIº Cumbre de Los Pueblos de América. Para que pudessem viajar, as duas jovens passaram por um processo humilhante, que parecia não ter fim. Foram afinal orientadas no sentido de que, para retirarem seus passaportes,

deveriam portar documentação civil branca, pois a Carteira de Identidade emitida pela FUNAI não as autoriza a isso, ou ainda um documento emitido pelo Presidente da FUNAI, em Brasília, autorizando-as a requererem o passaporte.

Caso nº 3

“Faltam linhas de crédito direcionadas aos povos indígenas”: Fator não menos importante, sempre com as mesmas razões, mostra que são negados créditos aos povos indígenas, requerendo-se que sejam apresentados documentos da FUNAI, ou alguma garantia de que honrarão o compromisso para com o banco credor.

Poderia elencar algumas dezenas de situações que tenho vivenciado na qualidade de Coordenador Geral de Defesa dos Direitos Indígenas na FUNAI. Todavia, achei por bem apresentar somente estas três, que ilustram de forma contundente as situações absurdas com que os índios se deparam todos os dias e que precisam ser, nesta oportunidade, alvo de maior reflexão.

Vale notar que, nos três casos citados, algumas coisas comuns aparecem:

- 1 Pedidos para que se apresentem documentos da FUNAI.
- 2 Entraves para o exercício do direito de cidadania pela simples condição de indígena (requisitos não exigidos de não-índios).
- 3 Desconhecimento da legislação indigenista por parte dos interlocutores, ou má-fé no trato com os cidadãos indígenas.

Isto posto, resta buscar responder algumas questões, como as que se apresentam abaixo:

- Afinal, existem impedimentos para os índios exercerem sua cidadania?
- Que legislação deve ser aplicada aos povos indígenas e aos seus membros?
- Enfim, quais são os desafios e as perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena?

Vejamos, então, a legislação:

○ Constituição Federal de 1988

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Preâmbulo: (...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais

e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 2º Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, de ordem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Convenção nº 169 da OIT

Art. 2º, 2 – Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, sem condições de igualdade, dos direitos e das oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

Art. 3º, 1 – Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e às mulheres desses povos.

Os artigos acima mencionados deixam claro que todos os direitos inerentes a povos, nações e aos cidadãos em geral também se aplicam aos povos indígenas, não havendo como se falar em restrição dos direitos dos índios, ou restrição por serem índios. Há que se buscar, sim, cumprir a legislação nacional e aplicá-la aos povos indígenas, visando à sua proteção, resguardados os seus direitos especiais, para que se garantam a eles os seus usos, costumes, crenças e tradições. Enfim, há que se respeitar a organização social dos povos indígenas.

É preciso dizer que, mesmo diante desse arcabouço jurídico a sustentar que os povos indígenas são sujeitos de direitos e obrigações, como os demais naturais deste país – respeitando-se é claro os direitos à preservação dos aspectos culturais – percebemos, como defende a Sub-procuradora Geral da República, Ela Wiecko V. De Castilho, uma ambigüidade na própria legislação. O “(...) Estatuto do Índio ainda em vigor parte de pressupostos etnocêntricos e evolucionistas incompatíveis com

a visão pluriétnica estabelecida pela Constituição de 1988. Como ainda não houve revogação expressa da Lei nº 6.001, o legalismo e também o peso da velha mentalidade se refletem nas práticas da FUNAI e de outros órgãos do Estado, federais, estaduais e municipais, que executam ações para os índios¹⁰ (...). Em consequência do que muito bem apresenta a Ilustre Sub-procuradora Geral da República, temos nos deparado constantemente com situações de interpretação dúbia que, na prática, prejudicam os índios.

De fato, vigoraram no Brasil o Código Civil de 1916, hoje revogado, e a Lei. 6001/73 (esta ainda não revogada expressamente), que tratavam dos direitos dos índios. O primeiro diploma condicionava os índios a uma inaptidão parcial, ou seja, os índios eram considerados relativamente incapazes para certos atos da vida civil, equiparados aos demais brasileiros maiores de 16 anos e menores de 21 anos de idade, ao lado ainda dos pródigos, que precisam ser assistidos por pais, responsáveis ou tutores quando praticam certos atos. Tal incapacidade relativa cesaria à medida que o índio fosse se adaptando, isto é, se integrando à sociedade nacional (estado evolutivo). A segunda lei, por sua vez, classificava os índios como “índios isolados”, “em vias de integração” e “integrados”. Nela ficou também instituída a assistência ou tutela, em seu Capítulo II, que se fundamentou da forma seguinte:

○ **Art. 7º** Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei;

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

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Observem que mesmo na legislação que recebeu críticas da dra. Ela Wiecko, sem adentrar em seus méritos, verifica-se que se o índio revelasse conhecer o ato praticado e se este não lhe fosse prejudicial, estaria valendo. Pois que a lei não era para restringir direitos, e sim para

proteger, até porque a tutela em relação aos povos indígenas não foi inicialmente pensada e, portanto, não deveria significar substituição de vontade mas, ao contrário, assistência. Apesar disso, muitas das vezes foi, de fato, isso o que ocorreu.

O tema da tutela, embora considerado por muitos superado com o advento da Constituição Federal de 88, longe está de esgotar a sua polêmica. Entretanto, deixarei para aprofundar esta análise em um outro momento específico. O certo é que nenhuma legislação poderá ser aplicada ou interpretada no sentido de restringir direitos dos povos indígenas ou de impedir o exercício pleno da cidadania indígena.

Conclusões

Feitas essas considerações e tomando por base a legislação em vigor no Brasil, podemos afirmar que não há nenhum fator legal, moral, religioso ou relativo a quaisquer argumentos, que possa impedir os povos indígenas de exercerem a sua capacidade civil plena. Mesmo aqueles povos com algum grau de dificuldade de compreensão em relação aos valores e ao *modus vivendi* do restante da sociedade nacional têm autonomia, se assim o quiserem, para pôr em prática todos os direitos inerentes ao exercício da cidadania. E o Estado, com o seu aparato, deve prestar-lhes a devida assessoria e assistência, sem substituir, contudo, as suas vontades.

Podemos ainda dizer que aos povos indígenas se aplica toda a legislação vigente, além da legislação específica, que visa resguardar e proteger seus direitos culturais especiais, bem como o direito de permanecerem como sociedades diferenciadas dentro do Estado brasileiro.

Quanto aos desafios e às perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena, fica claro que é necessário informar a sociedade em geral sobre a situação dos povos indígenas na atualidade: quem são, onde vivem, quais os seus valores, seus direitos e obrigações. Deve haver, em toda a rede de ensino, do maternal à pós-graduação, disciplinas obrigatórias e específicas sobre pluralismo e diversidade em nosso país.

Quanto aos três casos apresentados em relação a passaportes, linhas de crédito e documentos exigidos por agências bancárias, cabe manifestação dos órgãos de política indigenista, do Ministério Público Federal e dos próprios índios, ou de suas comunidades, para resguardarem os direitos indígenas nas esferas administrativas ou, se assim não se resolver, para que se tomem as medidas judiciais cabíveis. Especificamente com relação à mencionada questão das agências bancárias, a Coordenação Geral de Defesa dos Direitos Indígenas da FUNAI, à época, encaminhou os esclarecimentos necessários à Ouvidoria do Banco do Brasil, razão pela qual, ao que se sabe, as agências não levaram a cabo seu intento de cancelar as contas dos indígenas.¹¹

Com relação a passaportes, todos os indígenas têm o direito a ter o seu pedido encaminhado e expedido pela Polícia Federal, sem a intervenção de terceiros, a não ser que eles próprios solicitem assistência. No que diz respeito ao registro administrativo expedido pela FUNAI, é preciso colocar que ele constitui documento hábil para proceder ao registro civil – não o substitui, portanto, e é considerado um meio subsidiário de prova da identidade, conforme o parágrafo único do Art. 13 do Estatuto do Índio. Todavia, não se pode ser simplista neste caso. Afinal, muitas situações advêm da dúvida quanto à validade ou não de tal documento. Por isso mesmo é que a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, juntamente com todos os órgãos que direta ou indiretamente atuam em prol dos povos indígenas, está trabalhando para sanar o problema dos documentos, em especial da documentação civil dos índios. Todos atentam para a necessidade de, ao mesmo tempo, observar os direitos inerentes à sociodiversidade indígena, inclusive o de serem consultados, conforme o Artigo 6º, inciso I, “a”, da Convenção 169 da OIT, que assim estabelece: “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”.

Finalmente, em relação às linhas de crédito para os povos indígenas, temos que considerar que a questão principal repousa no fato de que as terras indígenas, segundo o artigo 20 da Constituição Federal, são de

direito propriedade da União, mas têm a garantia do usufruto exclusivo dos índios, sendo também inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis. Isto quer dizer que as terras indígenas não podem servir como garantia em relação a obrigações contraídas. Então, cabe às instituições governamentais criarem linhas de crédito específicas para os índios, seja em forma de um fundo especial, seja mediante quaisquer outros meios que venham a dar conta da especificidade de sua situação. O que não se pode permitir é que os povos indígenas fiquem em condição de miséria, embora vivendo grande parte deles em terras riquíssimas em biodiversidade, com tudo o que é necessário para a sobrevivência das presentes e futuras gerações.

Não se teve a pretensão de encerrar ou concluir os assuntos aqui tratados, mas principalmente de contribuir para a continuidade de um debate tão necessário, capaz de garantir, na prática, os direitos dos povos indígenas, em especial aqueles fundamentais e inerentes a todos os seres humanos, ou seja, os direitos humanos dos índios.

Notas

- ¹ GUARANY, Vilmar Martins Moura *et alli*. *Direitos Humanos: Atualização do Debate*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores. p.46.
- ² Grupos étnico-raciais com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com resistência à opressão histórica sofrida. (In: *Relatório de Atividades 2005 Promoção da Igualdade Racial*: da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República)
- ³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p.202,203.
- ⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.
- ⁵ Registros de situações semelhantes poderão ser verificados na Coordenação Geral de Defesa dos Direitos Indígenas e na Coordenação Geral de Educação da FUNAI.
- ⁶ Trata-se de informações prestadas a acadêmicos indígenas funcionários da Coordenação Geral de Defesa dos Direitos Indígenas por beneficiários do Pró-Uni, fato registrado nesta Coordenação em 2005.
- ⁷ São políticas iniciadas nos Estados Unidos da América há mais de 30 anos e que tinham como finalidade promover ações voltados para os "Objetivos e cronogramas" favoráveis à minoria, visando combater as desigualdades sociais. Neste sentido "O Brasil, recentemente, apresentou uma proposta de ação afirmativa, contendo uma política de cotas para favorecer os negros, na conferência contra o racismo na África do Sul. (In: ROCHA, Leandro Mendes. *Índios, Cidadania e Ações Afirmativas: Algumas considerações*. 2001. Mimeo. p.10,16.

- ⁸ RIBEIRO, Darcy. *Os Índios e a Civilização*. Petrópolis: Editora Vozes, 1979. p.196.
- ⁹ CORDEIRO, Enio. In: *Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999. p.15.
- ¹⁰ *A questão indígena*. Publicação da Coordenação de Divulgação do Departamento Cultural do Ministério das Relações Exteriores.
- ¹¹ A comunicação entre o Coordenador Geral de Defesa dos Direitos Indígenas e a Ouvidoria do Banco do Brasil ocorreu via contato telefônico e por mensagem eletrônica. No entanto, as notícias dos fatos foram registradas pelas Administrações Regionais da Funai de Amambai/MS e Tangará da Serra/MT. Encontram-se inscritas na Funai Brasília.

Referências

- CORDEIRO, Enio. *Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999. p.5.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.
- GUARANY, Vilmar Martins Moura *et alli*. *Direitos Humanos: Atualização do Debate*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores. Publicação da Coordenação de Divulgação do Departamento de Cultura, 2001. p.46.
- MANUAL. *Direitos Humanos no Cotidiano*: Brasília: Ministério da Justiça e outros, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p.203.
- MAGALHÃES, Edvard Dias (org.). *Legislação Indigenista Brasileira e Normas Correlatas*. 3.ed. Brasília: CGDOC/FUNAI, 2005.
- RIBEIRO, Darcy. *Os Índios e a Civilização*. Petrópolis: Editora Vozes, 1979. p.196.
- ROCHA, Leandro Mendes. *Índio, Cidadania e Ações Afirmativas: Algumas Considerações*. Brasília, 2001, mimeo.

Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas



S. James Anaya

Professor James J. Lenoir de leis
e políticas de direitos humanos
da Universidade do Arizona

tradução Bias Arrudão

Em grande parte como resultado de sua própria defesa feita no cenário internacional, os povos e as populações indígenas são agora objeto de consideração à parte nas Nações Unidas, na Organização dos Estados Americanos e em outras instituições internacionais.¹ Se os termos *povos* ou *populações indígenas* ainda são contestados, passaram a ser, não obstante, amplamente usados em associação a um conjunto de temas e pessoas que está sendo assistido pelo regime internacional de direitos humanos.

A designação de grupos distintos de *indígena* tem sua origem no padrão de construção do império e da colonização europeus a partir do século XVI: aqueles que já habitavam as terras tomadas e foram sujeitos por forças opressoras ficaram conhecidos como nativos, aborígenes ou indígenas. Tais designações continuaram a ser aplicadas em função dos lugares em que se deu esse encontro humano que mudou o rumo de tantas vidas no processo posto em marcha pelo colonialismo. Hoje em dia, o termo *indígena* refere-se, de modo geral, aos descendentes daqueles que anteriormente habitavam terras atualmente dominadas por outros. Povos, nações ou comunidades indígenas são grupos culturalmente distintos que estão engolfados por sociedades colonizadoras nascidas de forças imperiais e de conquista. As várias comunidades indígenas que sobrevivem nas Américas, os Inuit e os Aleutas do Ártico, os Aborígenes da Austrália, os Maori da Nova Zelândia, os povos tribais da Ásia e da África e outros grupos similares são geralmente vistos como indígenas. São *indígenas* porque suas raízes ancestrais encontram-se nas terras nas quais vivem, ou gostariam de viver, muito mais profundamente do que as raízes de setores mais poderosos da sociedade que vivem nas mesmas terras ou em suas proximidades. Além disso, são *povos* na medida em que constituem comunidades distintas, com uma continuidade de existência e identidade que as ligam às comunidades, às tribos ou às nações de seu passado ancestral.²

No mundo contemporâneo, os povos indígenas quase sempre sobrevivem em condições de enorme desvantagem em relação a outros nos Estados que se construíram ao seu redor. Perderam vastos territórios, deixaram de ter acesso a recursos que assegurariam sua sobrevivência, e foram vítimas de forças históricas que suprimiram suas instituições políticas e culturais. Como resultado, foram prejudicados econômica e socialmente; sua coesão, enquanto comunidades distintas, foi afetada ou ameaçada e a integridade de suas culturas foi solapada. Tanto nos países industrializados como nos menos desenvolvidos em que vivem, os povos indígenas estão quase invariavelmente no degrau inferior da pirâmide socioeconômica e sobrevivem às margens do poder.

Diante de tão tremenda adversidade, os povos indígenas há muito vêm buscando florescer enquanto comunidades distintas em suas terras ancestrais e lutam para fazer retroceder os padrões históricos de colonização. Paralelamente aos esforços no plano doméstico, apelaram à comunidade internacional e às leis internacionais, em grande parte por meio do regime de direitos humanos, para fazer avançar a sua causa. É inegável que, graças aos esforços feitos principalmente nas últimas três décadas, foram capazes de gerar simpatia significativa entre os atores internacionais para as suas reivindicações. Isso pode ser constatado em vários desenvolvimentos concretos construídos a partir de princípios de direitos humanos de aplicação geral previamente explicitados e sobre a matriz de instituições internacionais de direitos humanos já existentes.

Um divisor de águas em termos de atividades internacionais relevantes foi a resolução de 1971 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que autorizou a Subcomissão sobre a Prevenção contra a Discriminação e a Proteção de Minorias das Nações Unidas (atual Subcomissão sobre a Promoção e a Proteção aos Direitos Humanos das Nações Unidas) a conduzir um estudo a respeito de “O Problema da Discriminação contra Populações Indígenas”. O trabalho, em vários volumes, feito pelo relator oficial José Martínez Cobo, compilou vastas informações sobre povos indígenas do mundo todo e fez uma série de descobertas e recomendações geralmente em apoio às suas

reivindicações.³ O estudo de Martínez Cobo deu início a um padrão de atividades múltiplas em relação a povos indígenas entre as Nações Unidas, organizações regionais e instituições afiliadas. Além de atraírem a atenção de todo o sistema internacional de direitos humanos, os povos indígenas agora são objeto de instituições e programas especialmente criados, inclusive o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas das Nações Unidas,⁴ o Relator Especial da ONU sobre “a situação dos direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas”,⁵ e o recém-criado Fórum Permanente sobre Assuntos Indígenas da ONU.⁶

As energias institucionais dedicadas às preocupações dos povos indígenas ao longo de muitos anos formaram – e continuam a formar – um corpo inovador de normas e práticas internacionais sobre o assunto.⁷ Este artigo discute os principais instrumentos escritos, as decisões e outros acontecimentos que corporificam tais normas e que refletem um consenso internacional crescente em relação aos direitos dos povos indígenas. O consenso pode ser entendido como o que deu origem a princípios de direito internacional costumeiro, os quais estabelecem obrigações adicionais dos Estados às suas obrigações baseadas em tratados.

Instrumentos Internacionais dirigidos especificamente aos Povos Indígenas

(a) Convenção 169 da OIT

Em termos de legislação internacional já estabelecida, o desenvolvimento mais concreto relativo aos povos indígenas é a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT).⁸ Este tratado internacional, adotado e aberto para ratificação em 1989, é o sucessor da Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 1957, que a OIT tinha incorporado após uma série de estudos e de encontros de especialistas que sinalizaram

a especial vulnerabilidade dos trabalhadores indígenas.⁹ A Convenção 169 da OIT, mais nova, representa um distanciamento marcante, em termos de política mundial de comunidades, da filosofia refletida na convenção anterior de promoção da assimilação dos povos indígenas pelas sociedades majoritárias. Essa mudança de paradigma corporificado pela Convenção 169 está indicada no seu preâmbulo, que reconhece “as aspirações desses povos para assumirem o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico, mantendo e fortalecendo suas identidades, línguas e religiões, no âmbito dos Estados onde moram”. Partindo dessa premissa, a Convenção inclui cláusulas em favor da integridade cultural, dos direitos sobre terras e recursos e da não-discriminação nas esferas do bem-estar social para os indígenas; de modo geral, estimula os Estados a respeitarem as aspirações dos povos indígenas em todas as decisões que os afetem.

Muito importante: a Convenção 169 reconhece os direitos coletivos de “povos” indígenas, e não somente os direitos de indivíduos indígenas. Tais direitos coletivos incluem o de propriedade sobre terras tradicionais,¹⁰ o de serem consultados enquanto grupos por meio de suas instituições representativas próprias¹¹ e o de, enquanto grupos, preservarem seus costumes e suas instituições.¹² Ao defender direitos coletivos, a Convenção traz inovações substanciais para a legislação internacional de direitos humanos, explicitada em instrumentos internacionais escritos quase exclusivamente em termos de direitos individuais. Na Convenção, uma cláusula esclarece o uso do termo “povos” para evitar implicações de direito à autodeterminação, uma vez que em outros instrumentos julga-se que “todos os povos” têm tal direito.¹³ À época em que a Convenção foi adotada, em 1989, a questão de os povos indígenas terem ou não direito à autodeterminação – um direito universalmente reivindicado por povos indígenas no discurso internacional – foi especialmente polêmica. O secretariado da OIT assumiu a posição de que a linguagem da Convenção para qualificar o uso do termo “povos (...) não limitou de nenhuma forma o significado do termo”, mas foi simplesmente um meio de deixar para as Nações Unidas a decisão so-

bre suas implicações em relação à autodeterminação.¹⁴ Seja como for, a linguagem qualificativa de forma alguma prejudica a natureza coletiva dos direitos que a Convenção expressa.

No entanto, por conta do uso qualificado do termo *povos*, e porque vários defensores de grupos indígenas consideraram que a Convenção não avançara o bastante na afirmação dos seus direitos, diversos representantes de povos indígenas uniram-se para expressar à OIT sua insatisfação com a Convenção quando ela foi adotada. Mas desde sua adoção, um número crescente de organizações indígenas e seus representantes assumiram uma postura pragmática e apoiaram sua ratificação. Organizações de povos indígenas da América Latina foram especialmente ativas na pressão pela ratificação, de tal forma que a maioria dos países da região hoje faz parte da Convenção, assim como os países do Norte que têm populações indígenas Sami e Inuit.¹⁵

Em alguns países que ratificaram a Convenção 169, grupos indígenas invocam-na, com certo sucesso, em procedimentos domésticos ou na OIT, em suas lutas para ganharem compensações em situações problemáticas. Na Colômbia, por exemplo, a luta do povo U'wa para impedir a exploração de petróleo em suas terras tradicionais levou a uma decisão da Corte Constitucional colombiana que, baseada substancialmente na Convenção 169 da OIT, considerou inválida uma licença concedida pelo governo à *Occidental Petroleum* para explorar petróleo na reserva U'wa (“resguardo”) por não ter havido consulta adequada àquele povo indígena.¹⁶ O governo, então, concedeu à *Occidental* uma licença diferente para explorar petróleo fora da reserva U'wa, mas em terras ancestrais ainda usadas por eles. Depois que a empresa começou a exploração por conta da segunda licença, uma entidade trabalhista colombiana, representando este povo, submeteu o caso à OIT com base no procedimento autorizado pelo artigo 24 da Constituição do órgão para examinar “representações” que aleguem violações de suas convenções.¹⁷ O Comitê de Especialistas da OIT, reunido para examinar a queixa, constatou a inobservância dos mandatos de consulta da Convenção em ambas as licenças e recomendou medidas de reparação.¹⁸

(b) Rumor às Declarações da ONU e da OEA sobre Direitos dos Povos Indígenas

Como já sugerido, a Convenção 169 da OIT é parte de um corpo maior de desenvolvimentos internacionais referentes a povos indígenas. Destacam-se entre eles os atuais esforços nas Nações Unidas e na Organização dos Estados Americanos para a elaboração de declarações de direitos de povos indígenas a serem adotadas pelos principais órgãos destas instituições.

Um projeto de Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁹ foi elaborado e adotado em 1993 pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da ONU, com cinco membros, que faz parte da Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. Representantes de povos indígenas do mundo inteiro tiveram participação ativa nos anos em que o Grupo de Trabalho deliberou, a partir do início da década de 80, e que resultaram num projeto de declaração de direitos indígenas. Este encontra-se atualmente na instância superior da Subcomissão – a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos – que em 1995 criou seu próprio grupo de trabalho para estudá-lo.

O foco da ONU em questões indígenas durante as décadas de 80 e 90 gerou iniciativas em outras arenas internacionais, inclusive a que levou a Convenção 169 da OIT e a decisão da OEA a elaborarem sua própria declaração sobre o assunto. Autorizada, em 1989, pela Assembléia Geral da OEA a desenvolver um “instrumento jurídico” referente a grupos indígenas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou, em 1996, uma Proposta Americana de Declaração sobre os Direitos de Povos Indígenas.²⁰ Esse documento está hoje em discussão num grupo de trabalho do Comitê Político e Jurídico do Conselho Permanente da OEA criado especialmente para isso, do qual representantes de povos indígenas, assim como dos Estados, participam ativamente.

Os projetos de texto da ONU e da OEA atualmente em discussão são semelhantes em termos de abrangência e na natureza dos direitos reconhecidos. Como a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, ambos defendem uma filosofia que, ao contrário do pensamento domi-

nante anteriormente, valoriza a integridade das comunidades indígenas e suas culturas; ambos também identificam os grupos e os indivíduos indígenas como objetos de preocupação especial dos Estados nos quais vivem e da comunidade internacional como um todo. Ainda de forma similar à Convenção da OIT, os projetos de texto da ONU e da OEA pressupõem que os povos indígenas existirão como parte dos Estados que foram construídos ao seu redor, mas com direitos de grupo consistentes, inclusive direitos relativos a terras e a recursos naturais, cultura, e com autonomia para tomarem decisões. Tanto o texto da ONU como o da OEA são mais abrangentes que a Convenção 169 da OIT na explicitação desses direitos; o da ONU é o mais abrangente de todos, chegando a incluir um “direito à autodeterminação” de todos os povos indígenas.²¹

A contínua atenção internacional à explicitação dos direitos dos povos indígenas fortaleceu o núcleo da opinião comum internacional sobre o conteúdo desses direitos – base da Convenção 169 da OIT – formado substancialmente pelas atuais reivindicações desses povos e apoiado em anos de investigações oficiais sobre o assunto. Desde a adoção da Convenção 169, em 1989, as observações dos governos referentes à elaboração das declarações da ONU e da OEA sobre direitos indígenas confirmaram, de modo geral, os preceitos básicos nela estabelecidos; de fato, apesar da disputa existente entre povos indígenas e Estados a respeito da linguagem das declarações e de algumas de suas cláusulas mais abrangentes, as observações dos governos indicam um movimento em direção a um consenso ainda mais próximo às reivindicações dos povos indígenas.

Esse movimento pode ser percebido na discussão sobre a cláusula do texto do projeto da ONU referente ao direito dos povos indígenas à autodeterminação. Como observado anteriormente, os Estados têm resistido a reconhecer os grupos indígenas como “povos” possuidores de um “direito à autodeterminação”. Tal resistência é, principalmente, resultado de uma tendência a equiparar-se autodeterminação ao direito à secessão ou à formação de um Estado independente, ainda que os povos indígenas, ao explicitarem sua reivindicação pela autodetermina-

ção, tenham quase universalmente negado possuírem aspirações de independência nacional, encarando a autodeterminação como base para assegurar uma existência digna enquanto grupos distintos dentro das fronteiras de Estados já existentes. Um número crescente de governos, no entanto, está deixando de ver a autodeterminação como necessariamente associada a direitos atribuídos a Estados independentes e vem expressando disposição de incluir na declaração da ONU algum tipo de reconhecimento da autodeterminação indígena. O governo australiano sinalizou essa tendência numa manifestação para a sessão de 1991 do Grupo de Trabalho da ONU sobre Populações Indígenas, em que expressou a “esperança” de que seja possível encontrar uma forma aceitável de se fazer referência à autodeterminação na declaração da ONU:

○ Acontecimentos em todas as partes do mundo nos mostram que o conceito de autodeterminação tem de ser encarado de forma abrangente, ou seja, não só como a obtenção da independência nacional. Os povos buscam afirmar suas identidades, preservar suas línguas, culturas e tradições, conquistar mais autonomia e um grau maior de autogestão, livres da interferência indevida dos governos centrais.²²

Tal pensamento em relação à autodeterminação é cada vez mais predominante nas discussões do grupo de trabalho *ad hoc* da Comissão sobre Direitos Humanos da ONU, criado para debater a declaração sobre direitos indígenas. Resumindo a discussão sobre autodeterminação entre os numerosos países que participaram da sessão de 1999 do grupo de trabalho, o delegado da Guatemala observou satisfeito que nenhum Estado havia rejeitado expressamente a inclusão do direito à autodeterminação dos povos indígenas na declaração.²³ Na mesma sessão, o presidente do grupo de trabalho concluiu, a partir do debate, que “os participantes, em geral, estavam de acordo de o direito à autodeterminação ser o fundamento do projeto de declaração”.²⁴ Identificou ainda uma “ampla concordância” de “o direito à autodeterminação não poder ser exercido em detrimento da independência e da integridade territorial dos Estados”, e observou que os Estados que expressavam apoio ao reconhecimento do direito dos povos indígenas à autodeterminação

o faziam com o entendimento de que ele não implica direito à secessão.²⁵ Esse movimento em direção a um consenso sobre autodeterminação indígena é emblemático em relação ao efeito que as discussões sobre as declarações da ONU e da OEA vêm tendo na construção de normas internacionais que dizem respeito aos povos indígenas, mesmo antes da adoção de suas respectivas declarações.

(c) Cláusulas sobre Povos Indígenas em outros Instrumentos Internacionais

Outros instrumentos internacionais já adotados, além da Convenção 169 da OIT, refletem e contribuem para fazer avançar o desenvolvimento do consenso internacional sobre os direitos dos povos indígenas. É o caso da Convenção sobre os Direitos da Criança, um tratado internacional ratificado por quase todos os países. O artigo 30 da Convenção, em especial, afirma:

○ Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas ou pessoas de origem indígena, nenhuma criança indígena ou que pertença a uma dessas minorias poderá ser privada do direito de, conjuntamente com membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural, professar e praticar a sua própria religião ou utilizar a sua própria língua.²⁶

Resoluções adotadas na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, incluem cláusulas sobre povos indígenas e suas comunidades. A Declaração do Rio²⁷ e a proposta de política ambiental mais detalhada, conhecida como Agenda 21,²⁸ reiteram preceitos de direitos dos povos indígenas e buscam incorporá-los à mais abrangente agenda de ambientalismo global e desenvolvimento sustentado.²⁹ Na mesma linha está o artigo 8(j) da Convenção sobre a Biodiversidade, que expressa o valor do conhecimento tradicional indígena em relação à conservação, ao desenvolvimento sustentável e à propriedade intelectual.³⁰ Resoluções adotadas em grandes e subsequentes conferências da ONU – a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, a Conferência da ONU sobre População e Desenvolvimento, de 1994, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social,

de 1995, a 4^a. Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995, e a Conferência Mundial contra o Racismo, de 2001 – igualmente incluíram cláusulas que expressam os pressupostos normativos predominantes a esse respeito ou são consistentes em relação a eles.³¹

Em sua resolução de 1989 “sobre a Posição dos Índios do Mundo,” o Parlamento Europeu exprimiu sua preocupação com as condições enfrentadas pelos povos indígenas e conclamou os governos a garantirem os direitos territoriais indígenas e a abrirem conversações com grupos indígenas para elaborarem medidas específicas de proteção aos seus direitos.³² Desenvolvendo este tema e outros relacionados, o Parlamento Europeu adotou outra resolução, em 1994, sobre “Medidas Necessárias Internacionalmente para Proporcionar Proteção Efetiva aos Povos Indígenas”.³³ Esta resolução afirma que os povos indígenas têm o “direito de determinar seu próprio destino, escolhendo suas instituições, seu *status* político e o de seu território”.³⁴ Além disso, a Comissão Européia, órgão executivo da União Européia, divulgou em 1998 um “Documento de Trabalho em apoio aos povos indígenas na cooperação para o desenvolvimento da Comunidade e dos Estados-membros”.³⁵ Esse documento promove uma série de programas de desenvolvimento em benefício dos povos indígenas, os quais devem ser baseados em sua participação plena e informada, tendo o objetivo de estabelecer condições para que possam ter controle sobre seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Enfatizando de forma mais geral a necessidade subjacente de atenção e de cooperação internacional para garantir aos povos indígenas o usufruto completo de seus direitos, há as seguintes iniciativas: a resolução de 1972 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, identificando padrões de discriminação contra os povos indígenas e afirmando que “a proteção especial das populações indígenas constitui um compromisso sagrado dos Estados”;³⁶ o Documento de Helsinque de 1992 – o Desafio da Mudança, adotado pela Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa inclui uma cláusula na qual observa “que pessoas que pertencem a populações indígenas podem ter problemas especiais no exercício de seus direitos”;³⁷ partes da Declaração de Viena e do Programa de Ação adotadas pela Conferência das Nações Unidas

sobre Direitos Humanos, de 1993, reclamando maior foco nas preocupações dos povos indígenas no âmbito da ONU;³⁸ a Carta da Sociedade Civil da Comunidade do Caribe, de 1997, na qual os Estados-membros “reconhecem a contribuição dos povos indígenas ao processo de desenvolvimento e se comprometem a continuar a proteger seus direitos históricos (...), sua cultura e seu modo de vida”;³⁹ e a Carta Democrática Interamericana da OEA, de 2001, que faz a ligação entre a promoção dos direitos dos povos indígenas e o fortalecimento da democracia.⁴⁰

Seguindo a mesma tendência normativa, em 1991 o Banco Mundial adotou uma política operacional revista em face do amplo papel que desempenha no financiamento de projetos de desenvolvimento em países com menos progresso, em muitos dos quais vivem povos indígenas.⁴¹ Boa parte das discussões sobre povos indígenas em instituições internacionais concentra-se não somente nos benefícios potenciais de programas de desenvolvimento dirigidos especificamente a grupos indígenas, mas também nos efeitos prejudiciais de muitos projetos de desenvolvimento industrial que foram realizados em áreas tradicionalmente ocupadas por eles.⁴² O Banco Mundial adotou a Política Operacional 4.10 depois de consultas junto a grupos indígenas.⁴³ Embora seus termos tenham sido considerados insuficientes por defensores dos direitos indígenas, essa política operacional reconhece os “direitos costumeiros” dos povos indígenas sobre terras e recursos e afirma o princípio da “consulta livre, prévia e informada” a esses povos em relação a projetos financiados pelo Banco que os afetem.⁴⁴

Interpretações oficiais dos Tratados e das Declarações de Direitos Humanos de aplicação geral

Além dos documentos mencionados, os direitos dos povos indígenas podem ser vistos como parte das leis internacionais em cláusulas relevantes de tratados sobre direitos humanos e outros instrumentos de aplicação geral amplamente ratificados. Muito embora tais instrumentos não se refiram explicitamente a eles, instituições internacionais

relevantes, detentoras de autoridade competente, interpretam-nos conforme os pressupostos atualmente dominantes sobre os povos indígenas e seus direitos.

(a) **Tratados das Nações Unidas**

Significativamente, o direito à autodeterminação é explicitado como um direito “de todos os povos” no artigo 1º, comum aos amplamente ratificados Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os povos indígenas têm invocado repetidamente o artigo 1º, comum a ambos os instrumentos, como base para as suas reivindicações. Embora o significado e a abrangência deste artigo tenham sido objeto de grande debate, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, encarregado de fiscalizar a obediência ao Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, decidiu em favor de sua aplicação em benefício dos povos indígenas. O Comitê interpretou-o como aplicável aos povos indígenas de forma consistente com os temas predominantes nas discussões acerca da cláusula sobre autodeterminação no projeto da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas. Ao comentar o relatório de 1999 do Canadá, no âmbito do Pacto, o Comitê afirmou que o direito à autodeterminação, enunciado no artigo 1º, protege os povos indígenas, *inter alia*, no usufruto de seus direitos sobre terras tradicionais, e recomendou que, em relação aos povos aborígenes desse país, “a prática de extinguir direitos inerentes dos aborígenes seja abandonada por ser incompatível com o artigo 1º do Pacto”.⁴⁵ O Comitê também invocou o artigo 1º ao examinar relatórios da Austrália e da Noruega em relação a povos indígenas. Além disso, observa rotineiramente a situação de povos indígenas ao examinar os relatórios periódicos dos Estados que aderiram ao Pacto, aplicando o seu aparente entendimento atual sobre as implicações do direito geral à autodeterminação, embora muitas vezes sem se referir especificamente ao artigo 1º.⁴⁶

O Comitê de Direitos Humanos baseia-se mais freqüentemente no artigo 27 do Pacto ao se pronunciar sobre direitos de povos indígenas.⁴⁷

Este artigo diz que nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a elas não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião, e de usar a sua própria língua. Em seu Comentário Geral sobre o artigo 27, o Comitê entendeu que esta cláusula do Pacto estabelece obrigações afirmativas por parte dos Estados em relação aos povos indígenas em particular, e interpretou o artigo como abrangendo todos os aspectos da sobrevivência de um grupo indígena enquanto cultura distinta, compreendendo que o termo cultura inclui instituições econômicas e políticas, padrões de uso da terra, assim como línguas e práticas religiosas.⁴⁸ Esta interpretação do artigo 27 é confirmada pelo julgamento de reclamações submetidas ao Comitê por representantes de grupos indígenas em conformidade com o Protocolo Adicional ao Pacto.

No caso *Ominaya (Chefe do Grupo do Lago Lubicon dos Índios Cree versus Canadá)*, o Comitê de Direitos Humanos decidiu que o Canadá tinha violado o artigo 27 ao permitir que o governo da Província de Alberta fizesse concessões para a exploração de petróleo e gás e a extração de madeira em território ancestral do Grupo do Lago Lubicon.⁴⁹ O Comitê concluiu que as atividades de desenvolvimento dos recursos naturais consistiam em iniquidades históricas que ameaçavam o modo de viver e a cultura do Grupo do Lago Lubicon, e que constituiriam violação do artigo 27 enquanto continuassem.⁵⁰ Também concluiu que as tradições religiosas e culturais indígenas são protegidas pelos artigos 17 e 23 do Pacto, que tratam dos direitos à privacidade e à integridade da família. Num caso que envolveu indígenas do Taiti, o Comitê determinou que esses artigos haviam sido violados pela França quando o governo do território autorizou a construção de um complexo hoteleiro num cemitério ancestral.⁵¹ Por sua vez, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA igualmente invocou cláusulas do Pacto, particularmente seu artigo 27, ao examinar a situação dos direitos humanos de grupos indígenas.⁵²

Outro tratado internacional digno de nota é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Como certos tratados relevantes de direitos humanos, a Convenção não menciona especificamente, em nenhum lugar, grupos ou indivíduos indígenas. No entanto, a norma de não-discriminação exaltada ao longo da Convenção, e que predomina em todos os demais instrumentos internacionais de direitos humanos, tem implicações particulares em favor dos povos indígenas. O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD, na sigla em inglês), que promove a implementação dessa Convenção, emitiu uma Recomendação Geral sobre Povos Indígenas, a qual identifica tais implicações. O CERD define esses povos como vulneráveis a padrões de discriminação que os privaram, enquanto grupos, de usufruir de suas propriedades e de seus modos distintos de vida, exortando, por sua vez, os Estados-partes a adotarem medidas especiais para protegerem padrões culturais indígenas e o uso tradicional da terra.⁵³

O CERD aplicou seu entendimento da norma antidiscriminação ao examinar emendas à legislação da Austrália que regula o reconhecimento de direitos indígenas sobre terras tradicionais. Invocando o procedimento “aviso precoce/ação urgente”,⁵⁴ o Comitê decidiu que as emendas discriminavam os indígenas detentores de títulos em favor de interesses não-indígenas, o que resultaria na perda dos direitos decorrentes “de títulos nativos” por aborígenes e habitantes da Ilha do Estreito de Torres.⁵⁵ Assim, exortou a Austrália a suspender a implementação das emendas e a abrir consultas junto aos povos indígenas do país para chegar a alternativas aceitáveis.⁵⁶ O CERD também examinou a situação dos índios Shoshone Ocidentais e outros povos indígenas sujeitos à jurisdição dos Estados Unidos, ao estudar o primeiro relatório periódico desse país à luz da Convenção. O Comitê expressou preocupação com aspectos da legislação americana segundo os quais é permitido ao governo “revogar unilateralmente” tratados firmados com tribos indígenas, que são tidas como “nações domésticas dependentes” sujeitas a seu pleno poder e guarda, indicando que tais aspectos são incompatíveis com a Convenção.⁵⁷ Também levantou preocupações específicas a respeito da aplicação dessas doutrinas legais ao povo Shoshone Ocidental, cujas terras tradicionais os Estados Unidos consideram suas, pretendendo usá-las

para fins militares e extração de recursos.⁵⁸ Sinalizando coerência em sua abordagem em relação ao regime internacional geral de direitos indígenas, o CERD incluiu em sua recomendação aos Estados Unidos consultar a Convenção 169 da OIT para orientação sobre o tratamento a dar aos seus povos indígenas.⁵⁹

(b) Instrumentos Interamericanos de Direitos Humanos

Nas Américas, os direitos dos povos indígenas foram explicitados pelas principais instituições do sistema interamericano para a proteção dos direitos humanos com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶⁰ e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.⁶¹ A Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos interpretou que o artigo 4 da Convenção Americana, que enuncia o direito à vida de maneira ampla, determina que os Estados tomem medidas para assegurar o ambiente natural de “povos indígenas [que] mantêm laços especiais com suas terras tradicionais, e uma dependência próxima com os recursos naturais proporcionados por elas”.⁶² Em seu exame da situação dos direitos humanos dos povos indígenas da Amazônia equatoriana, a Comissão interpretou o direito à vida com uma sensibilidade tanto às dimensões materiais quanto às culturais da relação desses povos com a terra, e concluiu que esses direitos estão em perigo em virtude dos efeitos ambientais da exploração de petróleo na região.⁶³

Apoio mais concreto aos direitos dos povos indígenas sobre terras e recursos naturais está contido no direito à propriedade enunciado no artigo 21 da Convenção e no 23 da Declaração Americana, também contemplado em outros instrumentos de direitos humanos, inclusive a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁶⁴ No caso “*Comunidade Mayagna (Sumo) de Awás Tingni versus Nicarágua*”,⁶⁵ a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que a Nicarágua havia violado os direitos de propriedade da comunidade indígena Mayagna de Awás Tingni ao dar a uma empresa estrangeira concessão para extrair madeira de terras tradicionais da comunidade, assim como por não pro-

porcionar o reconhecimento e a proteção adequados ao uso tradicional feito por ela da terra. A Corte decidiu que o conceito de propriedade presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶⁶ inclui a propriedade comunal de povos indígenas, mesmo quando não esteja especificamente titulada nem seja de alguma outra forma reconhecida pelo Estado.

Awas Tingni, como a maioria das comunidades indígenas da Costa Atlântica nicaragüense, não possuía reconhecimento específico do governo na forma de um título ou outro documento oficial, a despeito da existência de cláusulas na Constituição e de leis que asseguram, em termos gerais, os direitos dos povos indígenas sobre terras que tradicionalmente ocupam. Na ausência desse reconhecimento governamental específico, as autoridades nicaragüenses haviam tratado as terras indígenas tradicionais sem título – ou uma parte substancial delas – como propriedade do Estado, o que fizeram ao distribuir concessões para a exploração madeireira na área Awas Tingni.⁶⁷ A Corte concluiu que, especialmente à luz dos artigos 1º e 2º da Convenção Americana, que requerem medidas afirmativas do Estado para proteger direitos reconhecidos por ela e pela legislação local, tal negligência da parte do Estado violou o direito de propriedade do artigo 21.⁶⁸

Embora a Corte tenha enfatizado que a própria legislação da Nicarágua explicita a propriedade comunal indígena, também enfatizou que os direitos expressos em instrumentos internacionais de direitos humanos têm “significado autônomo que não pode ser limitado pelo significado atribuído a eles pela lei doméstica”.⁶⁹ A Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos reforçara esse ponto ao apresentar o caso à Corte, invocando em suas argumentações a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos sobre a cláusula de direitos de propriedade da Convenção Européia sobre Direitos Humanos e fazendo referência a outros casos no Direito Internacional e em instituições internacionais dirigidas especificamente a direitos de povos indígenas sobre terras e recursos naturais.⁷⁰

A Corte aceitou o ponto de vista da Comissão de que, em seu significado autônomo em relação à lei doméstica, o direito humano inter-

nacional à propriedade engloba os regimes de propriedade comunal de povos indígenas como definidos por seus próprios usos e tradições, tais como “a posse da terra deve ser o suficiente para que comunidades indígenas que não possuam título real de propriedade da terra obtenham reconhecimento oficial dessa propriedade”.⁷¹ Da mesma forma, a Corte determinou que os povos indígenas não só têm o direito – protegido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – à propriedade das suas terras tradicionais, mas também fazem jus, de acordo com a Convenção, a que o Estado as demarque e as titule em seu favor em circunstâncias nas quais esse direito não estiver assegurado. A Corte concluiu que Awas Tingni em particular tem o “direito a que o Estado (...) faça a delimitação, a demarcação e a titulação do território pertencente à comunidade”.⁷² Esta posição equivale à do disposto no artigo 14(2) da Convenção 169, que afirma: “Os governos deverão tomar as medidas que se fizerem necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva de seus direitos de propriedade e posse”.

Ao chegar às suas conclusões no caso de Awas Tingni, a Corte aplicou o que chamou de método “evolucionário” de interpretação, levando em conta mudanças modernas nos conceitos sobre propriedade relacionados a povos indígenas e suas terras.⁷³ No voto em que concordou com a decisão, o juiz García Ramírez discorreu sobre essa metodologia interpretativa, fazendo referência específica a cláusulas da Convenção 169 da OIT, embora a Nicarágua não faça parte dela, assim como a partes dos projetos de declarações da ONU e da OEA sobre os direitos dos povos indígenas.⁷⁴

A Comissão Americana sobre Direitos Humanos seguiu o precedente e a metodologia interpretativa do caso de Awas Tingni ao julgar a disputa a respeito dos direitos sobre a terra dos Shoshone Ocidentais. No caso *Mary e Carrie Dann versus Estados Unidos*,⁷⁵ estendeu a interpretação do direito à propriedade à luz da Convenção Americana no caso Awas Tingni para cláusula semelhante sobre o direito à propriedade da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem,⁷⁶ enfatizando o devido processo legal e as prescrições sobre

igualdade de proteção que devem ser acopladas aos interesses indígenas na propriedade de terras e recursos naturais. A disputa surgiu da recusa das irmãs Shoshone Mary e Carrie Dann de se submeterem ao sistema imposto pelos Estados Unidos para pastagem em vastas áreas das terras tradicionais de seu povo.⁷⁷ Diante dos esforços do governo americano para forçá-las a suspenderem a pastagem de gado sem permissão, e de impor multas elevadas por fazê-lo, as irmãs Dann argumentaram que o sistema de permissões contrariava os direitos dos Shoshone Ocidentais sobre a terra. Os Estados Unidos admitiram que a área em questão era terra ancestral dos índios Shoshone, mas sustentaram que os direitos desse povo sobre as terras tinham se “extinguido” por meio de uma série de determinações administrativas e judiciais.

A Comissão examinou os atos através dos quais os Estados Unidos sustentavam que os direitos dos Shoshone Ocidentais se perderam e determinou que tais atos não deram às irmãs Dann e a outros grupos Shoshone Ocidentais oportunidade adequada de serem ouvidos, e que negaram a eles as mesmas proteções de procedimento e de substância existentes na lei americana para proprietários de terras em geral.⁷⁸ A Comissão registrou a inadequação dos fundamentos históricos para a presumível tomada das terras dos Shoshone Ocidentais – a necessidade de incentivar a colonização e o desenvolvimento agrícola do Oeste dos Estados Unidos – e também citou a não-aplicação a esse povo, pelos EUA, dos mesmos padrões de justa compensação normalmente aplicados na tomada de propriedade com base na lei americana⁷⁹. Assim, a Comissão concluiu que os Estados Unidos “não asseguraram às [irmãs] Dann o direito à propriedade em condições de igualdade, contrariando os artigos II [direito à mesma proteção], XVIII [direito de julgamento justo] e XXIII [direito à propriedade] da Declaração Americana, no que diz respeito às suas reivindicações sobre o direito à propriedade nas terras ancestrais dos Shoshone Ocidentais”.⁸⁰

Ao aplicar e ao interpretar as cláusulas mencionadas da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas no caso Dann, a Comissão foi explícita quanto ao fato de haver evoluções e tendências

no sistema legal internacional com relação aos direitos dos povos indígenas.⁸¹ Significativamente, declarou que “os princípios básicos expressos em muitas das cláusulas” da proposta, “incluindo aspectos de [seu] artigo XVIII, refletem princípios legais internacionais gerais do sistema interamericano, e aplicáveis dentro e fora dele e, nesse âmbito, são apropriadamente considerados na interpretação e na aplicação das cláusulas da Declaração Americana no contexto de povos indígenas”.⁸² O Artigo XVIII da proposta de Declaração⁸³ determina a proteção de formas tradicionais de uso da terra em termos semelhantes aos da Convenção 169 da OIT, que a Comissão também destacou em sua análise.⁸⁴ Assim, a Comissão assinalou o desenvolvimento de um regime *sui generis* de normas e de jurisprudência internacionais relativas a povos indígenas, e o marco representado pela Convenção 169 nesse desenvolvimento, até mesmo em relação a Estados que, como os Estados Unidos, não fazem parte dela.

Direito Internacional costumeiro emergente

É evidente pelo exposto que os povos indígenas conquistaram um nível substancial de atenção na arena internacional, e que com ela houve um movimento considerável na direção de uma convergência de opiniões sobre a existência e o conteúdo de normas internacionais relevantes. Ao mesmo tempo em que expressam compromissos com base em tratados, a interpretação e a aplicação de tratados de direitos humanos em favor de povos indígenas contribuem para o corpo de acontecimentos rumo a um consenso uniforme sobre o conteúdo dessas normas. Os múltiplos fatos relevantes a este respeito nas últimas duas décadas incluem as discussões dos projetos de declarações da ONU e da OEA sobre direitos indígenas. Apesar de persistirem diferenças de posição com respeito a esses projetos, as discussões multilaterais sobre elas, ao longo de vários anos, contribuíram para gerar um visível consenso a respeito de princípios centrais dos direitos dos povos indígenas, evidente nas cláusulas de vários instrumentos já adotados.

Isto não quer dizer que o grau de consenso sobre os direitos dos povos indígenas seja totalmente satisfatório ou que haja compromisso suficiente de atores oficiais para implementá-lo. Mas é importante avaliar esse consenso e notar que à medida que ele se desenvolve e se aglutina em torno do conteúdo dos direitos dos povos indígenas, também se desenvolvem e se aglutinam as expectativas de que ele venha a ser respeitado, independente de qualquer ato formal de aceitação de normas sistematizadas. Assim, o consenso que evolui não é somente um fenômeno político com conseqüências legais *futuras* em potencial, mas representa também leis internacionais costumeiras emergentes com implicações legais hoje. Essa foi efetivamente a conclusão da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos ao declarar a existência de “princípios legais internacionais gerais” surgidos em anos recentes para defenderem os direitos de povos indígenas.⁸⁵

As discussões sobre povos indígenas e seus direitos promovidas por instituições e conferências internacionais nas últimas décadas aconteceram em resposta às demandas feitas por grupos indígenas ao longo de vários anos, tendo como base uma vasta série de justificativas. A suposição dominante tem sido de que a explicitação de normas sobre povos indígenas é um exercício de identificação de padrões de conduta **exigidos** para que valores de dignidade humana, amplamente compartilhados, sejam respeitados. Os direitos dos povos indígenas não existem isoladamente, mas derivam, como demonstrado pelo uso de instrumentos de direitos humanos de aplicação geral, de princípios previamente aceitos, tais como os direitos à não-discriminação, à autodeterminação e à propriedade. Portanto, os processos multilaterais que construíram um entendimento comum do conteúdo dos direitos dos povos indígenas, também construíram expectativas de comportamento em conformidade com esses direitos.

Na teoria moderna legal, os processos que geram consenso internacional sobre os direitos dos povos indígenas são aqueles que construíram o Direito Internacional costumeiro. Sua existência é importante na medida em que os Estados geralmente devem respeitá-los, mesmo aqueles que não ratificaram tratados relevantes. Normas costumeiras

de Direito surgem quando um número significativo de Estados e outros atores oficiais convergem para um entendimento comum do seu conteúdo e esperam um comportamento futuro de modo geral em conformidade com elas.⁸⁶ Os pontos de referência tradicionais para determinar a existência e os contornos de normas costumeiras são os padrões relevantes da conduta real das agências estatais. Hoje em dia, no entanto, esse não é o único indício, ou não é necessariamente um indício determinante, de normas costumeiras. Com o advento de instituições intergovernamentais internacionais modernas e com as comunicações cada vez melhores, Estados e outros atores relevantes participam crescentemente de diálogos prescritivos. Em especial em cenários multilaterais, a comunicação explícita pode, por si mesma, levar a uma convergência de entendimentos e de expectativas sobre regras, nelas estabelecendo um movimento em direção à sua obediência, mesmo antes de se assentar um padrão abrangente de conduta física correspondente.⁸⁷ É cada vez mais aceito, portanto, que a comunicação explícita, como a que vem se desenrolando nas Nações Unidas e em outros foros internacionais em relação aos direitos dos povos indígenas, é por si só uma forma de prática que constrói regras costumeiras.⁸⁸

O argumento aqui não é de que cada um dos documentos oficiais ou das decisões acima mencionados expressam sozinhos leis costumeiras, mas que coletivamente representam preceitos normativos centrais que são ou estão se tornando amplamente aceitos entre atores oficiais e, nesse sentido, são indicativos do Direito costumeiro emergente. Novamente, isto é significativo porque o Direito Internacional costumeiro, uma vez cristalizado, impõe obrigações sobre as unidades que constituem a comunidade mundial, independente daquelas formalmente assumidas por atos de ratificação ou de adesão a tratados.

Normas relativas a povos indígenas, embasadas em preceitos de direitos humanos e geralmente aceitas pela comunidade internacional, dão aos Estados motivação para que tomem iniciativas para tornar possíveis as condições que estejam em conformidade com elas. Ao longo dos últimos anos, um grande número de Estados promulgou cláusulas constitucionais ou leis que mais ou menos refletem a evolução

do consenso internacional sobre os direitos dos povos indígenas. Os avanços e as interpretações dos instrumentos internacionais existentes e acima descritos não dão apenas ímpeto para reformas legais domésticas, mas são também reforçadas por essas reformas, já que estas levam a um padrão cada vez melhor definido e mais consistente de práticas legais locais que favorecem a sobrevivência de comunidades e culturas indígenas. **Por exemplo, o Brasil votou uma nova Constituição em 1988 que garantiu maior proteção aos índios e às suas terras,**⁸⁹ reconhecendo, em seu Artigo 231, a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições dos povos indígenas, bem como direitos sobre as terras que eles ocupam tradicionalmente. A Constituição da Colômbia, de 1991, dá aos povos indígenas um *status* constitucional distinto. Os povos indígenas compõem um distrito eleitoral especial para efeito de eleição dos representantes do governo central.⁹⁰ Têm direito a se autogovernarem em seu território conforme seus costumes e suas tradições, o que inclui a administração de Justiça. Sua integridade cultural, social e econômica está protegida de modo geral pelo artigo 330 do diploma constitucional.

A Constituição do Equador, de junho de 1998, contém várias cláusulas relativas aos direitos dos povos indígenas. No Título III, artigo 84, reconhece e garante aos povos indígenas direitos coletivos de manter e desenvolver suas tradições culturais e econômicas, conservar terras da comunidade e conservar a posse de terras comunitárias ancestrais. O Artigo 84 ainda afirma que o Estado se compromete a promover as práticas dos povos indígenas de controle da biodiversidade, as formas tradicionais de organização social e a propriedade intelectual coletiva. Os povos indígenas estão protegidos contra a remoção de suas terras e têm garantido o direito de participar de órgãos legislativos oficiais, com financiamento adequado do Estado, na formulação de prioridades em planos e projetos para o desenvolvimento e o melhoramento de suas condições econômicas e sociais.⁹¹

O Canadá também inclui em seu sistema jurídico a afirmação constitucional dos direitos dos povos indígenas. A Constituição canadense, de 1982, estabelece que “os aborígenes e os direitos decorrentes de tra-

tados dos povos aborígenes do Canadá são aqui reconhecidos e reafirmados”.⁹² Essa garantia legal abrange os títulos aborígenes, tidos como direitos substantivos vigentes e limita atos legislativos que restringiriam ou extinguiriam direitos de propriedade dos povos indígenas.

Em muitos países, como a Austrália, novas proteções legais para os povos indígenas, ou seu aumento, têm resultado de decisões judiciais. Na decisão da Alta Corte da Austrália no caso *Mabo versus Queensland*,⁹³ a legislação internacional de direitos humanos contemporânea foi especificamente invocada para confirmar os direitos indígenas sobre terras e recursos com base em padrões históricos de uso ou ocupação. Em resposta ao caso *Mabo*, o governo federal da Austrália promulgou em 1993 o Ato sobre Títulos Nativos. Seus principais objetivos são reconhecer e proteger títulos nativos e criar um tribunal nacional no qual os querelantes possam apresentar suas reivindicações sobre terras. Embora emendas recentes a este Ato tenham sido objeto de críticas do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, da ONU,⁹⁴ e de certa forma tenham limitado a proteção aos títulos nativos, ele continua a ser uma salvaguarda legal importante para a posse da terra por indígenas.

A inter-relação entre acontecimentos legais internacionais e domésticos referentes a povos indígenas pode ser vista especialmente na prática, agora regular, de os Estados comunicarem a entidades internacionais suas leis internas e suas iniciativas. Boa parte, senão a maioria, dessas comunicações ocorre independente de qualquer compromisso decorrente de tratado. A prática dos governos de comunicar acontecimentos domésticos tem sido regular nas reuniões anuais do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas das Nações Unidas e nas das instituições que deram origem a ele, incluindo a Comissão sobre Direitos Humanos da ONU e a Subcomissão sobre a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos. As declarações orais e escritas dos governos, informando organismos internacionais sobre leis e iniciativas domésticas, são indicativas de normas internacionais costumeiras em dois aspectos. Em primeiro lugar, os relatos sobre a conduta de um dado Estado são evidências de tendências de comportamento por meio das quais os con-

tornos de padrões subjacentes podem ser identificados ou confirmados, não obstante as dificuldades para se chegar a um acordo sobre a linguagem normativa para inclusão em textos escritos. Em segundo lugar, como os relatos são feitos para audiências internacionais empenhadas em promoverem os direitos dos povos indígenas, dão fortes indicações das subjetividades de obrigações e expectativas que acompanham os padrões identificáveis. Fica evidente, nos relatos dos governos, a aceitação implícita e o movimento em direção à obediência a certos preceitos normativos baseados em princípios gerais de direitos humanos.

É claro que ainda resta muito a ser feito até que se vejam cláusulas constitucionais e leis domésticas inteiramente implantadas, assim como para muitos povos indígenas as normas internacionais costumeiras emergentes são ainda um ideal e não a realidade. Apesar disso, as normas internacionais costumeiras são ferramentas por meio das quais os povos indígenas podem apelar para atores oficiais tanto no cenário doméstico como no internacional, e responsabilizar os Estados por atos ou omissões contrários aos seus interesses.

O conteúdo específico de uma nova geração de normas internacionais costumeiras referentes aos povos indígenas ainda está em evolução e permanece algo ambíguo. No entanto, seus elementos centrais são cada vez mais confirmados e se refletem no abrangente diálogo multilateral e nos processos decisórios focalizados em povos indígenas e seus direitos. Esses elementos centrais podem ser resumidos da seguinte forma:

- 1 **Autodeterminação** → Embora vários Estados tenham resistido ao uso expresso do termo autodeterminação em associação a povos indígenas, é possível ver, além das sensibilidades retóricas, um consenso de opinião amplamente compartilhado. Tal consenso se encontra na visão de que os povos indígenas têm direito a continuar a existir como grupos distintos e, portanto, a ter controle sobre seus próprios destinos em condições de igualdade. Este princípio possui implicação em qualquer decisão que possa afetar os interesses de um grupo indígena, e traz consigo os contornos gerais de normas a ele relacionadas.
- 2 **Integridade Cultural** → Há hoje pouca controvérsia sobre o fato de que os povos indígenas têm o direito de manter e de desen-

volver livremente suas identidades culturais distintas dentro de um quadro de modo geral aceito e aplicável de princípios de direitos humanos. A cultura costuma ser vista como englobando padrões de parentesco, língua, religião, rituais, arte e filosofia; além disso, cada vez mais é encarada como inclusiva de padrões de uso da terra e outras instituições que podem se estender às esferas política e econômica. Aos governos, com mais e mais frequência, são atribuídos – e eles próprios se atribuem – deveres afirmativos neste aspecto.

- 3 **Terras e Recursos** → Em geral, reconhece-se que os povos indígenas têm direito à propriedade, ao acesso às terras e aos recursos naturais, e ao controle de ambos, os quais tradicionalmente deram sustento às suas respectivas economias e práticas culturais. Onde os povos indígenas foram privados de suas terras ancestrais ou perderam acesso a recursos naturais por coação ou fraude, a norma é que os governos tenham procedimentos que permitam a esses povos recuperar território ou utilizar os recursos necessários para a sua subsistência e para as suas práticas culturais e, em circunstâncias apropriadas, receber compensação.
- 4 **Bem-estar Social e Desenvolvimento** → À luz de fenômenos históricos que deixaram os povos indígenas entre os mais pobres dos pobres, é geralmente aceito que eles devem receber atenção especial quanto à saúde, à habitação, à educação e ao emprego. No mínimo, os governos devem adotar medidas para eliminar tratamentos discriminatórios ou outros impedimentos que privam membros de grupos indígenas de serviços de bem-estar social usufruídos pelos setores dominantes da população.
- 5 **Autogoverno** → É a dimensão política da ocorrência da autodeterminação. Os elementos essenciais de uma norma de autogoverno *sui generis*, desenvolvida no contexto de povos indígenas, têm base na junção de preceitos amplamente aceitos de integridade cultural e democracia, inclusive de governança local. A norma defende autonomia governamental ou administrativa local para comunidades indígenas de acordo com seus padrões políticos e culturais históricos ou presentes, enquanto prega ao mesmo tempo a sua participação efetiva em todas as decisões que as afetem e que estejam a cargo de instituições governamentais maiores. Participação, nesse sentido, inclui a exigência de consulta prévia aos povos indígenas sempre que alguma decisão possa afetar seus interesses.

6 Dever de diligência especial → A completa implementação das normas precedentes e a salvaguarda ativa do usufruto pelos povos indígenas de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais comumente aceitos são o objetivo de um dever de diligência especial e contínua em relação a esses povos. Com maior intensidade, nos últimos anos, a comunidade internacional mantém os povos indígenas como objeto de preocupação especial e tem procurado assegurar cooperativamente os seus direitos e o seu bem-estar. Além disso, é cada vez mais evidente que atores oficiais internacionais esperam que os Estados ajam no plano doméstico, por meio de medidas afirmativas, no sentido de salvaguardar os direitos e os interesses dos grupos indígenas no interior de suas fronteiras. Qualquer Estado que deixe de sustentar um dever de diligência em relação a povos indígenas e permita quebras flagrantes ou sistemáticas dos padrões resumidos acima, admitindo ou não terem caráter de direito costumeiro, corre o risco de condenação internacional. Os termos “tutela” ou “tutoria” não são usados habitualmente no discurso internacional contemporâneo em relação a povos indígenas. Hoje em dia, o princípio do dever de diligência especial está desprovido, em grande parte, do paternalismo e da visão negativa, antes ligados à retórica da tutela, sobre as culturas não-européias. Ao invés disso, o princípio apóia-se no amplo reconhecimento, à luz dos valores contemporâneos, da condição relativamente desvantajosa dos povos indígenas, resultado de séculos de opressão. Além disso, ao interagir com o princípio da autodeterminação, o dever de diligência em relação aos povos indígenas deve ser exercido conforme as suas próprias aspirações, formuladas coletivamente.

Conclusão

Os povos indígenas inseriram-se com preeminência na agenda internacional de direitos humanos. Ao fazê-lo, criaram um movimento que desafiou estruturas de poder centradas no Estado e preceitos duradouros que não valorizavam as culturas, as instituições e as identidades dos grupos indígenas. Esse movimento, embora repleto de tensão, resultou em aumento da preocupação internacional sobre os povos indígenas e

no desenvolvimento de uma constelação crescente de normas aceitas internacionalmente, alinhadas, de modo geral, com as reivindicações e as aspirações dos próprios povos indígenas. Essas normas encontram expressão na Convenção 169 da OIT, em outros instrumentos internacionais e em decisões oficiais de órgãos internacionais, e são também visíveis em discussões multilaterais em curso sobre povos indígenas e seus direitos. Em seus aspectos essenciais, os padrões estabelecidos a respeito dos povos indígenas podem ser vistos como em evolução para compor o direito internacional costumeiro.

A afirmação internacional na íntegra dos direitos dos povos indígenas ainda está se desenvolvendo à medida que esses povos continuam a pressionar por sua causa. Apesar disso, coincidindo com o grau de sua aceitação por atores internacionais relevantes, novas normas emergentes a respeito dos povos indígenas são as bases sobre as quais condutas não-conformistas podem ser examinadas dentro do florescente regime de direitos humanos do sistema internacional. Para muitos povos indígenas, tal exame pode ser um fator crítico, senão determinante, na luta pela sobrevivência. O movimento rumo a uma nova ordem normativa a respeito dos povos indígenas é uma manifestação vigorosa da capacidade de progresso social e de mudança para melhor existente no quadro de direitos humanos do sistema internacional contemporâneo.

Notas

- ¹ Para discussões detalhadas sobre as medidas adotadas por instituições internacionais e regionais referentes aos povos indígenas, ver Anaya, S. James. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford Univ. Press, 2.ed., 2004; Thornberry, Patrick. *Indigenous Peoples and Human Rights*. Manchester Univ. Press, 2002; Barsh, Russel Lawrence. "Indigenous Peoples in the 1990's: From Object to Subject of International Law?" *7 Harvard Human Rights Journal*, p.33, 43-74, 1994.
- ² Cf. o Documento de Trabalho da Presidente-relatora, Erica-Irene A. Daes sobre o conceito de povos indígenas, documento oficial da ONU: U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 (1996).
- ³ Ver ONU-Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, Estudo do Problema da Discriminação contra Populações Indígenas, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1-4, 1996 (Cobo, José Martínez, relator especial). O estudo contém a seguinte definição: "Comunidades, povos e nações indígenas são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-invasão

e pré-coloniais que se desenvolveram em seus territórios, consideram-se distintas de outros setores das sociedades atualmente predominantes nesses territórios, ou em parte deles. Eles compõem no momento setores não-dominantes da sociedade e estão determinados a preservar, desenvolver e transmitir para futuras gerações seus territórios ancestrais, e sua identidade étnica, como a base de sua existência contínua enquanto povos, de acordo com seus padrões culturais, instituições sociais e sistemas legais próprios (Tradução do inglês). *Id.* /Add. 4, § 379, 1986.

- ⁴ Ver Resolução 1982/19 da Comissão de Direitos Humanos (10 de março de 1982); Resolução 1982/3 do Conselho Econômico e Social (7 de maio de 1982). Essas resoluções estabeleceram o Grupo de Trabalho como um órgão da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Discriminação das Minorias da ONU – atual Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos – com autoridade para examinar acontecimentos relativos aos povos indígenas e desenvolver padrões internacionais relevantes. O Grupo de Trabalho, que permite a participação de povos indígenas na Mesa em suas sessões anuais, com a duração de uma semana, tornou-se um foro importante para que eles expressem suas preocupações e é o principal centro das atividades da ONU sobre o assunto.
- ⁵ Estabelecido pela Comissão de Direitos Humanos por sua Resolução 2001/57 (24 de abril de 2001).
- ⁶ O Fórum Permanente foi criado com autoridade para assessorar e fazer recomendações ao Conselho Econômico e Social especificamente sobre “assuntos indígenas” e para promover a conscientização e a coordenação das atividades relacionadas a eles no sistema da ONU. Ver Resolução Ecosoc E/RES/2000/22 (28 de junho de 2000). Adicionalmente, oito dos 16 membros que constituem o Fórum Permanente como especialistas independentes são indicados pelo presidente do Conselho, em consulta com organizações indígenas (*id.*, § 1º), dentre líderes de organizações ou povos indígenas. Utilizando o método de funcionamento do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, o Fórum Permanente abre suas reuniões a representantes de povos indígenas e de grupos de apoio do mundo inteiro, além de um vasto leque de representantes de agências governamentais e internacionais, proporcionando a eles a oportunidade de apresentarem suas preocupações e de fazerem recomendações nas sessões públicas do Fórum. A definição das funções específicas do Fórum Permanente dentro do quadro de sua competência geral ainda está nos estágios iniciais de desenvolvimento. Ainda assim, sua ampla competência em relação às preocupações e aos direitos dos povos indígenas e o lugar de destaque que ocupa na hierarquia da organização da ONU e no movimento indígena levarão inquestionavelmente à criação de procedimentos especializados que aumentarão o acesso dos povos indígenas ao sistema internacional e promoverão ainda mais a implementação de padrões internacionais relevantes. Ver, em geral, UN Press Release: PERMANENT FORUM ON INDIGENOUS ISSUES CONCLUDES HISTORIC FIRST SESSION; SECRETARY-GENERAL SAYS WORLD'S INDIGENOUS PEOPLES 'HAVE A HOME' AT UN. HR/4602 (24 de maio de 2002).
- ⁷ Ver, em geral, Anaya, S. James. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford Univ. Press, 1996; Thornberry, Patrick. *Indigenous Peoples and Human Rights*. Juris Publishing, 2002; Wiessner, Siegfried. “The Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Perspective and International Legal Analysis”. *Harvard Human Rights Journal*, v.12, p.57, 1999.
- ⁸ Convenção (Nº 169) Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 27 de junho de 1989 (em vigor a partir de 5 de setembro de 1991).
- ⁹ Para um histórico das atividades da OIT que levaram à adoção da Convenção 107, ver Hannum, Hurst. “New Developments in Indigenous Rights”. *Virginia Law Review*, v.28, p.649, 652-53, 1988.
- ¹⁰ Convenção 169 da OIT, *supra*, art. 14.
- ¹¹ *Ibid.* art. 6(1)(a).
- ¹² *Ibid.* art. 8(2).

- ¹³ *E.g.*, artigo 1, comum, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- ¹⁴ Manifestação de Lee Sweptson, da Organização Internacional do Trabalho, apresentada ao Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da ONU, em 31 de julho de 1989.
- ¹⁵ Até o momento em que este artigo foi escrito, as partes da Convenção eram Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Equador, Fiji, Guatemala, Holanda, Honduras, México, Noruega, Paraguai, Peru e Venezuela.
- ¹⁶ Corte Constitucional Colombiana, Decisão SU-039 de 3 de fevereiro de 1997.
- ¹⁷ Para uma descrição do procedimento do artigo 24 e de outros procedimentos da OIT para aumentarem as adesões às suas convenções, ver Sweptson, Lee. "Human Rights Complaint Procedures of the International Labour Organization". In: Hurst Hannum (ed.). *Guide to International Human Rights Practice*. Univ. Pennsylvania Press, 2.ed., 1992. p.99.
- ¹⁸ Representação alegando não-observância pela Colômbia da Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989 (N° 169), de acordo com o artigo 24 da Constituição da OIT, feita pela Central Única dos Trabalhadores (CUT); decisão do Comitê de Especialistas da OIT de 21 de novembro de 2001.
- ¹⁹ Projeto de Declaração sobre os Direitos de Povos Indígenas das Nações Unidas, conforme estabelecido pelos membros do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da ONU em sua 11ª Sessão, Genebra, julho de 1993; adotado pela Subcomissão para Prevenção e Proteção de Minorias por meio de sua resolução 1994/45, de 26 de agosto de 1994, Documento ONU E/CN.4/1995/2/, E/CN.4/Sub.2/1994/56, at 105, 1994.
- ²⁰ Proposta de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em fevereiro de 1997. In: Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Ser.L/V/III.95.doc.7, rev. 1997, p.654-676 (proposta da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Esta proposta de texto foi uma revisão de um projeto anterior que a Comissão Interamericana havia publicado em setembro de 1995. Ver OEA/Ser.L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1, 1995.
- ²¹ Ver Projeto de Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas, *supra*, art. 3.
- ²² Delegação do Governo da Austrália, Anotações para manifestação sobre Autodeterminação, p.2, de 24 de julho de 1991 (Traduzido do inglês).
- ²³ Relatório da sessão de 1999 do Grupo de Trabalho sobre o Projeto de Declaração sobre Povos Indígenas. E/CN.4/2000/84, § 73.
- ²⁴ *Id.* § 82.
- ²⁵ *Id.* § 83.
- ²⁶ Convenção sobre os Direitos da Criança, G.A. res. 44/25, annex, 44 U.N.GAOR Sup. (N° 49) at 167 U.N. Doc. A/44/49 (1989), em vigor a partir de 2 de setembro de 1990. Para uma discussão sobre a Convenção e os procedimentos relevantes da ONU, ver Thornberry, Patrick. *Indigenous Peoples and Human Rights*, 2002. p.225-241.
- ²⁷ Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, 13 de junho de 1992, princípio 22, Documento ONU A/CONF.151/26, vol.1, Anexo 1, 1992.
- ²⁸ Agenda 21, Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, Rio de Janeiro, 13 de junho de 1992, Documento ONU A/CONF.151/26, vs.1, 2 & 3, Anexo 2, 1992.

- ²⁹ Especialmente pertinente é o Capítulo 26 da Agenda 21, *id.*, v. 3, at 16, reproduzido no apêndice, *infra*. O Capítulo 26 está escrito em termos de não-obrigatoriedade; apesar disso, traz preceitos normativos em relação aos povos indígenas e assim contribui para a cristalização de consensos sobre direitos a eles referentes. Enfatiza a “relação histórica [dos povos indígenas] com suas terras” e defende esforços internacionais e nacionais para “reconhecer, acomodar, promover e fortalecer” o papel dos povos indígenas em atividades de desenvolvimento. *Id.*, art. 26.1.
- ³⁰ Convenção sobre Biodiversidade, art. 8(j), Reunião de Cúpula sobre o Meio Ambiente, Rio de Janeiro, 5 de junho de 1992, Documento ONU UNEP/BIO.Div/N7 - INC.5/4 e notificação de depósito C.N. 393, 1993. Tratados – 11, de 7 de fevereiro de 1994. A implementação da Convenção inclui reuniões periódicas dos Estados-parte (Conferências das Partes), assim como diversos comitês técnicos e grupos de trabalho sobre temas específicos cobertos por ela. O tema do conhecimento tradicional indígena foi objeto de foco específico da Conferência das Partes. Ver Decisão III/14 (Implementation of article 8.j), *Report of the Third Meeting of Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*, U.N. Doc. UNEP/CBD/COP/3/38 (1997), Anexo 2, at 90-93; Decisão IV/9 (Implementation of article 8.j and related provisions), *Report of the Fourth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*, U.N. Doc. UNEP/CBD/COP/4/27 (1998), Anexo, at 111-114; Decisão V/16 (Article 8.j and related provisions), *Report of the Fifth Meeting on the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*, U.N. Doc. UNEP/CBD/COP/5/23 (2000), Anexo III, at 141-143; Decisão VI/10 (Art. 8.j and related provisions), *Report of the Workshop on Traditional Knowledge and Biological Diversity*, U.N. Doc. UNEP/CBD/TKIP/1/3 (1997); *Report of the first meeting of the Ad Hoc Open-ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity*, U.N. Doc. UNEP/CBD/COP/5/5 (2000); *Report of the Ad Hoc Open-ended Inter-Sessional Working-Group on Article 8(j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity on the work of its second meeting*; U.N. Doc. UNEP/CBD/COP/6/7 (2002); *Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Traditional Knowledge and the Clearing House Mechanism*, U.N. Doc. UNEP/CBD/AHTEG/TK-CHM/1/3 (2003).
- ³¹ Ver Declaração de Viena e Programa de Ação, U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993), adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 14-25 de junho de 1993), nos § 20 (Declaração), 28-32 (Programa de Ação); Programa de Ação adotado na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 5-13 de setembro de 1994, § 6.21-6.27, U.N. Doc. ST/ESA/SER.A/149, U.N. Sales N° E.95.XIII.7 (1995); Declaração de Copenhague sobre Desenvolvimento Social, em Relatório da Reunião de Cúpula para o Desenvolvimento Social (Copenhague, 6-12 de março de 1995), U.N. Doc. A/CONF.166/9 (1995), cap. 1, Res. 1., Anexo I, nos § 26(m), 29, compromissos 5(b), 4(f), 6(g); Programa de Ação da Reunião de Cúpula para o Desenvolvimento Social, *id.*, Anexo II, nos § 12(i), 19, 26(m), 32(f) & (h), 35(e), 38(g), 54 (c), 61, 67, 74(h), 75(g); Declaração de Pequim, em Relatório sobre a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 4-15 de setembro de 1995), U.N. Doc. A/CONF.177/20 (1985), cap. 1, Res. 1, Anexo I, no § 32; Plataforma de Ação, *id.*, Anexo II, nos § 8, 32, 34, 58(q), 60(a), 61(c) 83(m)(n)(o), 89, 106(c)(y), 109(b)(j), 116, 167(c), 175(f); Declaração, em Relatório da Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, África do Sul, 31 de agosto-8 de setembro de 2002), U.N. Doc. A/CONF.189/12, cap. 1, no preâmbulo, § 13-14, 22-24, 39-45, 73, 103; Programa de Ação, *id.*, nos § 15-23, 78(j), 203-09; Declaração Política, em Relatório sobre a Reunião de Cúpula sobre o Desenvolvimento Sustentável (Johanesburgo, África do Sul, 26 de agosto-4 de setembro de 2002), U.N. Doc. A/CONF.199/20 (2002), cap.1, Res.1, § 25; Plano de Implementação da Reunião de Cúpula sobre Desenvolvimento Sustentável, *id.*, Res. 2, nos § 7(e)(h)(g); 37(f), 38 (i), 40(d)(r), 42(e), 43(b), 44(h)(j)(k)(l), 45(h), 46(b), 53, 54(h), 63, 64(d), 70 (c), 109(a). Note-se que, no entender dos representantes indígenas que participaram das reuniões, as cláusulas dessas resoluções não afirmaram suficientemente os direitos dos povos indígenas. É particularmente evidente a insatisfação dos representantes indígenas

na Conferência de Durban sobre racismo. Ver “Nota à Imprensa: *Protest of Indigenous Peoples must be taken seriously: World Conference must withdraw discriminating articles from final resolution*”, publicado pela Sociedade dos Povos Ameaçados em 4 de setembro de 2001. No entanto, a despeito das imperfeições da Conferência de Durban, não se pode ignorar que ela incluiu cláusulas que reforçaram as normas refletidas na Convenção 169 da OIT e os projetos de declarações das Nações Unidas e da OEA, de modo semelhante às resoluções das outras conferências.

³² Resolution on the Position of the World’s Indians, European Parliament. Reimpressa em: *Review of Developments Pertaining to the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on Indigenous Peoples*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC. 4/1989/3, at 7, 1989.

³³ Resolution on Action Required Internationally to Provide Effective Protection for Indigenous Peoples, Feb. 9, 1994, Eur. Parl. Doc. PV 58(II) (1994), reimpressa no apêndice, infra.

³⁴ *Id.*, § 2.

³⁵ Ver Working Document of the Commission on Support for Indigenous Peoples in the Development Cooperation of the Community and Member States, SEC (98) 773 final (11 de maio de 1998) (promovendo novas formas de cooperação entre a União Européia e os Estados-membros e os povos indígenas); EU Development Council Resolution on Indigenous Peoples within the Framework of the Development Cooperation of the Community and Member States, 13461/98 (afirmando direitos dos povos indígenas, inclusive ao autodesenvolvimento, e instando à incorporação da preocupação em relação aos povos indígenas nos atuais procedimentos e diretrizes para cooperação em desenvolvimento). Desde 1999, os direitos dos povos indígenas constituem um tema prioritário na Iniciativa Européia para a Democracia e os Direitos Humanos. Ver Council Regulation (EC) N° 975/1999 de 29 de abril de 1999, estabelecendo os requisitos para a implementação de operações de cooperação para o desenvolvimento que contribuam para o objetivo geral de desenvolver e consolidar a democracia e o Estado de Direito e nele o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, *Official Journal L* 120, p.1-8, § (1)(d); Council Regulation (EC) N° 976/1999 de 29 de abril de 1999, estabelecendo os requisitos para a implementação de operações da Comunidade, além daquelas de cooperação para o desenvolvimento que, dentro do quadro de políticas de cooperação da Comunidade, contribuam para o objetivo geral de desenvolver e consolidar a democracia e o Estado de Direito e, nele, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais em terceiros países, *Official Journal L* 120 p.8-14, art. 3 (a)(d). Ver também Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: The European Union’s Role in Promoting Human Rights and Democratisation in Third Countries, COM (2001), 252 final (8 de maio de 2001), em 15, 17, 28 (propondo “O Combate ao Racismo, à Xenofobia e à Discriminação contra Povos Indígenas” como tema prioritário da Iniciativa Européia); Communication from the Commission to the Council: *Review of Progress of Working with Indigenous Peoples*, COM (2002) 291 final (16 de junho de 2002) (avaliando o progresso das políticas da UE para povos indígenas).

³⁶ Resolução sobre Proteção Especial às Populações Indígenas, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 28 de dezembro de 1972, Documento OEA/Ser.P/AG/doc.305/73, rev. 1, em 90-91 (1973).

³⁷ Documento de Helsinque 1992 – Os Desafios da Mudança, 10 de julho de 1992, § 6(29), reproduzido em U.N. GAOR, 47th Sess., at 65, U.N. Doc. A/47/361 (1992).

³⁸ Declaração de Viena e Programa de Ação, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 25 de junho de 1993, pt. 1, § 20; pt. 2, § 28-32, U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993).

³⁹ Carta da Sociedade Civil para a Conferência do Caribe, apropriada pela Conferência de Chefes de Governo da Comunidade do Caribe (Caricom) em sua 8ª. reunião (San Juan, Antigua e Barbuda, 19 de fevereiro de 1997).

⁴⁰ Carta Democrática Interamericana, publicada em Lima, 11 de setembro de 2001, pela Assembléia Geral da OEA, AG/doc.8 (XXVIII-E/01).

- ⁴¹ Ver, em geral, Davis, Shelton & Partridge, William. Promoting the Development of Indigenous People in Latin America, *Finance and Development*, março de 1994, at 38, 39 (discutindo o papel do Banco Mundial e de outras agências de financiamento internacionais).
- ⁴² Ver Burger, Julian. *Report from the Frontier: The State of the World's Indigenous Peoples*, 1-5 (1987) (discutindo o impacto de projetos de desenvolvimento em terras indígenas, especialmente em partes do mundo em desenvolvimento).
- ⁴³ Ver *Banco Mundial*, Summary of Consultations with External Stakeholders Regarding the World Bank Indigenous Peoples Policy (Draft PO/BP 4.10), Internal Report, 18 de abril de 2002 (atualizado em 7 de outubro de 2002); Banco Mundial, Approach Paper on Revision of OD 4.20 on Indigenous Peoples.
- ⁴⁴ O.P. 4.10, The World Bank Manual: Operational Policies (julho de 2005). A Política Operacional 4.10 substituiu a Diretriz Operacional 4.20, adotada em 1991 após um período de estudos de especialistas que ajudaram a configurar atitudes no banco no sentido de mais ações programáticas em relação a povos indígenas afetados por projetos financiados por ele. Ver, em geral: Cernea, Michael. *Sociologists in a Development Agency: Experiences from the World Bank*, 19-21 (World Bank Environment Department, maio de 1993, Washington, D.C.), discutindo a dinâmica que levou à D. O. 4.20. Para uma perspectiva crítica do processo do Banco Mundial para desenvolver a Política Operacional 4.10 atualmente em vigor, ver McKay, Fergus. "Universal Rights or a Universe unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples", *17 American University Law Review*, 527, 2002.
- ⁴⁵ *Concluding Observations and Recommendations of the Human Rights Committee: Canada*, 07/04/99, CCPR./C/79/Add.105., § 8.
- ⁴⁶ Ver, de modo geral, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America*. 03/10/95. CCPR/C/79/Add.50 (criticando a legislação dos EUA que permite a "extinção" dos direitos aborígenes e recomendando a revisão judicial de medidas do Congresso que afetem o reconhecimento dos povos indígenas e os seus direitos).
- ⁴⁷ Isso é particularmente verdadeiro em relação às suas considerações sobre reclamações individuais a respeito dos procedimentos estabelecidos no Protocolo Opcional do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Sup. (Nº 16) at 59, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, *que passou a vigorar* em 23 de março de 1976. O Comitê determinou, como a sua competência sobre o Protocolo Opcional é julgar reclamações de "indivíduos", que não é competente para receber reclamações alegando violações do artigo 1º sobre autodeterminação, que é um direito de "povos". Ver *Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication Nº 167/1984, U.N. GAOR, 45th Sess. Sup. Nº 40, vol. 2, at 1, U.N. Doc. A/45/40; *Ivan Kitok v. Sweden*, Communication Nº 197/1985 (2 de dezembro de 1985), CCPR/C/33/D/197/1985; *R.L. et al. v. Canada*, Communication Nº 358/1989, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/358/1989 (1991); *Länsman et al. v. Finland*, Communication Nº 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).
- ⁴⁸ ICCPR General Comment 23 (Fiftieth session, 1994): Article 27: The Rights of Minorities, A/49/40 vol. I (1994) 107, § 7.
- ⁴⁹ Communication Nº 167/1984, Hum. Rts. Comm. A/45/40, vol. II, annex IV.A, § 32.2.
- ⁵⁰ *Id.* No § 33. Ver também *Länsman et al. v. Finland*, Communication Nº 511/1992, Hum. Rts. Comm., CCPR/C/52/D/511/1992 (1994) (*Länsman I*) (o pastoreio de renas é parte da cultura dos índios Sami protegida pelo artigo 27); *J.E. Länsman v. Finland*, Communication Nº 671/1995, CCPR/C/58/D/671/1995, § 2.1-2.4, 10.1-10.5 (*Länsman II*) (o pastoreio de renas por índios Sami em determinadas áreas está protegido pelo artigo 27, apesar de a posse da terra estar em disputa; no entanto, o artigo 27 não foi violado neste caso); *Kitok v. Sweden*, Communication Nº

197/1985, Hum. Rts. Comm., A/43/40, annex VII.G (1988) (o artigo 27 se estende à atividade econômica “onde tal atividade é um elemento essencial na cultura de uma comunidade étnica”); *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication N° 547/1993 (10 de dezembro de 1992), U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, § 9.9 (para que o Estado obedeça ao artigo 27, devem ser tomadas medidas que afetem as atividades econômicas dos Maori de forma tal que permita o contínuo usufruto de sua cultura e a profissão e a prática de sua religião em comunidade com outros membros de seu grupo). *Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi v. Finland*, Communication N° 779/1997 (4 de fevereiro de 1997), CCPR/C/73/D/779/1997 (o pastoreio de renas é um elemento essencial da cultura Sami reconhecido pelo artigo 27). *Comparar J.G.A. Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) et al. (representado pelo Dr. Y. J. D. Peeters, assessor jurídico internacional) v. Namibia*, Communication N° 760/1997, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (6 de setembro de 2000), § 10.6, e Opinião Individual de Elizabeth Evatt e Cecilia Medina Quiroga – de acordo – (a pastagem de gado de comunidade africâner não é reconhecida como prática protegida pelo artigo 27 por não existir relação clara entre criação de gado e diferenciação da cultura ou das práticas de autogoverno da comunidade).

⁵¹ *Francis Hopu e Tepoaitu Bessert*, Communication N° 549/1993 (29 de dezembro de 1997) U.N. Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1.

⁵² Ver, por exemplo, O caso dos índios Miskito, Caso 794 (Nicarágua), Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Report on the Situation of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3, at 76-78, 81 (1983); O caso Yanomami, Caso 7615 (Brasil), Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1 at 24, 31 (1985); Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev., at 03-04 (1997).

⁵³ CERD, *Recomendações Gerais XXIII (51) relativas a Povos Indígenas*, adotadas na 1.235ª reunião do Comitê, em 18 de agosto de 1997.

⁵⁴ Para uma explicação do funcionamento e dos procedimentos de medidas de aviso precoce do CERD, ver Atsuko Tanaka com Yoshinobu Nagamine, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Guide for NGO's* (Minority Rights Group, 2001), p.364-366.

⁵⁵ CERD, *Decisão 2 (54) sobre a Austrália*. 18/03/99. A/54/18 § 21(2).

⁵⁶ *Id.* nos § 11-12.

⁵⁷ CERD, *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: United States of America*. 14/08/2001. CERD/C/59/Misc.17/Rev.3., § 21.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 22 de novembro de 1969, O.A.S. Treaty Series N° 36, 1144 U.N.T.S. 123 (passou a vigorar em 18 de julho de 1978).

⁶¹ *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, adotada pela 9ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (30 de março-2 de maio de 1948), O.A.S. Res. 30, O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/1.4, rev. (1965).

⁶² Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, rev. 1 (24 de abril de 1997), § 106.

⁶³ *Id.* Capítulo IX.

⁶⁴ *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, G.A. Res. 217 A(III), 10 de dezembro de 1948, art. 17.

- ⁶⁵ Caso Comunidade Mayagna (Sumo) de Awas Tingni vs. Nicaragua, julgamento em 31 de agosto de 2001, Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Ser. C) Nº 79 (2001) (doravante “caso Awas Tingni”).
- ⁶⁶ Em virtude do artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nota *supra*: “Toda pessoa tem direito ao uso e ao gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social, nos casos e na forma estabelecidos pela lei”. A Corte declarou que “o Artigo 21 da Convenção Americana reconhece o direito à propriedade privada. (...) ‘Propriedade’ pode ser definida como as coisas materiais que possam ser possuídas, assim como qualquer direito que possa ser parte do patrimônio de uma pessoa; esse conceito inclui todos os bens móveis e imóveis, elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto intangível capaz de ter valor”. Caso Awas Tingni, nota *supra* ___, nos § 143-44.
- ⁶⁷ Para o histórico do caso Awas Tingni, ver S. James Anaya and Claudio Grossman, “The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19 (2002), p.1; S. James Anaya & S. Todd Crider, “Indigenous Peoples, The Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua”, 18 *Hum. Rts. Q.* 345 (1996); S. James Anaya, “Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers, and Government Neglect in Nicaragua”, 9 *St. Thomas L. Rev.* 157 (1996); Jorge Jenkins Molieri, *El Desafío Indígena en Nicaragua: El Caso de los Miskitos*, 33-114 (1986) (trazendo informações sobre a história da região da costa atlântica da Nicarágua).
- ⁶⁸ Caso Awas Tingni, nota *supra* ___, § 142-55.
- ⁶⁹ *Id.*, § 146.
- ⁷⁰ Ver *Final Written Arguments of the Inter-American Commission on Human Rights before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni Against the Republic of Nicaragua*, julho de 2001, § 62-66, reproduzido no *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19 (2002), p.325.
- ⁷¹ Caso Awas Tingni, *supra*, § 151.
- ⁷² *Id.*, § 153. Ver também *Case of Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Corte Interamericana de Direitos Humanos., julgamento de 21 de junho de 2005, § 102 (afirmando que a Convenção Americana requer que os Estados proporcionem remédios legais que ofereçam “uma possibilidade real de devolução de terras” das quais eles foram historicamente privados).
- ⁷³ Caso Awas Tingni, nota *supra* ___, § 146-49.
- ⁷⁴ *Id.*, opinião concordante de Sergio García Ramírez, § 7-9.
- ⁷⁵ *Mary and Carrie Dann versus United States*, Caso 11.140, Report Nº 113/01, Corte Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Ser./L/V/II.114 Doc. 5 rev. at xx (2001) (doravante “caso Dann”).
- ⁷⁶ Ver Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nota *supra* 6, art. XXII: “Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, contribuindo para manter a dignidade da pessoa e do lar”. Como observado pela Comissão, seu exame da conduta de Estados em relação à declaração é para promover a obediência às obrigações gerais de direitos humanos dos Estados-membros da OEA derivadas da Carta da OEA. Ver *id.*, § 95, Nº 55.
- ⁷⁷ Para o histórico deste caso e da saga litigiosa que precedeu a decisão da Comissão nos tribunais dos Estados Unidos, ver John D. O’Connell, “Constructive Conquest in the Courts: A Legal History of the Western Shoshone Lands Struggle – 1864 to 1991”, 42 *Nat. Resources J.* 765 (2003); Thomas E. Luebben & Cathy Nelson, “The Indian Wars: Efforts to Resolve Western Shoshone Land and Treaty Issues and to Distribute the Indian Claims Commission Judgment Fund”, 42 *Nat. Resources J.* 835 (2003).

⁷⁸ Ver caso Dann, nota *supra*____, § 133-44.

⁷⁹ Ver *id.*, § 144-45. Como observado pela Comissão, seu exame da conduta dos Estados em relação à declaração é para promover a obediência às obrigações gerais de direitos humanos dos Estados-membros da OEA derivadas da Carta da OEA. Ver *id.*, § 95, N° 55. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido que as cláusulas da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem expressam os compromissos de direitos humanos dos Estados a partir da Carta da OEA. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Advisory Opinion OC-10/89 *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, 14 de julho de 1989, Ser. A N° 10 (1989), § 42-45.

⁸⁰ *Id.*, § 147. A Comissão, portanto, efetivamente condenou, como contrários às leis internacionais de direitos humanos, aspectos duradouros e já muito criticados da doutrina legal dos Estados Unidos em relação aos povos indígenas, inclusive a doutrina de que os Estados Unidos podem “extinguir” unilateralmente direitos sobre terras e outros dos povos indígenas, inclusive aqueles protegidos por tratados, ver caso *Lonewolf v. Hitchcock*, 187 U.S. 553 (1903); e que os direitos territoriais dos povos indígenas com base em ocupação prévia (título aborígene) podem ser extintos sem que o governo tenha de oferecer compensações justas como normalmente requerido em perdas de propriedade, ver *Tee-Hit-Ton v. United States*, 348 U.S. 272 (1955). Para uma avaliação crítica dessas e de outras doutrinas legais que precederam à decisão da Comissão no caso Dann, ver Robert Williams Jr., “The Algebra of Federal Indian Law: The Hard Trail of Decolonizing and Americanizing the White Man’s Indian Jurisprudence”, *Wisconsin Law Review*, N° 1986, 219 (1986).

⁸¹ *Id.* § 124-28. A Comissão nota que “um exame dos tratados, da legislação e da jurisprudência pertinentes revela o desenvolvimento, ao longo de mais de 80 anos, de normas e princípios particulares de direitos humanos aplicáveis às circunstâncias e ao tratamento de povos indígenas”. *Ibidem.* § 125.

⁸² *Id.*, § 129. Segundo a Comissão, esses “princípios legais gerais internacionais” hoje existentes incluem, em relação às reivindicações indígenas sobre terras:

- O direito dos povos indígenas ao reconhecimento legal de suas formas e modalidades variadas e específicas de seu controle, propriedade, uso e usufruto de territórios e propriedades;
- O reconhecimento de seus direitos de propriedade e posse com respeito a terras, territórios e recursos que eles ocuparam historicamente; e
- Onde os direitos indígenas de propriedade e de usufruto resultarem de direitos existentes antes da criação de um Estado, de reconhecimento por parte desse Estado do título permanente e inalienável dos povos indígenas a isso relativo, e de ter esse título alterado somente por consentimento mútuo entre o Estado e os respectivos povos indígenas, quando eles tenham completo conhecimento e façam a avaliação da natureza e dos atributos de tal propriedade. Isso também implica o direito à compensação justa no caso de tais direitos de propriedade e de usufruto serem irrevogavelmente perdidos.

Id., § 130 (citações omitidas).

⁸³ O artigo XVIII do Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, nota *supra*____, diz, *inter alia*, que: “Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das distintas modalidades e formas de posse, domínio, uso e gozo de seus territórios e propriedades [e] (...) ao reconhecimento de sua propriedade e dos direitos de domínio sobre suas terras, seus territórios e os recursos que ocupem historicamente, bem como ao uso daqueles a que tenham tido igualmente acesso para realizarem suas atividades tradicionais e obterem o seu sustento”.

⁸⁴ Ver caso Dann, nota *supra*____, § 127-28.

⁸⁵ Caso Dann, *supra*, § 129, 130.

- ⁸⁶ Ver, em geral, Myres McDougal et al., *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity* 269 (1980); artigo 38(1)(a) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça descrevendo “o uso internacional, como evidência de uma prática geral aceita como lei”.
- ⁸⁷ Ver Thomas M. Frank, “Legitimacy in the International System”, 82 *Am. J. Int’l L.* 705 (1988) (um estudo de jurisprudência que busca identificar os elementos que estabelecem em normas internacionais o “empenho visando conformação e obediência”; McDougal et al., nota *supra* ___, em 272 (“É facilmente observável que tais organizações, em especial as Nações Unidas e as agências associadas, têm um papel cada vez mais importante como fóruns para o fluxo de comunicações e atos de colaboração explícitos que criam expectativas nas pessoas sobre políticas comunitárias oficiais.”) (Texto citado traduzido do inglês).
- ⁸⁸ Ver *id.* em 272-73; Bin Cheng, “United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?” 5 *Indian J. Int’l L.* 23, 45 (1965) (afirmando que a crença comum dos Estados de que estão presos a uma regra é “o único elemento constitutivo individual” e que o ajuste de conduta simplesmente oferece evidência da existência da regra); H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* 56 (1972) (“A *opinio necessitates* nos estágios iniciais é suficiente para criar o Estado de Direito, mas a continuidade de sua existência depende de prática subsequente acompanhada de *opinio juris*, e o fracasso da regra recém-nascida será a prova de um jovem ser doentio, incapaz de sobreviver por muito tempo.”). Da mesma forma, o professor Bownlie define as “fontes materiais de costumes” como inclusivas de “correspondência diplomática, declarações de políticas, press releases, (...) comentários de governos sobre projetos produzidos pela Comissão de Direito Internacional, (...) relações em tratados, e outros instrumentos internacionais, um padrão de tratados no mesmo formato, prática de organismos internacionais, e resoluções relativas a questões legais na Assembléia Geral das Nações Unidas”. Ver Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 6 (Oxford Univ. Press, 6th ed. 2003).

O professor Sohn observa que a prática de governo ao negociar o texto de um instrumento internacional pode ela mesma gerar direito costumeiro, mesmo antes da adoção ou da ratificação formal do instrumento: “A Corte está, portanto, disposta a prestar atenção não apenas a um texto que codifica princípios preexistentes de Direito Internacional, mas também àquele que cristaliza uma ‘regra emergente de direito costumeiro’”. Louis B. Sohn, “‘Generally Accepted’ International Rules”, 61 *Wash. L. Rev.* 1073, 1077 (1986), citando o caso *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, 1982 I.C.J. 18, 38. Ver também Louis B. Sohn, “Unratified Treaties as a Source of Customary International Law”, in *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagan* 231 (A. Bos. & H. Siblesz eds., 1986); Michael Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, 47 *Brit. Y.B. Int’l L.* 1, 15-16 (1974-75); Jorge Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* 169-77 (Alba Amoia trans., 1969); Grigorii Ivanovich Tunkin, *Theory of International Law* 114-15 (1974) (William Butler trans., 1974); Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 41 (1989).

- ⁸⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, Título VIII.
- ⁹⁰ Constitución Política, arts. 171, 176 (Colômbia).
- ⁹¹ Codificación de la Ley de Desarrollo Agrario Art. 43 (Equador).
- ⁹² Constituição do Canadá (Constitution Act, 1982) pt. II (Direitos dos Povos Aborígenes do Canadá), sec. 35(1).
- ⁹³ *Mabo vs. Queensland* N° 2 (1992) 175 C.L.R. 1, 69 (Austl.).
- ⁹⁴ Ver notas –, *supra*, e texto.

Sobre autores e autoras

Joênia Batista de Carvalho, Wapixana, formou-se em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Roraima. Como advogada do Conselho Indígena de Roraima (CIR) tem trabalhado especialmente em defesa dos direitos territoriais dos povos indígenas naquele estado, com atuação destacada na luta pela demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Brasil e perante fóruns internacionais. Em 2004, recebeu nos Estados Unidos o Prêmio Reebok – em Defesa dos Direitos Humanos, concedido a jovens ativistas em distintas partes do mundo em razão do impacto e da relevância de seus trabalhos.

Paulo Celso de Oliveira, Pankararu, formou-se em direito pela Universidade Católica de Goiás. Mestre em direito econômico e social pela PUC do Paraná, foi selecionado pelo Programa Internacional de Bolsas de Pós-Graduação da Fundação Ford. Atuou como advogado do Instituto Socioambiental (ISA), do Conselho Indígena de Roraima (CIR) e da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB). Sua experiência inclui a representação de povos e comunidades indígenas em ações judiciais, monitoramento de políticas públicas e a participação nos processos de construção de legislação em defesa dos direitos indígenas em âmbito nacional e internacional.

Lucia Fernanda Jófej é Kaingang, nascida no Rio Grande do Sul. Advogada e mestre em direito público pela Universidade de Brasília (UnB), assessora associações Guarany e Kaingang do Rio Grande do Sul, e ministra cursos de formação para professores e lideranças indígenas na área de direito constitucional e propriedade intelectual. Foi assessora da Coordenação-geral de Defesa dos Direitos Indígenas (CGDDI) da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em Brasília, e é membro-fundador do Núcleo de Advogados Indígenas do Instituto Indígena Brasileiro para a Propriedade Intelectual (INBRAPI), onde hoje é diretora executiva.

Vilmar Martins Moura Guarany, Mbyá Guarany, é advogado e mestrando em direito econômico e social na PUC do Paraná, tendo sido selecionado pelo Programa Internacional de Bolsas de Pós-Graduação da Fundação Ford. Nos últimos anos, exerceu o cargo de coordenador geral de defesa dos direitos indígenas da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), atuando como uma espécie de ouvidor indígena para a apuração de denúncias relativas à agressão aos direitos e aos interesses dos índios e de suas comunidades. Palestrante em diversos eventos nacionais e internacionais, integrou grupos de trabalho no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU).

S. James Anaya é o professor James J. Lenoir de leis e política de direitos humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Arizona, nos Estados Unidos. Leciona e é autor de diversas obras nas áreas dos direitos humanos internacionais, do direito constitucional e dos direitos dos povos indígenas. Formado em direito pela Universidade de Harvard, trabalhou como advogado em defesa dos povos indígenas americanos e de minorias. Já representou povos indígenas da América Central e da América do Norte perante organizações e tribunais internacionais, tendo atuado na coordenação jurídica do caso Awas Tingni, da Nicarágua, o qual se tornou um marco da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do reconhecimento de direitos indígenas no âmbito do direito internacional.

Ana Valéria Araújo é advogada especializada em direito socioambiental, autora de artigos e publicações sobre o tema. Formada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), é mestre em direito internacional – ênfase em direitos humanos – pelo Washington College of Law da American University, em Washington, D.C. Foi advogada do Núcleo de Direitos Indígenas (NDI), em Brasília, coordenadora do Programa Direito Socioambiental e coordenadora-adjunta do Projeto Brasil Socioambiental do Instituto Socioambiental (ISA), em São Paulo e em Brasília. Foi também diretora executiva da Rainforest Foundation US, em Nova Iorque, EUA. Atualmente é secretária executiva do Fundo Brasil de Direitos Humanos, em São Paulo.

**Equipe Técnica do Departamento de Educação
para a Diversidade e Cidadania**

Armênio Bello Schimdt

Diretor

Kleber Gesteira Matos

Coordenador Geral de Educação Escolar Indígena

Antonio Augusto Fernandes

Carlos Eduardo de Almeida Matos

Eduardo Vieira Barnes

Geraldo Coelho de Oliveira Júnior

Gerarda Maura Leopoldino Sales

Márcia Moraes Blanck

Mônica Thereza Soares Pechincha

Susana Martelleti Grillo Guimarães

Thiago Almeida Garcia

Waldemarina de Aguiar Pinto

Projeto Trilhas de Conhecimentos

Coordenador

Antonio Carlos de Souza Lima

Sub-coordenadora

Maria Barroso-Hoffmann

Pesquisadores Associados

Mariana Paladino

Marcos Moreira Paulino

Comitê Assessor

Beatriz Heredia

Carlos Coimbra Jr.

Fulvia Rosemberg

Gersem dos Santos Luciano – Baniwa

Maninha Xukuru-Kariri (in memoriam)

Maria Conceição Pinto de Góes

Nietta Lindenbergh Monte

Coordenação Financeira

Afonso Santoro

Financiamento

Pathways to Higher Education Initiative

Fundação Ford

www.laced.mn.ufrj/trilhas

Este livro foi composto em
Sabon, Myriad e Helvética.

Papel miolo *offset* 90g.
Para Mec/Bid/Unesco e para
o Laced/Museu Nacional,
no verão de 2006

Coleção Educação para Todos

- Volume 01:** Educação de Jovens e Adultos: uma memória contemporânea, 1996-2004
- Volume 02:** Educação Anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03
- Volume 03:** Construção Coletiva: contribuições à educação de jovens e adultos
- Volume 04:** Educação Popular na América Latina: diálogos e perspectivas
- Volume 05:** Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas
- Volume 06:** História da Educação do Negro e Outras Histórias
- Volume 07:** Educação como Exercício de Diversidade
- Volume 08:** Formação de Professores Indígenas: repensando trajetórias
- Volume 09:** Dimensões da Inclusão no Ensino Médio: mercado de trabalho, religiosidade e educação quilombola
- Volume 10:** Olhares Feministas
- Volume 11:** Trajetória e Políticas para o Ensino das Artes no Brasil: anais da XV CONFAEB
- Volume 12:** O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje
- Volume 13:** A Presença Indígena na Formação do Brasil
- Volume 14:** Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença
- Volume 15:** Manual de Lingüística: subsídios para a formação de professores indígenas na área de linguagem

Trilhas de Conhecimentos: o Ensino Superior de Indígenas no Brasil é um projeto realizado no período de 2004-2007 pelo LACED—Laboratório de Pesquisas em Etnicidade, Cultura e Desenvolvimento / Museu Nacional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com recursos do fundo Pathways to Higher Education Initiative da Fundação Ford. Ao conceber sua ação de abrir picadas por meio de experiências inovadoras e propositivas ao debate, de contribuir para pavimentar caminhos ainda que estreitos em que se confrontem formas de transmissão de conhecimentos oriundos de mundos epistemologicamente distintos, *Trilhas* tem desenvolvido ações:

1. de fomento a universidades especialmente escolhidas para que elas desenvolvam ações afirmativas em prol de integrantes dos povos indígenas no Brasil;
2. de documentação dessas atividades universitárias;
3. de disseminação dos conhecimentos e dos debates sobre o Ensino Superior de indígenas em nosso país;
4. de produção de material para fins de divulgação das experiências existentes; e
5. de formação dos estudantes indígenas, de modo a dotá-los dos instrumentos necessários à percepção dos seus direitos e deveres como cidadãos indígenas.

Com especial preocupação pela formação universitária de professores indígenas, a série *Vias dos Saberes* reúne quatro títulos que servem, pois, a esses objetivos, na perspectiva de que venham a ser ponto de partida a muitos outros que os acresçam, retifiquem, contestem, transformem:

- O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje
- A Presença Indígena na Formação do Brasil
- Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença
- Manual de Lingüística: subsídios para a formação de professores indígenas na área de linguagem

ISBN 85-98171-59-X



Ministério
da Educação

