LUIZ FERNANDO VILLARES

Estado pluralista?

O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Titular Virgílio Afonso da Silva, como exigência parcial para obtenção do título de doutor em Direito, área de concentração Direito do Estado.

São Paulo, janeiro de 2013

Autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho para fins de estudo, pesquisa e ensino, desde que citada a fonte.

VILLARES, Luiz Fernando

Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil.

Tese apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Titular Virgílio Afonso da Silva Faculdade de Direito da Univ. de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Tenho enorme admiração pelo prof. Virgílio Afonso da Silva por sua dedicação à Universidade de São Paulo e a seus alunos. Devo enorme gratidão pela imparcialidade na minha aceitação como seu orientando e na liberdade que me ofereceu na realização da pesquisa.

Agradeço a Maria Beatriz Correa Salles, por tudo, por sempre. Também agradeço a meus pais, Rose e Joel.

Ao BNDES por conceder auxílio à pós-graduação, especialmente a Henrique Pinto, que compreendeu e defendeu a necessidade de meu afastamento, fundamental para que eu pudesse me dedicar aos estudos.

Agradeço aos professores e amigos Carlos Portugal, Davi Tangerino, Gustavo Bambini, Helena Lobo, Marta Machado, Mércio Gomes, Pedro Abramovay.

Aos amigos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, alguns, especialmente, por dividirem a experiência do estudo ao meu lado, Carolina Souza, Guilherme Paiva, Joana Zylbersztajn, Juliana Marques, Rodrigo Nitrini. A Moises Cruz. Aos amigos e servidores da Funai. Aos amigos Daniela Sequeira, Erika Yamada, Felipe Milanez, Guilherme Rezende, Julia Magalhães, Juliana Belloque, Marcelo Behar, Michel Blanco, Rafael Michelsohn, Raul Valle.

Aos professores e funcionários da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e da Universidade da Califórnia, Berkeley.

RESUMO

VILLARES, Luiz Fernando. **Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil**. 2013. 460p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Cada povo indígena possui um sistema de organização social, aí incluídas as ordenações jurídicas. O estudo das diversas ordenações jurídicas dos povos indígenas e suas relações com os direitos nacionais fez nascer a Antropologia do Direito e, mais tarde, o conceito de pluralismo jurídico. Esse conceito é central para saber como o Estado brasileiro e o Direito dele emanado lida com a multiplicidade de ordenações jurídicas que regulam as comunidades e povos indígenas no Brasil. Trabalhado esse conceito, e fixado o conteúdo e a importância do direito dos povos indígenas de ter respeitadas sua organização social e jurídica, foi feita minuciosa análise das normas do Direito nacional e internacional que permeiam a vida indígena, tendo sempre como referencial a Constituição brasileira de 1988, que, em seu artigo 231 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Após o exame crítico da legislação, com o objetivo de concluir sobre se a elaboração e a edição das normas se deram de forma consentânea com o pluralismo previsto no artigo 231 e em tantos outros dispositivos constitucionais, foi importante, para responder sobre se o Estado brasileiro reconhece e respeita a organização social e jurídica dos povos indígenas, tratar da elaboração e aplicação da política do Estado brasileiro – o que abarcou o trabalho dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além da atividade do Ministério Público e da sociedade civil organizada, principalmente, dos próprios povos indígenas. Avaliou-se se a política indigenista é consentânea com as normas estudadas e com as aspirações dos povos indígenas, enfatizando e historiando o período que compreende os dois mandatos de presidente da República de Luiz Inácio Lula da Silva e os dois primeiros anos da presidenta Dilma Rousseff. Para perceber que a necessidade de reconhecimento e respeito às organizações sociojurídicas dos povos indígenas irradia-se por todas as relações sociais dos indígenas e que o único meio de não tolher a sua autodeterminação é a promoção do diálogo intercultural, com o absoluto respeito aos direitos de

informação e de consulta sobre toda a atividade que impacte os povos indígenas, e a busca da construção de políticas não homogeneizantes para todas as áreas, mas, sobretudo, a educação, a saúde, a assistência social e as situações de conflito como do indígena com a lei penal.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Povos indígenas. Constituição brasileira. Organização Social. Direito Indígena. Legislação indigenista. Política Indigenista.

ABSTRACT

VILLARES, Luiz Fernando. **Is Brazil a multiethnic state? Recognition of indigenous peoples social and legal organization in Brazil.** 2013. 460 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

The study of the rights of indigenous peoples and their relationship with national law led to the Anthropology of Law and, later, legal pluralism. The author studies the rights of indigenous peoples in national and international scope under the focus of legal pluralism. The central question of this thesis is: does the Brazilian state recognize and respect the legal and social organization of indigenous peoples? The 1988 Brazilian Constitution recognizes indigenous peoples' right to pursue their traditional ways of life and to the permanent and exclusive possession of their "traditional lands". The Union has the duty and authority to demarcate these lands, as well as to protect and enforce all of their assets. In order to answer such question, it was necessary to describe the last 10 years of public policy for indigenous peoples in Brazil as well as the participation of indigenous peoples in Brazilian politics. In summary, it was found that the Brazilian state must take into account the characteristics of each indigenous people to improve its policies about territorial recognition, education, health and social care.

Keywords: Legal pluralism. Indigenous peoples. Brazilian constitution. Social organization. Indigenous law. Indigenous policies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PLURALISMO JURÍDICO	17
2.1	Histórico	19
2.2	Pluralismo jurídico	39
2.3	Pluralismo jurídico, Estado, Direito e povos indígenas no Brasil	50
3	DIREITO E POVOS INDÍGENAS	62
3.1	Direito Internacional e povos indígenas	72
3.1.1	A proteção dos povos indígenas no sistema humanitário	74
3.1.2	Povos indígenas como sujeitos de direito internacional	85
3.1.3	Incorporação do Direito Internacional ao Direito brasileiro	87
3.2	Direito e povos indígenas no Brasil	89
3.2.1	Introdução: Constituição e direitos fundamentais	91
3.2.1.1	Organização do estado para o relacionamento com os povos indígenas	93
3.2.1.2	Povos indígenas na Constituição de 1988	104
3.2.2	Cidadania	108
3.2.2.1	Índios, comunidades indígenas, povos indígenas	109
3.2.2.2	Igualdade racial e étnica	118
3.2.2.3	Capacidade civil	121
3.2.3	Organização social e jurídica dos povos indígenas	125
3.2.3.1	Autodeterminação	138
3.2.3.2	Participação e representação política	141
3.2.3.2.1	Consulta livre, prévia e informada	151
3.2.3.2.2	Direitos políticos	156
3.2.4	Terras Indígenas	159
3.2.4.1	Demarcação	185
3.2.5	Meio Ambiente	195
3.2.5.1	Unidade de conservação da natureza sobreposta à terra indígena	206
3.2.5.2	Licenciamento ambiental e povos indígenas	220
3.2.5.3	Recursos hídricos	228
3.2.5.4	Mineração em terras indígenas	233
3.2.5.5	Biodiversidade e conhecimento tradicional	241
3.2.6	Etnodesenvolvimento	247
3.2.6.1.1	Parceria rural e arrendamento de terras indígenas	248
3.2.6.1.2	Manejo florestal	251
3.2.6.1.3	Serviços ambientais e REDD+	253
3.2.6.1.4	Turismo	256
3.2.7	Cultura	258
3.2.7.1	Línguas	263
3.2.7.2	Religião	267
3.2.7.3	Arte	269
3.2.7.3.1	Direitos de propriedade intelectual e de imagem	270

3.2.8	Educação	275
3.2.9	Seguridade Social	287
3.2.9.1	Saúde	288
3.2.9.2	Assistência Social	294
3.2.9.3	Previdência Social	295
3.2.10	Conflito com a lei penal	297
3.2.10.1	Sistemas jurídicos penais indígenas	302
3.2.10.2	Responsabilidade penal do indígena	307
3.2.10.3	Erro culturalmente condicionado	309
3.2.10.4	Processo e execução criminal	313
3.2.10.4.1	Competência para julgamento de crimes envolvendo índios	314
3.2.10.4.2	Providências judiciais na prisão de índios	318
3.2.10.4.3	Laudo antropológico e tradução	320
3.2.10.4.4	Atenuação	322
3.2.10.4.5	Penas alternativas à prisão	324
4	É PLURAL O ESTADO BRASILEIRO?	326
4.1	Política indigenista no Brasil contemporâneo	327
4.1.1	A política indigenista no primeiro mandato do governo Lula	328
4.1.2	A política indigenista no segundo mandato do governo Lula	354
4.1.3	A política indigenista no governo Dilma Rousseff	395
5	CONCLUSÃO	412
6	BIBLIOGRAFIA	426

1 Introdução

Os indígenas brasileiros são pela primeira vez descritos na carta sobre o descobrimento do Brasil de Pero Vaz de Caminha ao Rei Manoel I de Portugal. Antes mesmo de desembarcarem, os portugueses avistaram sete ou oito homens que andavam pela praia.

"Eram pardos, todos nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Nas mãos traziam arcos com suas setas. Vinham todos rijos sobre o batel; e Nicolau Coelho lhes fez sinal que pousassem os arcos. E eles os pousaram."

Pero Vaz de Caminha combinou a observação afiada com uma abundância de detalhes deliciosos, tornando-se talvez o primeiro etnólogo do Brasil (HEMMING, 1978:2).

Os indígenas ficaram deslumbrados pelos utensílios de ferro que os portugueses utilizaram para derrubar árvores e fazer a cruz para primeira missa na Terra de Vera Cruz. O ouro encantava menos os indígenas que as contas de vidro. Da galinha quase tiveram medo. Os alimentos trazidos pelos portugueses não foram comidos.

Do outro lado, a nudez e abertura dos índios encantaram os homens e sua rígida moral que vinha da Europa medieval. A visão idílica do paraíso bíblico se materializou naquele povo que parecia tão livre. As pinturas corporais, o corte de cabelo e a raspagem dos pelos e sobrancelha, o lábio perfurado e ornado com ossos e os adereços feitos com penas de aves e peles de animal também fascinaram Caminha.

"A feição deles é serem pardos, maneira de avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem-feitos. Andam nus, sem nenhuma cobertura. Nem estimam de cobrir ou de mostrar suas vergonhas; e nisso têm tanta inocência como em mostrar o rosto. Ambos traziam os beijos de baixo furados e metidos neles seus ossos brancos e verdadeiros, de comprimento duma mão travessa, da grossura dum fuso de algodão, agudos na ponta como um furador. Metem-nos pela parte de dentro do beijo; e a parte que lhes fica entre o beijo e os dentes é feita como roque de xadrez, ali encaixado de tal sorte que não os molesta, nem os estorva no falar, no comer ou no beber."

Os cabelos seus são corredios. E andavam tosquiados, de tosquia alta, mais que de sobrepente, de boa grandura e rapados até por cima das orelhas. E um deles trazia por baixo da solapa, de fonte a fonte para detrás, uma espécie de cabeleira de penas de ave amarelas, que seria do comprimento de um coto, mui basta e mui cerrada, que lhe cobria o toutiço e as orelhas. E andava pegada aos cabelos, pena e pena, com uma confeição branda como cera (mas não o era), de maneira que a cabeleira ficava mui redonda e mui basta, e mui igual, e não fazia minguia mais lavagem para a levantar."

A visão da nudez, em particular da nudez feminina, trazia um sentimento de liberdade e igualdade não encontrado do outro lado do Atlântico. A nudez era mais presente no índio brasileiro e da América Central, mais do que em qualquer outro tipo indígena americano. A naturalidade para lidar com o ato sexual e o costume de ofertar suas filhas para construir alianças representava a liberdade moral, religiosa e política dos povos indígenas.

No entanto, essa visão idílica sobre os índios era uma certa representação do imaginário europeu do éden bíblico. As primeiras descrições não conseguem e não querem captar qualquer organização social ou política dos povos indígenas. Contudo, na própria carta de Caminha e com o conhecimento atual pode-se atentar para uma forma de organização social, ainda que muito diferente da europeia. Sem dúvida os povos indígenas na época do descobrimento possuíam suas leis, seus líderes e suas crenças.

Esse que o agasalhou era já de idade, e andava por louçainha todo cheio de penas, pegadas pelo corpo, que parecia asseteado como S. Sebastião. Outros traziam carapuças de penas amarelas; outros, de vermelhas; e outros de verdes. E uma daquelas moças era toda tingida, de baixo a cima daquela tintura; e certo era tão bem-feita e tão redonda, e sua vergonha (que ela não tinha) tão graciosa, que a muitas mulheres da nossa terra, vendo-lhe tais feições, fizera vergonha, por não terem a sua como ela.

Uma sorte de coisas e animais foi levada à Europa e apresentadas como riquezas encontradas no novo continente. Portugueses, espanhóis, franceses e ingleses levaram também indígenas brasileiros para servirem à curiosidade de suas cortes.

Amerigo Vesppuci tingiu com sensacionalismo sua carta ao príncipe florentino Piero Lorenzo de Médici, conhecida como *Mundus Novus*, e escrita em 1503. De enorme sucesso na Europa, a correspondência procurava excitar os leitores ao enfatizar tudo o que fosse extravagante em relação aos indígenas brasileiros. Em sua visão os indígenas eram livres e inocentes, não tinham leis nem reis. Desconheciam a propriedade privada e compartilhavam tudo. Viviam sem dinheiro, propriedades ou comércio. Não conheciam religião ou ídolos e não erguiam templos ou palácios (HEMMING, 1978:13-14, MELLO FRANCO, 1937:37).

O entusiasmo pela visão de liberdade dos índios brasileiros era subversivo. Numa Europa onde a monarquia e a religião impunham fortes restrições materiais e morais, a percepção de que deste lado do Atlântico haviam homens libertos de todos os freios contagiou as pessoas. Os fatos e as lendas se confundiam. Os relatos, as coisas e os homens do novo mundo fascinaram e influenciaram o pensamento europeu.

Dentre as mais famosas obras do pensamento filosófico e político do século XVI na Europa, Mello Franco (1937:127 e ss) identifica a influência das cartas de Amerigo Vesppuci no *Elogio da Loucura* de Erasmo de Rotterdam, escrito em 1508, e com muito maior comprovação, em *Utopia*¹, de Thomas More, publicado em 1516.

Com uma crítica satírica profunda à Europa do século XVI o livro *Utopia* teve enorme repercussão ao ser publicado e continua, ainda hoje, a significar um lugar ou estado de coisas ou ideias perfeitas. *Utopia* descreve as instituições políticas de um país insular em que homens e mulheres são educados da mesma maneira, as guerras são evitadas ao máximo, a propriedade da terra é comunitária e todas as religiões são toleradas.

O divulgador das novas instituições políticas contidas no livro é um português chamado Raphael Hytlodeu, que teria sido companheiro do grande

¹ Em seu título original *A Truly Golden Little Book, No Less Beneficial Than Entertaining, of the Best State of a Republic, and of the New Island Utopia*.

navegador florentino, e guarnecedor de um fortim localizado no Brasil². Utopia seria uma ilha encontrada antes da linha do Equador, no caminho entre o Brasil e Portugal.

A França estabeleceu desde cedo um intenso comércio com os índios brasileiros e o relato sobre o novo mundo de seus viajantes influenciou imensamente o pensamento humanista. Jean de Léry (*Histoire d'un voyage faict en la terre du Brésil*) e Andre Thevet (*Singularitez de la France Antartique*) foram os mais importantes cronistas franceses do século XVI. Além dos relatos das incursões francesas ao território brasileiro, os muitos indígenas brasileiros que atravessaram o Atlântico fascinaram o povo, a corte e a cultura da França. Os primeiros Tupinambás do Maranhão foram recebidos em Paris de forma triunfal, como chefes da nação brasileira (MELLO FRANCO:92). Os filósofos e pensadores políticos europeus, sobretudo os franceses, construíram uma visão mítica dos índios que culminou com a ideia da bondade natural do ser humano.

Com a severa vigilância que a igreja e a monarquia exerciam sobre a produção intelectual, o índio foi utilizado como contraponto às injustas e violentas instituições europeias. Mais à frente, o evolucionismo do século XVIII herdaria, num primeiro momento, o mito do “bom selvagem”, que colocava os “primitivos” como testemunhas do paraíso perdido e como a imagem do que teriam sido os ocidentais em tempos passados.

No outro extremo, viajantes europeus relatavam seu espanto com certos costumes dos povos indígenas, como rituais antropofágicos ou sua prática sexual. Para eles a causa de tamanho barbarismo era o desconhecimento de Deus, lei ou religião, sendo feras, brutos³, considerados verdadeiros animais.

² O fortim do livro não é mera ficção, como relata Mello Franco (1937:132 e 133), e teria existido conforme relato de Vespucci e documentos oficiais em Cabo Frio, Rio de Janeiro.

³ Em 1557 foi publicada na Alemanha a primeira edição do livro de Hans Staden, aventureiro mercenário alemão capturado por uma tribo tupinambá, quando servia no Forte de São Felipe de Bertioga, e que seria devorado num ritual indígena por vingança aos invasores europeus. Nos nove meses em que ficou cativo foi obrigado a lutar contra os tupiniquins, virou um caraíba (homem respeitado) por suas previsões e habilidade na luta, até que foi resgatado por um corsário francês. De volta à Europa, escreveu o livro *História Verdadeira e Descrição de uma Terra de Selvagens; Nus e Cruéis Comedores de Seres Humanos, Situada no Novo Mundo da América, Desconhecida antes e depois de Jesus Cristo nas Terras de Hessen até os Dois Últimos Anos, Visto que Hans Staden, de Homberg, em Hessen, a Conheceu por Experiência Própria e agora a Traz a Público com essa*

O início da colonização no Brasil trouxe duas propostas bastante distintas. A primeira, levada sobretudo pelos bandeirantes paulistas, envolvia a escravização dos indígenas, principalmente para a lavoura de cana-de-açúcar. A proposta vinda com os Jesuítas, sob o pretexto de catequizar e levar Deus aos indígenas, era voltada a transformar o indígena em um bom cristão. Por eles, tudo o que impressionara os primeiros navegadores iria ser proibido e combatido. A nudez foi coberta, os ornamentos de penas foram trocados por roupas europeias; a rigidez moral desestruturou os costumes tribais relacionados ao casamento para combater a poligamia; tentou-se subjugar a religiosidade indígena e substituí-la pela doutrina cristã; os povos indígenas foram desaldeados e reduzidos às missões; suas residências foram individualizadas, as crianças foram separadas dos pais e divididas por sexo nas escolas; o trabalho foi imposto nos moldes da empresa colonialista, as terras foram confiscadas e as execuções rituais e o canibalismo foram penalizados com a morte. Ambas as propostas significavam a eliminação da cultura indígena (HEMMING, 1978:181), sem espaço algum para que os povos indígenas conservassem suas instituições e autonomias.

Há 500 anos os mais de 600 povos que habitavam o território que hoje constitui o Brasil somavam cerca de cinco milhões de pessoas. Grosso modo, um milhão vivia na floresta litorânea atlântica; três milhões viviam na Floresta Amazônica, de modo mais intenso nas margens do grande rio; e um milhão vivia nos campos do centro do país (GOMES, 2004). Uma diversidade cultural e linguística compatível com a reconhecida biodiversidade brasileira.

Os indígenas do litoral sofreram o primeiro século de colonização do litoral. Uma grande parte morreu de doenças trazidas pelo europeu; outra parte substancial foi assassinada em expedições de guerra e escravização permitidas e patrocinadas por autoridades do governo imperial; os que se renderam, foram escravizados pela sociedade colonial e perderam sua condição de indígena. Igual infortúnio tiveram até o século XX os índios do interior e os índios da Amazônia, até que, em 1970, eram só 250 mil.

Escravidão, conquista territorial, expansão da atividade produtiva rural e aniquilamento físico e cultural dos povos indígenas foram processos de espantosa velocidade tendo em vista o pequeno número de colonizadores europeus frente a uma maioria populacional indígena. Sem dúvida, o fator que mais contribuiu para o aniquilamento dos povos indígenas brasileiros foram as novas e mortíferas doenças do colonizador. Muitos povos indígenas foram ainda fisicamente eliminados pelo que hoje se chama de limpeza étnica ou genocídio, ou seja, atos intencionais para acabar com um povo, uma população e uma cultura. Outros foram coercitivamente assimilados, forçados a adotar as línguas, religiões e costumes do colonizador. Os povos indígenas que sobreviveram à colonização utilizaram diferentes estratégias para manter sua identidade étnica e certa autonomia frente à sociedade brasileira. Ainda assim, muitos sofreram com a espoliação e limitação de seus territórios, a discriminação social e econômica e a negação de direitos políticos.

Hoje os povos indígenas são grupos étnicos que compõe a população brasileira. Pelos números do IBGE, são 305 etnias indígenas, numa população de quase 900 mil pessoas, que falam 274 idiomas. O Brasil tem o indígena na formação de seu povo, da sua cultura, do seu território, da sua língua, da sua comida, da sua higiene etc. E o patrimônio sociocultural dos povos indígenas também mostra sua complexidade e diversidade no campo jurídico, pois existem tantas ordenações sociojurídicas quantos forem os povos indígenas.

A experiência profissional como Procurador Geral da Fundação Nacional do Índio - Funai e chefe da Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente impuseram a necessidade de compreender o disposto no art. 231 da Constituição de 1988, especialmente o reconhecimento aos índios da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A riqueza das culturas indígenas e a necessidade profissional de compreendê-las levaram à reflexão acadêmica sobre o direito brasileiro e sua relação com os povos indígenas. Sobre tudo uma reflexão que desse conta de compreender como o Estado brasileiro, nas suas mais diversas normas e organizações, cumpre o

dever constitucional de reconhecer e respeitar a organização social e jurídica dos povos indígenas do Brasil. A reflexão queria responder o que é organização social? Particularmente, o que é organização jurídica? Em que circunstâncias devem ser respeitadas? Qual é o conteúdo do direito dos povos indígenas de ter respeitadas sua organização social e jurídica? Quais são as restrições a esse direito? Apesar de ser tratada de forma incipiente pela ciência do direito, essas questões estão presentes em quase toda a discussão sobre direitos dos povos indígenas.

Para entender qual o correto sentido da organização sociojurídica dos povos indígenas foi necessário buscar um referencial teórico que estudasse esse objeto no primeiro capítulo. As ciências sociais, mais particularmente a Antropologia Jurídica, a Sociologia e a Ciência do Direito, compartilham o conceito de pluralismo jurídico. Com o estudo desse conceito foi possível analisar o tratamento do ordenamento jurídico e da ciência do direito no Brasil para o artigo 231 e 232 da Constituição. Os achados e ideias presentes no segundo capítulo levaram ao entendimento do papel do direito nas relações interétnicas entre a sociedade e os diversos povos indígenas brasileiros. O capítulo final completa o texto jurídico no seu processo de criação da norma ao demonstrar como é a política indigenista do Estado brasileiro e quais são as reações dos povos indígenas na afirmação de seus direitos. Tudo isso para responder como o direito dos povos indígenas de terem reconhecida e protegida sua organização social está sendo concretizado no Brasil de hoje.

2 Pluralismo Jurídico

O direito ainda é visto como um sistema único, hierarquizado e completo de princípios e normas. O direito deve ser aquele vindo do estado. Uniformemente destinado a todos. Mais poderoso que qualquer outra norma. Suas omissões e incongruências devem ser administradas por instituições estatais. Controlador do comportamento de todos os indivíduos da sociedade, cada vez mais minucioso em sua tarefa. Essa ideia, apesar de não ser provada ou demonstrada, parece trazer um consenso inicial e necessário para pensar e construir quase todas as questões jurídicas ainda hoje. Mas a complexidade das relações sociais provoca um sentimento de inadequação da ideia de onisciência do direito a quem observa e estuda o estado e a sociedade contemporâneos.

Singular em sua complexidade, o Brasil é um país que vive uma mudança social intensa, onde a sociedade urbana cresce em ritmo acelerado ao lado e ao tempo em que se pode encontrar povos indígenas que se mantêm autônomos na floresta, com pouco ou quase nenhum contato com a sociedade circundante. Com um passado e um presente ao mesmo tempo marcado pela colonização e pela pluralidade.

Ainda que o Direito seja o mesmo para todos os brasileiros, em cada lugar do país se tem uma visão do que se pode ou não fazer. A Constituição, as leis, decretos e portarias federais, estaduais e municipais; as convenções, tratados, acordos internacionais; as decisões de cada órgão da Justiça, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, das polícias, dos muitos outros órgãos do Estado são um emaranhado de regras, normas, procedimentos e práticas. Além das regras e normas oficiais, há ainda a definição feita pelos indivíduos sobre como se deve morar, estudar, trabalhar, consumir, lidar com a crença em Deuses, vestir-se, divertir-se, relacionar-se com outras pessoas.

A multiplicidade de ordenações jurídicas ou sociais coexistindo e tendo múltiplas relações pode parecer estranha para os ouvidos de quem estuda ou

trabalha com o Direito. Esse fenômeno a partir da década de 1970 ganha das ciências sociais o nome de pluralismo jurídico. Mas o fenômeno não é recente, basta lembrar que o Direito europeu, aquele que serve de modelo ao Direito nacional, viveu mais de 2000 anos, entre o Império Romano e as revoluções liberais, com a constituição dos Estados europeus, sob o signo da existência de um direito diferente para cada homem. Um direito para o nacional, outro para o estrangeiro; um para o nobre, outro para o escravo, outro para o religioso; além de haver em cada profissão um corpo de normas etc.

No Brasil, cada comunidade indígena possui ordenações sociais e jurídicas que organizam a vida dos indivíduos e suas relações sociais. A pluralidade de ordenações indígenas no Brasil é central para entender as relações entre a sociedade brasileira, o Estado brasileiro e os povos indígenas.

O pluralismo jurídico será aqui um ponto de partida para análise do direito dos povos indígenas brasileiros de terem respeitadas as suas organizações sociais, previsto no artigo 231 da Constituição brasileira de 1988. Por isso, este capítulo trará um histórico bastante detalhado das ideias que levaram ao fenômeno e ao conceito de pluralismo jurídico. Em seguida, será feita uma explanação bem abrangente do pluralismo. Essa exposição será feita na medida necessária para entender o pluralismo como questão colocada ao Estado contemporâneo brasileiro e sua relação com os povos indígenas.

Com o estudo do pluralismo, pretende-se responder mais à frente: Como identificar e como respeitar a organização social (e jurídica) dos povos indígenas? O que é essa organização social e jurídica?

2.1 Histórico

Alguns antropólogos e juristas dos séculos XVIII e XIX foram os primeiros a estudar a existência de ordenamentos sociais e jurídicos de povos não ocidentais (ROULAND, 1994:19-24 ou DONOVAM, 2003:14-20). Em uma época em que a elite intelectual recebia uma educação clássica e humanista, o direito e a antropologia, juristas e cientistas sociais, misturavam-se e compartilhavam ideias para compreender a sociedade. As obras da chamada Escola Histórica foram muito influenciadas pela teoria evolucionista de Charles Darwin, presente na magistral obra "*Sobre a origem das espécies por seleção natural*". A maioria dos cientistas sociais do século XIX, incluindo os antropólogos e juristas, consideravam a sociedade europeia como o apogeu da civilização, enquanto as diversas sociedades não-europeias estavam em seu estágio primitivo. Diferença de estágios que tinha uma primordial causa, a superioridade da raça europeia e a inferioridade do outro, o africano, o americano, o árabe e o oriental. Uma crença muito conveniente que ajudara a política de expansão colonial dos Estados Nacionais europeus para além de seu continente.

Da mesma forma, outros povos não-ocidentais teriam instituições jurídicas encontradas na história da sociedade europeia em épocas remotas, passadas, sendo o Direito romano o mito fundador da justiça europeia e o padrão utilizado em todas as comparações (POSPÍSIL, 1974:99). Em outras palavras, as formas de organização social dos povos na América e na Ásia seriam como fósseis, a revelar os estágios primitivos da sociedade numa classificação histórica e evolutiva cujo ápice era o direito europeu.

Nessa época e para os fins desta tese, destaca-se pensadores como o inglês Sir Henry Maine, autoridade colonial do império britânico na Índia e professor nas universidades de Calcutá, Cambridge, Londres e Oxford, e sua obra *Ancient Law*, de 1861, que se dedicou a comparar o Direito romano e os sistemas jurídicos ocidentais com o início do sistema indogermânico, sendo uma fundamental referência para pensamento jurídico inglês e americano; e o francês Auguste Comte, com as

etapas de evolução da sociedade e a ideia de positivismo, importante por ter influência na política brasileira ao tempo da proclamação da República, particularmente na política indigenista.

Os grandes pensadores da sociologia Spencer, Durkheim, Marx e Weber também não se furtaram a comparar a organização dos povos indígenas com o direito de suas épocas para justificar suas teorias sobre o direito e sociedade.

Outros cientistas sociais ou juristas como Lewis H. Morgan (1871 e 1877), Johann J. Bachofen (1861) e John F. MacLennan (1865) também são relevantes para compreender historicamente o pensamento sobre as regras sociais dos povos indígenas e tribais. Ao lado de Maine, são considerados como precursores da antropologia, sobretudo da antropologia do direito (ROULAND, 1994:20) e conhecidos em geral como antropólogos de gabinete por serem eruditos e não possuírem experiências reais de contato com outros povos. Lewis H. Morgan foi o único a ter contato direto com povos indígenas por ter sido advogado ligado ao setor de estradas de ferro e mineração no oeste dos Estados Unidos. Admirou os povos nativos americanos e advogou para eles, sobretudo os Iroquois e sua organização política chamada de Confederação das Seis Nações. Foi testemunha da destruição da vida tribal pela transformação da propriedade indígena comunal em propriedade privada das companhias ferroviárias no oeste dos Estados Unidos (NADER, 2002:80). Josef Kohler, jurista alemão, mesmo sem o reconhecimento devido, também pode ser colocado no mesmo panteão por ter uma extensa bibliografia sobre história do direito, normas dos povos indígenas e desenvolvimento de instituições jurídicas, incluindo 210 artigos sobre o Direito de sociedades não-europeias, além de admitir a existência do Direito em povos indígenas mesmo antes da existência do Estado (SCHOTT, 1982:42).

Foi o momento em que a influência de uma teoria da evolução unilinear construiu e perpetuou a visão de que os povos não-ocidentais não tinham sistemas sociais e jurídicos considerados como "Direito" e controlavam sua vida apenas pela força do costume. Para Hartland, o não-ocidental estava "cercado por todos os lados pelo costume de seu povo... amarrado pela correntes da tradição

imemorial...cujos grilhões são aceitos por ele como uma coisa natural e nunca visa a rompê-los" (1924:138).

Com idêntica posição, alguns anos depois, um dos expoentes da antropologia do início do séc. XX, Radcliffe-Brown, não foi capaz de visualizar a complexidade das estruturas políticas de sociedades não-ocidentais que estudou, concluindo que aquelas culturas não tinham Direito mas apenas "*costumes que são apoiados em sanções*" (1952, originalmente publicado em 1933:216-217). Ele incorporou em suas ideias sobre Direito as posições do jurista americano Roscoe Pound para definir o fenômeno jurídico como "*controle social através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada*" (RADCLIFFE-BROWN, 1973:260 ou 1952:205). E. Evans-Pritchard utiliza a mesma moldura conceitual que Radcliffe-Brown para concluir, em seu estudo sobre os Nuer no Sudão, que eles não têm Direito por não possuir autoridades adjudicatórias que decidem e implementem resoluções em disputas (1940:162). A conclusão sobre a inexistência do Direito nas sociedades indígenas foi muitas vezes contraditória com o título de muitas obras da Antropologia do Direito, por exemplo *Nuer Law* (HOWELL 1954:225) e *Leadership and Law among the Eskimos of the Keewatin District North-west Territories* (van der STEENHOVEN 1962:112). Em resumo, para esse autores apenas as sociedades que possuíam instituições judiciais hierarquizadas de governo, como polícia e tribunais, teriam Direito.

A prática política colonial ia além do conhecimento erudito. A falta de leis escritas ou instituições judiciais, entre outras características, eram tidas como falta de civilização, condenando os povos não-ocidentais a serem primitivos e inferiores e, assim, colonizados pelos europeus. A visão de que os povos indígenas eram primitivos moldou as normas sobre ocupação do território e os direitos dos colonizadores e dos povos indígenas em todos os ordenamentos jurídicos de matriz europeia e colonial. A ideia de superioridade racial foi uma das mais eficazes ferramentas de legitimação da expansão imperialista das potências europeias, conhecida como colonialismo (VILLAS BÔAS FILHO, 2007:335). A imposição do Direito europeu, visto como um presente do colonizador e um avanço do estado da

barbárie em direção à civilização, operou como instrumento de dominação e aniquilação cultural dos povos colonizados.

A época em que os termos *costume* e *direito costumeiro* surgem na literatura científica coincide com o colonialismo europeu do século XIX ao começo do século XX. Costumes eram as normas ou ordens normativas, geralmente orais e derivadas de fontes de autoridades não-coloniais (SYDER, 1981b:49), encontradas nas colônias e reconhecidas ou aceitas pelos direitos forjados nos moldes europeus.

Diamond, em um artigo bastante influente, descreve a relação entre costume e direito de forma dicotômica:

*Costume - espontâneo, tradicional, pessoal, vulgarmente conhecido, corporativo, relativamente imutável - é a modalidade de sociedade primitiva; lei é o instrumento da civilização, da sociedade política sancionada pela força organizada, presumivelmente acima da sociedade em geral e afirmando um novo conjunto de interesses sociais. Lei e costumes são completamente distintos; não se pode comparar evolutivamente o desenvolvimento da lei e o costume, se tradicional ou emergente.*⁴⁵ (1973: 322-323)

Assim, os europeus aceitavam a versão de direito costumeiro que melhor vestia sua ideologia e seu ordenamento sobre a propriedade fundiária nas colônias e outras relações sociais. Ou seja, o direito costumeiro é uma versão alterada das organizações sociais indígenas numa relação dialética com o Direito vindo do estado colonizador e depois do nacional durante a colonização (FALLER, 1969; SNYDER, 1981a; MOORE, 1986)⁶. No entanto, engana-se quem imagina os europeus sendo os primeiros a trazerem seu sistema jurídico a inúmeros povos indígenas. A pluralidade de culturas ou ordenamentos jurídicos é o resultado de

⁴ Ainda que rejeitando a noção de costume como uma forma de sistema primitivo que iria gradualmente se desenvolvendo na direção de um Direito nos moldes europeus, Diamond e tantos outros acreditavam que o avanço ao Direito extinguiu os costumes, numa clara referência ao evolucionismo.

⁵ Trad. Conferir original: *Custom - spontaneous, traditional, personal, commonly known, corporeta, relatively unchanging - is the modality of primitive society; law is the instrument of civilization, of politica society sanctioned by organized force, presumably above society at large, and buttressing a new set of social interests. Law and custom are entirely distinct; no evolutionary balance has been struck between developing law and custom, whether traditional or emergent.*

⁶ Muitas pesquisas relatam que costumes imutáveis eram um mito da era colonial e que o Direito costumeiro foi um produto do encontro colonialista (BENDA-BECKMANN, 1979; FITZPATRICK, 1980; RANGER, 1983; CHANOCK, 1985; MOORE, 1986a; STARR and COLLIER, 1987, 1989).

séculos de guerras, conquistas e migrações. Por exemplo, Clifford Geertz, em *Local Knowledge* (1983:226), descreve a complexidade legal de Java como o produto de diversas influências trazidas por colonos do sul da China e do norte do Vietnã com os governantes indianos, os comerciantes chineses, os missionários islâmicos, os colonizadores holandeses e britânicos, as forças de ocupação japonesas e, atualmente, o estado indonésio⁷.

Franz Boas é o primeiro a surgir com uma crítica da teoria da evolução social e cultural do século XIX, ainda que continuasse se apoiando na evolução darwiniana. Suas teorias sobre a diversidade de culturas (agora no plural) e as diferenças na história do desenvolvimento das sociedades encontram-se maduras na obra *The Mind of Primitive Man*, de 1911, e, com elas, passa a ser o principal expoente da Antropologia americana.

Ainda no começo do século XX foram feitos os primeiros estudos empíricos sobre a organização social e jurídica de povos indígenas da África, Ásia e das ilhas do Pacífico que questionaram a ausência do Direito nas ditas sociedades selvagens. Alguns cientistas sociais e juristas passam a se interessar sobre a existência do chamado Direito em sociedades não-ocidentais e sobre como esses povos mantinham sua organização social em contato com a empresa colonizadora e o Direito europeu. A maioria desses estudos foi realizada por antropólogos europeus preocupados em conhecer os povos ditos *selvagens*, acreditando que, devido ao contato com o colonizador, logo seriam extintos.

O mais importante deles, Bronislaw Malinowski é apontado por muitos como um dos precursores (ao lado de Franz Boas) da moderna Antropologia por ter dado as bases fundamentais do método etnográfico. Malinowski ressaltou a importância do estudo de todos os aspectos das sociedades não-ocidentais em seu próprio ambiente, através do que chamou de observação participante. Sua obra magistral, *Os argonautas do Pacífico Ocidental* (1922), nasceu do estudo dos nativos das Ilhas Trobriands da Melanésia, no Pacífico Ocidental.

⁷ Desde o começo do século XX, os estudos sobre as mudanças nos sistemas normativos indígenas resultado de situações de contato com outros povos, principalmente as potências coloniais européias, foram feitos sobretudo por administradores coloniais ou juristas. Exemplos podem ser encontrados em Nadel (1942, 1947), Howell (1954), Stirling (1957), Cohn (1959), Barnes (1961), Fallers (1962).

Malinowski mergulhou na cultura e, particularmente, na língua nativa e emergiu com um outro olhar sobre as sociedade que estudou. Suas análises e teorias sobre o Direito estão principalmente na obra *Crime e costume na sociedade selvagem* (1926). Nela, Malinowski mostra que o resultado de sua observação aponta para uma outra dimensão de complexidade dos sistemas sociais e jurídicos dos nativos das Ilhas Trobriands. Ou seja, a ideia até então concebida, de que os selvagens obedeciam os costumes e as tradições de forma espontânea, em todos os aspectos de sua vida, não era comprovável, e a crença de que os povos indígenas eram regulados por humores, paixões e acidentes era muito distante da realidade.

Para Malinowski, a dificuldade de se identificar uma ordenação social dos povos indígenas residiria na procura de uma analogia de promulgação, administração e execução similar ao Direito:

"Definindo as forças do direito em termos de autoridade central, códigos, tribunais e policiais, temos que chegar à conclusão de que o direito não necessita de aplicação em uma comunidade primitiva e é seguido espontaneamente".
(1926:14).

Como exemplo da visão eurocêntrica, muitos autores anteriores, como Maine e Durkheim⁸, acreditavam que o Direito Penal seria o conjunto de regras unanimemente identificável em todas as sociedades, pois a desobediência da norma leva à instituição da punição. Assim, só era identificável até então o que era semelhante, e a sanção a certos comportamentos era a única instituição jurídica próxima da ideia de Direito⁹.

Mas, para Malinowski, ater-se ao extraordinário, ao Direito Penal, seria perder o mais importante fenômeno da vida jurídica. Uma "*organização legal primitiva*" seria muito mais que um corpo de proibições. A vida ordinária se faz obedecendo a um corpo de obrigações vinculantes baseadas nos hábitos e costumes, na satisfação da opinião dos outros, na reciprocidade e no sentimento de pertencimento ao grupo.

⁸ Ver *Da divisão do trabalho social*.

⁹ Clássicos da Ciência Política também se dividiam, como Locke e Hobbes respectivamente, entre os que acreditavam num Direito válido para todas as sociedades, baseado na existência de regras mínimas conhecidas de todos, e num Direito formado por comandos formais de autoridades governamentais.

Abria-se um novo olhar sobre ordenação social. No estudo de Malinowski foram identificados conceitos como obrigações mútuas, trocas, reciprocidade, constrangimento social, generosidade, forma cerimonial, influência e prestígio, que compõem um sistema complexo de incentivos sociais e psicológicos racionais para definir os comportamentos dos humanos.

Seu trabalho, na conexão entre relações sociais e controle, foi seguido por inúmeras pesquisas antropológicas que documentaram a rica variedade de costumes, normas e procedimentos costumeiros em pequenas sociedades¹⁰. A unicidade dessas sociedades tornou possível entender como a ordem social pode ser constituída sociedades sem rigidez em suas autoridades, códigos, regras claras e inflexíveis e restrições formais. A partir de Malinowski parecia definitiva a ideia de que existe Direito em qualquer sociedade¹¹.

Para NADER (1965:6) a ideia de que em cada sociedade pode-se ter uma multiplicidade de estruturas jurídicas que correspondem a uma multiplicidade de grupos sociais já estava em Durkheim, em *A divisão do trabalho* de 1893. Para Franz von Benda-Beckmann (2002:53), os primeiros a conceituarem o pluralismo jurídico foram Weber e Ehrlich. Contemporâneo e reconhecido por Malinowski (1926:24), o jurista alemão Thurnwald desenvolveu pesquisas nas ex-colônias da Alemanha que o levaram a analisar o papel de reciprocidade e a necessidade de compreender os direitos das sociedades ditas primitivas no contexto de um sistema cultural (SCHOTT, 1982:50). Enfim, nascia a Antropologia do Direito como uma subdisciplina da recentemente fundada Antropologia.

Mas, mesmo com uma mudança de rota, a Antropologia ainda carregava como característica ter como objeto de estudo as sociedades sem estado, ou ditas primitivas; tinha a perspectiva evolucionista, baseada no pressuposto etnocêntrico de superioridade racial; e se caracteriza por ser instrumento de

¹⁰ São exemplos mais importantes nessa época as obras de BARTON (1919 e 1930), HOGGIN (1934) e SCHAPERA (1938).

¹¹ A questão da existência ou não de Direito, ou de sistemas jurídicos, em qualquer sociedade humana é antiga e leva à discussão sobre qual o conteúdo do Direito. Antropologia, Ciência Política e Direito compartilham esse objeto de estudo, cuja discussão foi feita pelos pensadores clássicos como Locke, Hobbes, Weber, Marx e Engels, Durkheim e tantos outros.

conhecimento para dominação colonial (VILLAS BÔAS FILHO, 2007: 340). Essa última ainda clara nas palavras de Malinowski, para quem conhecimento deveria "*ajudar o homem branco a governar, explorar e melhorar o nativo com resultados menos perniciosos para o futuro*" (1926:xi).

A Antropologia e o Direito, enquanto ciência e prática, possuíram características peculiares de acordo com os propósitos do estado colonial, ao qual estavam vinculadas. Inglaterra, França, Holanda e Estados Unidos são os principais países colonialistas e desenvolvem conhecimentos antropológicos e normatizações coloniais com diferentes matizes. Por exemplo, para Shirley (1987), a colonização levada pelo império britânico, caracterizada pela dominação indireta, aceitava os direitos consuetudinários dos hindus e africanos, no que não fosse repugnante à autoridade colonial.

Laura Nader e Duane Metzger (1963:584), em *Conflict Resolution in Two Mexican Communities*, creditam a Mauss (1906) e Malinowski (1932) a ideia de que dentro de uma única sociedade várias ordenações jurídicas podem funcionar. Mauss descreveu a presença de dois sistemas jurídicos entre os Eskimos que seriam usados alternativamente durante as temporadas de verão e o inverno. Em 1932, Malinowski teria mostrado sistemas jurídicos mais ou menos independentes nos povos nativos das Ilhas Trobriands.

No entanto, para Pospísil (1974:101) nenhum dos autores afirma a ideia de multiplicidade de ordenações jurídicas com clareza. Mauss, apesar de descrever dois sistemas jurídicos na sociedade Eskimo, falhou em quebrar com o tradicionalismo, ao afirmar que um sistema operava por vez. Já Malinowski, embora tenha escrito em seu livro *Crime e costume na sociedade selvagem* um capítulo sobre "Sistemas de direito em conflito" o conteúdo não corresponderia ao título. Os créditos da multiplicidade de sistemas deveriam ser dados para o jurista Eugen Ehrlich segundo o qual direito seria um ordenamento do comportamento humano em qualquer grupo de pessoas, não importando qual seu tamanho ou complexidade, se estatal ou não (POSPÍSIL:103).

Muitos outros sociólogos, filósofos e juristas são apontados como precursores das ideias que seriam a base para o conceito de pluralismo jurídico. Isso porque, todas as ciências sociais, inclusive na Ciência do Direito, debruçavam-se sobre as organizações sociais como um todo e o fenômeno jurídico em particular. Num século em que ideologias moviam nações e faziam revoluções, o que deveria ser o Direito era uma discussão central. Cada tradição europeia com suas visões do direito possuíam suas referências. No outro lado do Atlântico, na ciência americana, o sociólogo e antipositivista Ehrlich afirmava (1936) que as regras de conduta, mais do que as regras sobre decisões, mesmo num país de tradição da *Common Law*, são centrais para a função organizativa do Direito. Essa ideia não pode ser considerada menos que poderosa para quem entenderá o fenômeno jurídico de uma forma ampla, que compreenda sua ação em todas as relações sociais e que não é dependente do Estado. Afinal, em uma visão empírica típica da Antropologia o Estado é considerado uma associação¹², sem nenhum privilégio que recomende um tratamento distinto em sua análise.

Mas entre todos, a multiplicidade de ordenações jurídicas numa mesma sociedade é explícita em *The Cheyenne Way*, do antropólogo K.N. Llewellyn e do jurista E. Adamson Hoebel, de 1941¹³. Nessa obra fundamental para a Antropologia do Direito, os autores pretenderam desenvolver um instrumento das ciências sociais para coletar e interpretar o Direito dos povos primitivos, além de compará-lo com o Direito americano. Ao estilo metodológico do estudo jurídico norte-americano, os casos mostrariam as relações humanas em conflito, as instituições em tensão e os leigos ou profissionais no trabalho de resolver as tensões (1941:viii).

Vão além da ideia de multiplicidade de ordenações jurídicas quando afirmam a existência de um relacionamento entre o Direito da sociedade majoritária com os sistemas jurídicos dos subgrupos sociais, no caso a sociedade dos indígenas Cheyenne:

¹² Numa visão não segmentária, o Estado é uma competição não tão organizada por poder e dinheiro, em que grupos são fluidos e tentam se sobrepor, são mais ou menos inclusivos, e têm princípios heterogêneos de funcionamento e pertencimento (GRIFFITHS, 1986:27).

¹³ Ver Pospisil (1974:105) e Nader (2002:87-101).

*"there may then be found utterly and radically different bodies of 'law' prevailing among these small units, and generalization concerning what happens in 'the' family or in 'this type of association' made on the society's level will have its dangers. The total picture of law-stuff in any society includes, along with the Great Law-stuff of the whole, the sublaw-stuff or bylaw-stuff of the lesser working units."*¹⁴ (1941:28).

Na década de 1950, sob influência da obra *The Cheyenne Way*, foi publicada uma série de estudos de caso sobre resolução de conflitos em ordenações sociojurídicas de povos indígenas, principalmente os povos africanos, sendo as principais *The Law of Primitive Man* (HOEBEL, 1954), *Zuni Law* (SMITH and ROBERTS, 1954) *Juridical Techniques and the Judicial Process: a study in African customary Law* (EPSTEIN, 1954), *Islamic Law in Africa* (ANDERSON, 1954), *A Manual of Nuer Law* (HOWELL, 1954), *The Judicial Process among Barotse of Northern Rhodesia* (GLUCKMAN, 1955), *Changing customary law in Busoga district of Uganda* (FALLERS, 1956), *Reason and unreason in African Law* (NADEL, 1956), *Justice and Judgment among The Tiv of Nigeria* (BOHANNAN, 1957), *Land, marriage and the law in Turkey* (STIRLING, 1957), *Kapauku Papuans and their law* (POSPÍSIL, 1958a).

Esses primeiros estudos de casos eram essencialmente descritivos sobre as ordenações jurídicas de cada sociedade indígena. Contudo, neles começa a observação e a crítica da imposição do Direito, centralizador e codificado, e das instituições coloniais européias aos povos colonizados, cujas diferentes ordenações jurídicas geralmente eram não-escritas e com poucas estruturas formais para julgamento e punição (o que, de certa forma, eram as características reconhecidas ao Direito na época).

Povos que tinham desenvolvido sua organização social por gerações viram uma nova ordem reformular a suas vidas sociais e políticas, mesmo daqueles que mantinham distância e autonomia com relação aos poderes e à sociedade colonial. Um Direito forjado por e para uma sociedade industrial e capitalista era aplicado para organizar e fazer evoluir uma vida agrária e comunitária.

¹⁴ A citação não foi traduzida pelo autor para evitar alguma perda de sentido na linguagem tão peculiar aos autores.

O Direito europeu trazia consigo uma lógica racional, formal, com princípios e procedimentos muito diferentes das sociedades que queria regular. Aos olhos do colonizador, o Direito feito pelos melhores juristas da metrópole para suas colônias era avançado e superior. Substituiria o que se pensava ser a tirania, a bruxaria, o medo e anarquia que reinavam nas colônias. Mas, simplesmente, ignorava as complexidades das relações sociais nativas e a capacidade de resolverem seus conflitos e adaptarem-se às novas realidades (atributos que eram demonstrados cada vez mais pelos antropólogos).

Contudo, muitas das relações entre os colonizados continuavam a ser reguladas pelas ordenações tradicionais. O Direito e as instituições europeias não chegavam a todos os territórios e nem regulavam todas as atividades da comunidade. Eram observadas, também, resistências às novas normas pelos colonizados. E, do ponto de vista do colonizador europeu, as normas costumeiras que não eram repugnantes à justiça natural, equidade e a boa consciência ou que não eram contrárias a nenhuma norma escrita podiam ser incorporadas ao direito colonial em certa medida (MERRY, 1988:870). Reconhecidas ou negligenciadas pelos Estados coloniais, a imposição das instituições nos moldes europeus criou convivências de ordenações jurídicas.

Dentre os textos da década de 50 ressaltados anteriormente, destaca-se *The Judicial Process among the Barotse*, de Max Gluckman, por ser o mais importante estudo de disputas jurídicas nos tribunais nativos, estabelecidos e reconhecidos pelo poder colonial inglês¹⁵. Interessante notar que o governo colonial aceitava e legitimava os tribunais costumeiros, mas limitou formalmente seus poderes. Os tribunais não podiam impor penas de morte e castigos corporais ou prisões ilimitadas. Não podiam ser julgados casos que envolviam não nativos como parte, bruxaria ou homicídio. Podiam, no entanto, condenar à pena de prisão, algo que não existia em tempos pré-coloniais. Gluckman estava muito engajado¹⁶ em tentar descrever a lógica dos juízes, a maneira como justificavam suas decisões e,

¹⁵ O trabalho de Gluckman na Rodésia do Norte, África, entre os anos de 1940 e 1947, observa que, apesar da legislação que instituiu as cortes ser de 1936, editada junto com o Conselho Real Barotse, os Barotse tinham seus tribunais há mais de duzentos anos (1955:2).

¹⁶ Em 1965 publica *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, livro voltado ao estudo dos conceitos usados pelos Barotse na sua vida política e econômica.

principalmente, compará-las em equivalência com as práticas nos tribunais ingleses ou europeus (MOORE, 2005:72).

Mas, a noção evolucionista e etnocêntrica sobre os povos indígenas em geral, e sobre seus sistemas de organização social e jurídica em especial, ia sendo atacada a cada dia pelos estudos empíricos da Antropologia que demonstravam a diversidade de sistemas jurídicos. Bohannan foi o primeiro a alertar de que a Antropologia do Direito não podia continuar a ser também colonialista. E numa crítica direta aos textos de Gluckman, atacou a utilização dos conceitos de Direito ocidental, de matriz europeia, para descrever e pensar os sistemas de justiça e julgamento de outras sociedades, o que só levaria a confusão e distorções (1957). Em *Justice and Judgment among The Tiv of Nigeria*, Bohannan utilizou, e obrigou o leitor a aprender, o vocabulário Tiv para descrever as relações sociais e normativas daquele povo. Os sistemas de organização jurídica dos povos indígenas começaram a ser analisados com seus próprios termos num contexto mais amplo. Um ideal de unicidade universal do Direito e seus conceitos ocidentais foi então contraposto à existência de diversas ordens normativas imersas na cultura e nas relações sociais de cada povo.

O estudo das ordenações jurídicas não-ocidentais, sobretudo orais, chama a atenção para a importância da linguagem e comunicação no estudo do Direito¹⁷. A adoção da linguagem nativa representa uma mudança de limites na análise das relações jurídicas de uma sociedade. Só com a linguagem nativa seria possível captar toda a complexidade e expandir a análise jurídica para envolver todas as relações de uma sociedade. Mais do que estruturas, o estudo de casos revelava a dinâmica das decisões e as constantes inovações dos tribunais costumeiros. Mas a ideia central é de que não se pode entender o Direito apartado do seu contexto social e cultural¹⁸.

¹⁷ Como exemplo: "O sistema jurídico Yakan é manifestado quase que exclusivamente através de um tipo de comportamento: falar. Consequentemente os registros do etnógrafo sobre a observação do litígio é largamente um registro linguístico e o sistema jurídico é um código para falar, um código linguístico." (FRAKE, 1965:147)

¹⁸ Para Laura Nader, em *Ethnography of Law* (1965:18), Schneider (1957) fornece um exemplo da maneira pela qual os sistemas jurídicos e sobrenatural complementam um ao outro durante os diferentes processamentos do feticídio e patricídio entre os Yap (NADER, 1965:18). Outro estudo que

Quando a Antropologia do Direito ganha corpo ao final da década de 1950, já se começa a reconhecer que as diversas ordenações jurídicas convivem, em maior ou menor intensidade numa mesma sociedade¹⁹. Schneider (1957) descreveu os diferentes sistemas e instituições para impor sanções no povo *Yap*. Pospisil, em *Kapauku Papuans and their Law*, parece ter sido o primeiro a afirmar a existência de múltiplas ordenações jurídicas numa mesma sociedade²⁰: “o direito não tem os mesmos limites para todos na sociedade. Cada subgrupo da sociedade tem seu próprio sistema legal, que é necessariamente diferente, em alguns aspectos, aos dos outros subgrupos²¹. A hipótese de uma uniformidade do direito e da existência de um único sistema jurídico dentro de uma determinada sociedade é aqui prontamente negada.”(1958:272)²². Nader e Metzger, em *Conflict Resolution in Two Mexican Communities* (1963), também assumem o pressuposto de que há diversos níveis jurídicos numa sociedade, para comparar duas estruturas de resolução de conflitos entre marido e mulher em duas pequenas cidades no México, Chiapas e Oaxacan. Por diversos fatores, principalmente a distribuição de autoridade, concluem que as duas estruturas funcionam de formas diversas. Na mesma época a tese é aceita pela Ciência Política (NAGEL, 1962) e pela sociologia (SCHWARTZ e MILLES, 1964).

Com *Ethnography of Law* (1965) Laura Nader procura traçar um panorama das questões que a Antropologia do Direito²³ enfrentava por quase um século, resumidas em poucas perguntas: o Direito é presente em todas as sociedades? Quais são suas características universais? Como o Direito se relaciona com outros aspectos da organização cultural e social? Pode-se utilizar alguma tipologia para classificar o Direito? Como e por que o Direito muda no tempo? O que acontece quando sistemas jurídicos de diferentes grupos culturais entram em contato? Qual o

mostra as ordenações jurídicas sob a forma de uma justiça mágica está em *Hehe Magical Justice* (WINANS e EDGERTON, 1964)

¹⁹ Laura Nader (1965) identifica Schneider (1957), Pospisil (1958), Gulliver (1963) Nader and Metzger (1964), Winans e Edgerton (1964) como formuladores dessa tese.

²⁰ No mesmo sentido Goodale (1998:144).

²¹ Por subgrupo se entende a família, parentesco, comunidade e confederação política.

²² Tradução do autor. Conferir o original: “law is not limited to the society as a whole. Every functioning subgroup of the society has its own legal system which is necessarily different in some respects from those of the other subgroups. The hypothesis of a uniformity of law and of the existence of a single legal system within a given society is herewith denied”.

²³ Nader, Koch e Cox selecionam uma bibliografia mundial para facilitar o trabalho de pesquisa sobre Antropologia do Direito em *The Ethnography of Law: A Bibliographical Survey*, 1966.

efeito de uma multiplicidade de sistemas jurídicos dentro de uma sociedade? Como pode ser descrito um sistema jurídico? Sobre quais condições e como é possível a comparação de sistemas jurídicos?

A controvérsia acadêmica a respeito da produção do conhecimento sobre os sistemas normativos indígenas continua num embate entre Bohannan e Gluckman, primeiro no texto de Nader e, após, nos artigos de Bohannan, Gluckman e Moore, todos em *Law in Culture and Society* (NADER, 1969)²⁴. Também em 1969 começa a ser publicado o periódico *Journal African Law Studies* que, a partir de 1981, alarga seu conteúdo e ganha novo nome: *Journal of Legal Pluralism*. Ao lado da *Law and Society Review* é o periódico científico que mais publicou e publica estudos sobre pluralismo jurídico em todo mundo.

A existência de duas ou mais ordens normativas e estruturas jurídicas convivendo em cada sociedade passou a ser estudada e chamada de pluralismo jurídico (GILISSEN, 1971; VANDERLINDEN, 1971; POSPISIL, 1971; HOOKER, 1975). Em cada sociedade pode haver uma multiplicidade de ordens que correspondem à multiplicidade de seus grupos. Nesse meio tempo, as formas como os humanos se organizam e são representados em suas relações sociais deixavam de ser chamadas de *Law* ou *Direito*, numa clara demonstração do abandono do "eu" e do "meu Direito" como medida para análise da ordenação social dos indígenas (GALANTER, 1981).

A conceituação de pluralismo jurídico, no começo dos anos 1970, parece ter aberto o caminho para o desdobramento do campo de pesquisa na direção do fenômeno de uma pluralidade de ordenações jurídicas nos países pós-coloniais e nas sociedades urbanas contemporâneas dos Estados Unidos e da Europa. Transformações sociais como a independência das colônias e, sobretudo, o movimento político por direitos civis nos Estados Unidos, impulsionaram o estudo da Antropologia do Direito. Ordenações jurídicas iam sendo definidas abrangentemente para estudar os tribunais estatais e formas de ordenação normativa não-oficiais (inclusive as ilegais). Algumas são instituições como fábricas, corporações e

²⁴ Hoje há um consenso na antropologia do direito de que não se podem superar as questões sobre forma, função e contexto nas comparações entre sistemas normativos (MOORE, 2001, p. 98).

sindicatos, universidades, igrejas, associações esportivas; outras são órgãos do Estado como o poder judiciário, as polícias, hospitais; e, por fim, famílias, círculos de negócios, cooperativas e coletivos, associações não-governamentais.

Até então, as ordenações legais das sociedades industriais eram tidas como totalmente integradas nas instituições e processos jurídicos formais e estatais (GREENHOUSE e STRIJBOSH, 1993:2). Nas sociedades urbanas, as formas não-estatais de ordenação normativa são mais difíceis de serem observadas. Não é por acaso que os grandes estudiosos do pluralismo jurídico tenham começado suas pesquisas sociolegais em sociedades pós-coloniais nas quais o pluralismo jurídico foi um fato da vida óbvio e sem ambiguidade.

O centro da Antropologia do Direito definitivamente se deslocava de questões sobre o efeito da lei na sociedade para uma mais complexa e interativa relação entre formas oficiais e não-oficiais de ordenação. Já o Direito, que era visto como assegurador da ordem, começou a ser utilizado para defender múltiplos interesses. Numa época de contestação, a ideia de estudar as escolhas e as mudanças sociais era muito mais poderosa do que entender que o comportamento era dirigido por padrões culturais e por regras sociais pré-existentis (MOORE, 2001:101).

Já o pluralismo jurídico foi expandido do conceito das relações entre colonizados e colonizadores para relações de grupos dominantes e contradominantes, como grupos religiosos, étnicos, culturais, imigrantes e redes e instituições sociais. Em vez de influências entre dois sistemas separados, onde um parece impor ao outro sua normatização, a nova perspectiva trouxe formas plurais de ordenação coexistindo no mesmo campo social.

A mais representativa e influente visão sobre pluralismo jurídico dessa época foi o conceito de campos sociais semiautônomos de MOORE:

"Em termos de sua semiautonomia - o fato dela poder gerar regras, costumes e símbolos internamente, mas ser também vulnerável a regras, decisões e outras forças emanadas do mundo inteiro que a envolve. O campo social semiautônomo tem capacidade de gerar normas e os meios para induzir ou coagir sua observância; mas é, simultaneamente, fixado em uma matriz social maior que

pode afetar e invadir, e o faz, às vezes a convite de pessoas no seu interior, por vezes em sua própria instância. O problema analítico dos campos de autonomia existe em uma sociedade tribal, mas é ainda uma questão analítica mais central na antropologia social das sociedades complexas. Todos os estados nacionais do mundo, novos ou antigos, são sociedades complexas nesse sentido," (MOORE, 1973:720 e 1978:55-56)

Em 1978, a *International Union of Anthropological and Ethnological Sciences* criou a *Commission on Folk-Law and Legal Pluralism* para congregar todos os professores e pesquisadores do mundo que estudam o pluralismo jurídico. A partir da década de 1980 a Antropologia Jurídica consolida seu caráter inovativo (FULLER, 1994), muito em razão dos estudos históricos, teóricos e empíricos sobre pluralismo jurídico (agora divididos principalmente entre as sociedades indígenas e a sociedade urbana contemporânea). E no final dessa década o pluralismo definitivamente extrapola seu campo inicial e se torna o principal assunto dos estudos sobre direito e sociedade²⁵ (TAMANAH, 2006), o que traz uma diversidade de discussões, motivações e dissensos entre os autores.

O pluralismo e a Antropologia passam a tratar o Direito como um feixe de ideias, recursos materiais e instituições utilizados por grupos sociais e indivíduos em busca de seus interesses (MOORE, 2001:102). Dessacralizado, o reconhecimento do Estado dos diversos ordenamentos normativos sociais deixou de ser central no estudo do pluralismo. As relações entre as diversas ordenações sociais e o Direito tornaram-se mais importantes, consideradas numa interação multidirecional em que umas influenciam e constituem as outras. Por fim, os estudiosos do pluralismo jurídico voltaram suas atenções para formas de regulação social que absorvem os símbolos e operam nas sombras do Direito, entre outras, as prisões, tribunais, órgãos de mediação e controles de imigração (MERRY, 1988:874).

Sob essas premissas, inúmeros estudos pesquisam o pluralismo jurídico na sociedade contemporânea dos Estados Unidos e descobriram que a economia industrial desenhou a experiência normativa dos indivíduos e dos grupos na sociedade (MERRY, 1988), formando uma organização social que é territorializada

²⁵ Nos Estados Unidos aglutinada na *Law and Society Association*.

no local de moradia dos operários e trabalhadores, empregados principalmente nos setores de serviços nos entornos das áreas industriais. A imigração de população para onde está o trabalho construiu cidades e fez a circulação de riqueza e poder ter outra forma. Os trabalhos de Moore, Nader, Merry, Santos e muitos outros autores que pesquisaram o pluralismo jurídico no final da década de 1980 ilustram como existe uma analogia entre a situação dos grupos colonizados e a dos pobres em países industrializados, incluindo as assimétricas relações sociais vividas pelas mulheres. Logo após, no início da década de 1990, foram estudadas, principalmente nos Estados Unidos, as inúmeras formas pelas quais o estado passa a internalizar as formas não estatais de resolução de conflitos para o desafogamento da justiça formal.

Já na a Europa, a Antropologia do Direito recebia menos atenção, principalmente na Inglaterra, onde Fuller destaca que muitos antropólogos sequer conhecem seu objeto e que à Antropologia do Direito é dada menor atenção que à Antropologia Médica (1994:10). Muito porque o objeto de estudo da Antropologia do Direito e do campo de pesquisa do pluralismo jurídico é tratado por juristas mais que por antropólogos.

Uma incrível interconexão do mundo faz nascer uma nova onda de trabalhos sobre pluralismo na década de 1990. A globalização coloca um sem número de questões para pensar as ordenações jurídicas. O Estado perde algo de seu poder e sua soberania em face das novas autoridades globais em assuntos como economia, política e direito, e ainda se vê questionado por mais autonomia regional, inclusive com o esfacelamento de grandes estados em muitos outros menores. O foco no processo de globalização e transnacionalização estimulou um renovado interesse nas estruturas e processos de governança e na mudança da natureza do estado e sua soberania (Franz e Keebet von BENDA-BECKMANN, 2006:4). E a privatização de empresas, funções e serviços antes considerados estatais chega com a ideologia do neoliberalismo, criando novas ordenações não-estatais.

As ciências sobre o Direito têm identificado aspectos da globalização num olhar permeado pelo pluralismo. A proliferação dos tribunais internacionais e as diferentes e específicas ordenações normativas privadas e

multilaterais (comércio, direitos humanos, meio ambiente, saúde etc.) não foram construídas sobre um ordenamento unificado e hierarquizado. Quebrar uma patente para um remédio de combate à AIDS pode ser perfeitamente legal no contexto humanitário e de saúde pública e, ainda assim, questionado como violação de uma regra de comércio e propriedade intelectual. Ao mesmo tempo um cidadão de um país pode questionar nos tribunais internacionais o direito interno frente às normas internacionais. Esses e outros exemplos mostram como a construção de uma ordenação normativa internacional torna mais complexas as relações dos direitos nacionais.

O jurista português Boaventura de Souza Santos, conhecido de perto pela Ciência do Direito brasileira, é considerado um dos grandes expoentes da análise sociológica e jurídica sobre a globalização. E a conexão com o pluralismo jurídico vem de sua tese de doutorado em Yale sobre as ordenações de uma favela do Rio de Janeiro e que pode ser encontrada em *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law* (1977). Outro exemplo é o seu trabalho com Rodriguez-Garavito (2005), que aponta a rejeição da apropriação dos modelos legais e econômicos transnacionais pelas populações locais e organizações não-governamentais e a emergência de uma rede transnacional crítica à globalização neoliberal.

Atualmente, a Antropologia do Direito e a Ciência Jurídica, através do pluralismo jurídico, dialogam para entender a sociedade contemporânea e sua pluralidade de ordenamentos normativos. A produção científica ainda é bastante concentrada nos Estados Unidos, com uma ampla gama de questões como os sistemas religiosos, a ordem econômica e comercial mundial, os conflitos vindos da imigração, a conquista de direitos indígenas no mundo, os regimes de exploração dos recursos naturais. A metodologia utilizada nos Estados Unidos segue os estudos de casos, ainda que cada dia menos centrados em casos judiciais e oficiais.

A Europa também mostra uma produção relevante sobre pluralismo jurídico, marcada por um acento regional e voltada para o direito transnacional e comunitário europeu, a imigração e os sistemas religiosos, as recentes ordenações

democráticas da Europa oriental e o ressurgimento de paradigmas socialistas. Para além do centro e mostrando a abrangência do fenómeno que é reconhecido como mundial, existe produção académica sobre os diversos modelos de reconhecimento de ordens não-estatais adotados pelos estados nacionais, principalmente na Oceania e Pacífico, América Latina, Ásia, África, Índia, especialmente no Canadá e na Austrália.

Ainda hoje, a diversidade de normatizações sobre povos indígenas, direitos humanos e propriedade intelectual, além de questões que envolvem a colonização e a pluralidade jurídica na África são assuntos considerados clássicos no estudo do pluralismo sob qualquer vertente. A rede mundial de computadores, suas redes sociais e suas relações com os direitos nacionais e suas política internas surgem como o mais recente objeto de estudo do pluralismo jurídico. Mas, ainda que haja muitos estudos históricos, teóricos ou empíricos, essa base científica ainda é pequena e insuficiente para compreender a imensa variedade dos sistemas normativos no mundo e suas relações.

No Brasil, o pluralismo jurídico foi tema de estudo de conhecidos professores das ciências jurídicas, com destaque para Joaquim A. Falcão e seu estudo sobre os conflitos de propriedade no Recife (1984), José Geraldo de Souza Jr. com *O direito achado na rua* (1987) e Antônio Carlos Wolkmer em sua obra *Pluralismo Jurídico* (1994). Todos os estudos sobre pluralismo jurídico pelo direito brasileiro analisam as manifestações jurídicas nascidas dos movimentos sociais brasileiros e fortificadas no processo de redemocratização da década de 1980. Mas é na Antropologia do Direito brasileira que o pluralismo tem uma interessante e atual pesquisa empírica²⁶ a envolver pluralismo jurídico, estado e direitos humanos, direitos coletivos, alteridade, violência, justiça criminal, polícias, questões de gênero e direitos sexuais, movimentos sociais, questões infanto-juvenis. O Núcleo de Antropologia do Direito da Universidade de São Paulo, coordenado por Ana Lúcia Pastore, e o Encontro Nacional de Antropologia do Direito são produtores dos melhores trabalhos em Antropologia do Direito no Brasil. Outro centro de destaque

²⁶ Um dos estudo mais interessantes da antropologia do direito no Brasil é *Junto e misturado: uma etnografia do PCC* de Karina Biondi, 2010.

no estudo do pluralismo jurídico é o Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

2.2 Pluralismo jurídico

Todas as ciências sociais (Filosofia, Antropologia, Sociologia e Direito) trabalham²⁷ com o fenômeno ou mesmo o conceito analítico de que toda sociedade tem, em maior ou menor quantidade e complexidade, várias dimensões de ordenação social e jurídica²⁸. Ou seja, uma pluralidade de ordenações jurídicas que se inter-relacionam. Pluralismo jurídico é usualmente tido como o fenômeno de duas ou mais ordens normativas coexistirem no mesmo campo social. Trata-se de conceito que não descreve um tipo de sociedade, mas todas elas, principalmente as sociedades pós-coloniais e as sociedades contemporâneas. Tomando tudo isso em conta, o pluralismo jurídico ganha muitos desenvolvimentos: em estudos empíricos, na Ciência Política, Filosofia, Sociologia e Ciência Jurídica; na prática política e nos direitos nacionais. Mas, como já foi visto, a antropologia do direito tem papel central nessa análise, pois nasce do estudo dos sistemas jurídicos dos diversos povos do

²⁷ Nas últimas duas décadas a noção de pluralismo jurídico se tornou uma grande questão na Antropologia e Sociologia Jurídica e na Ciência do Direito, ainda que seja não-usual um conceito penetrar tão intensamente em diferentes disciplinas (TAMANAH, 2006:375).

²⁸ Porque que é tão difícil achar uma palavra que englobe o conteúdo jurídico de uma sociedade? Porque é difícil circunscrever formas de ordenação social estritamente jurídicas. Direito é o ponto de partida para se falar de ordem, ordenamento e chega-se finalmente a descrever a vida social. Não há limites que separem o que é jurídico do que não é. O objeto regulado pelo Direito é tão vasto que chega hoje a ordenar todas as relações da vida social. Usar o termo Direito (ou *law*, em inglês, que é a língua das ciências hoje) pode confundir ainda mais a análise? Ainda há espaço para diferenciar o Direito como fundamentalmente diferente por exercer um tipo coercitivo de poder e monopolizar o poder simbólico que é associado com a autoridade estatal?

Aqui, preferiu-se utilizar ordenação social/jurídica, que não se restringe a um aspecto apenas jurídico, mas que procura uma íntima relação com o objeto tão vasto que é o regulado pelo Direito.

Os trabalhos clássicos falavam em Direito e costume (*law e custom*). Merry (1988: 875) alertou para o fato de que uma variedade de termos são utilizados para definir os sistemas ou ordens ou ordenamentos normativos que fazem uma situação juridicamente plural. Ela mesma utiliza a expressão ordens normativas para evitar o perigo de imputar ao ordenamento não vindo do Estado os atributos do ornamento estatal.

O fato de que hoje muitos artigos da Antropologia não se importam em utilizar a palavra *law e state law*, que parecem prosperar, enquanto os artigos de outras ciências, sobretudo o Direito, parecem utilizar outras palavras para determinar o que se chama aqui de ordenação ou organização social, como o faz a Constituição brasileira, ou ainda de ordenamento normativo, uma dimensão de regulação da organização social (BENDA-BECKMANN, 2002:48), quando se procura ser mais específico em relação a uma possível qualidade jurídica (nas suas abrangentes variedades encontradas empiricamente como estrutura, forma, conteúdo, significado etc.). Esse conceito pode levar ao risco de definir os sistemas jurídicos tão amplamente que todas formas de controle social estariam incluídas (COMAROFF e ROBERTS, 1981). Com o que se está absolutamente de acordo, principalmente ao falar sobre povos indígenas, é que o conteúdo do que seria uma ordenação jurídica indígena só pode ser definida dentro de cada experiência concreta, por cada povo indígena.

mundo para depois ampliar suas atenções para as relações entre as ordenações sociais em toda sociedade contemporânea.

Hoje, o estudo do pluralismo jurídico parte da compreensão sobre as diversas sociedades como um mosaico de indivíduos e seus diversos grupos numa complexa rede de relações. Todos eles têm sua existência em uma larga medida ligada a um, dois ou mais ordenamentos sociais que definem o comportamento de seus membros. De acordo com Moore, essa multiplicidade de sistemas legais, cujas disposições legais necessariamente diferem umas das outras, algumas vezes ao ponto de se contradizerem, refletem precisamente o padrão cultural dos subgrupos da sociedade (1978:125). Ou seja, as ordenações são elementos da vida cultural e social de uma sociedade, em seus diversos subgrupos.

São centrais no conceito de pluralismo jurídico: a existência de muitas formas de ordenação social agindo numa mesma sociedade ou num mesmo grupo - e a pergunta necessária de como delimitá-las para o estudo, o que pode envolver o seu conteúdo - e quais as relações entre as ordenações. Essas questões devem ser provadas por estudos empíricos, começando pela questão de sua identificação (e correspondente delimitação do tema).

Para começar a definir o conteúdo do que são as ordenações sociais com um conteúdo jurídico, por aproximação, Tamanaha (2006:397) identifica seis formas de ordenação normativa que são comumente discutidas nos estudos sobre o pluralismo jurídico: os sistemas jurídicos oficiais, os sistemas normativos costumeiros, os sistemas normativos religiosos, os sistemas normativos econômicos/capitalistas, os sistemas normativos funcionais²⁹ e os sistemas normativos comunitários.

Uma dessas ordenações sociais é o Direito. Em verdade os Direitos, ou os ordenamentos jurídicos de cada Estado nacional. Não há como duvidar do poder e do papel que os direitos ocupam atualmente no ordenar da sociedade. Os Direitos nacionais são cada dia mais compreensivos de toda a realidade social. Num passado

²⁹ Universidades, sistemas escolares, hospitais, museus, ligas esportivas e a internet (como rede) são exemplos.

recente, e mesmo agora, acreditava-se que o Direito vinha do Estado, uniforme para todas as pessoas, hierarquizado e administrado por um conjunto coeso de instituições oficiais, que excluía outras formas de ordenação social. Griffiths (1986) chamou essa ideologia de centralismo jurídico (*legal centralism*) e outros enxergam-na através da versão monista-positivista do Direito.

A ideia do Estado moderno fundado no Direito como sistema de ordenação social único foi uma construção que começou no Absolutismo e foi completada pelas revoluções burguesas-liberais, em contraposição à multiplicidade de normatividades da Idade Média³⁰. A consolidação do Direito estatal teve como aspecto primeiro a implementação de um aparato administrativo para recolher impostos e assegurar o cumprimento da lei, julgando e punindo a heterogeneidade (TAMANAH, 2006:380). Esse modelo de Estado moderno se espalhou na esteira da colonização europeia com muito sucesso³¹ e hoje é impossível não reconhecer que todas as pessoas do mundo estão formalmente sujeitas aos ordenamentos jurídicos nacionais (ROBERTS, 1979:206). A ideologia em parte se transformou em fato, afinal o pensamento jurídico é constitutivo de realidades sociais, não simples reflexo delas (GEERTZ, 1983:232). Dessa forma, o Direito vindo do Estado terá sempre uma grande atenção na análise do pluralismo³², principalmente pelo seu importante papel em todas as sociedades contemporâneas.

No entanto, o Direito do Estado moderno não tem nenhuma importância intrínseca para análise do pluralismo jurídico pela Antropologia do Direito. O Direito do Estado não pôde ser onipresente ou efetivo por um número infinito de razões, mas "*geralmente o direito estatal foi marcadamente distante das ordenações locais, estabelecido na linguagem do colonizador, que muitos povos indígenas não falam, com alcance efetivo limitado às áreas urbanas, onde a presença institucionalizada do sistema jurídico estatal foi mais forte*" (TAMANAH, 2006:384).

³⁰ No mesmo sentido, Roberts (1998:98) e Tamanah (2006:380).

³¹ Inclusive chegando ao ápice da ideologia de ser um sistema político e jurídico único que pretendia dominar e reger todas as relações sociais como se deu nos regimes totalitários do século XX.

³² "*Ser ou não o direito estatal central politicamente é uma questão empírica*" (Benda-Beckmann, 2002:58).

Mas, ainda assim, a ideia de estado moderno fundado num Direito organizador, hierarquizado, consistente e previsível é poderosa, inescapável ainda hoje para pensar o desenvolvimento econômico e social de uma sociedade. Mas a realidade dos fatos aponta para uma complexidade bem maior. Os Direitos nunca chegaram a prevalecer sobre todas as experiências normativas³³, pois são inconsistentes, assistemáticos e quase incompreensíveis, além de demandarem muitos recursos para sua aplicação, entre muitas outras questões envolvidas. Sua supremacia também é discutida até mesmo nas hipóteses em que o Direito transformou outras experiências normativas em normas e instituições suas (TAMANAHA:381). Um exemplo são as relações da família, que foram normatizadas pelo Direito, mas que continuaram retendo parte de sua autonomia. Da mesma forma, muito do poder político, econômico e social não é regulado primeiramente pelos Estados e seus Direitos. Ou seja, nem toda ordenação da sociedade pertence ao Direito ou é administrada por instituições estatais. Os Direitos nacionais necessariamente coexistem e enfrentam as ambiguidades e resistências no relacionamento com outras formas de organização social.

A coexistência com outras ordenações que não os Direitos nacionais sempre é mais reconhecível quando os direitos estatais aceitam outras ordens sociais e normativas a serem aplicadas a específicos grupos sociais³⁴, em geral destacados por suas características étnicas, religiosas, geográficas ou nacionais. Muitos exemplos foram observados nas sociedades coloniais e pós-coloniais, mas não se restringem a elas, já que foram adotados como técnica de governança em seu nível pragmático por quase todos os Direitos dos Estados nacionais.

Griffiths (1986:5), em seu clássico artigo *What is legal pluralism?*, colocou os sistemas coloniais baseados no costume, aqueles reconhecidos pelos Estados, fora do âmbito de análise da Antropologia ao separar o pluralismo sob dois

³³ "Elas não desapareceram, mas ocorreu uma transformação em seu status. Algumas dessas normas e instituições continuaram a obter reconhecimento e o poder sancionatório dos sistemas jurídicos estatais; outras normas continuaram a serem exigidas e observada em restritos contextos sociais ou religiosos. A característica chave que elas perderam ao longo do tempo foi sua anterioridade, sua autonomia e permanência sob status jurídico." (TAMANAHA, 206:381)

³⁴ Chamada de versão fraca do pluralismo jurídico por Griffiths (1986), de pluralismo jurídico clássico por Merry (1988:872), de pluralismo jurídico controlado por Vanderlinden (1971), e de pluralismo jurídico estatal por Wolkmer (2001).

enfoques: para as ciências sociais, como a coexistência dentro de um grupo social de ordens jurídicas que não pertencem a um sistema único; ao lado, o enfoque jurídico, como o problema específico de um sistema dual criado quando os países europeus estabeleceram colônias sobrepondo seus sistemas coloniais às preexistentes ordenações sociais.

Essa técnica de convivência entre sistemas jurídicos persistiu mesmo depois da independência dos países colonizados e hoje é encontrada na maior parte dos Direitos nacionais (GRIFFITHS, 1986:6). Diferentes regras são destinadas a diferentes grupos da população variando com a etnia, religião, nacionalidade ou localização geográfica. As ordenações dos grupos sociais são aceitas e tornam-se dependentes do sistema jurídico estatal.

Ainda para Griffiths, essa relação de aquiescência pelo Estado adiciona uma formidável camada à complexidade normalmente incidente ao sistema jurídico uniformemente superposto do Estado. O sistema estatal se sente obrigado pela recalcitrante realidade social a aceitar a validade das ordenações não-estatais, então consideradas uma forma inferior de Direito. No processo de colonização e construção da nova nacionalidade, a heterogênea população dos Estados coloniais sofreu uma tentativa de fusão numa população homogênea que os Estados modernos acreditavam apreciar. Para esse autor, a aceitabilidade das demais ordenações sociais é meramente um arranjo específico num sistema de ideologia básica centralista, pois geralmente percebida como uma necessária acomodação de uma situação social problemática. Afinal, a unificação continua a ser a meta do Estado.

Essa situação cria uma complexidade de problemas jurídicos, como a necessidade de decidir quando as normas dos subgrupos se aplicam a uma certa transação ou conflito, a qual grupo um indivíduo pertence, como uma pessoa pode mudar a lei que é aplicada a ela, que tipo de lei é aplicada a um conflito entre pessoas de diferentes origens, ou a conflitos que envolvem questões diferentes e em que áreas territoriais os sistemas jurídicos dos subgrupos são aceitos (GRIFFITHS:7)

Mas, como diz Franz von Benda-Beckmann, *"não há razão por que também não deva ser levada em conta no estudo do pluralismo jurídico toda a*

construção de estruturas jurídicas plurais por políticos ou operadores do direito"(2002:71). Incluindo aí a ordenação do Estado, ou os Direitos nacionais, voltadas para a relação de dominação dos povos indígenas.

Além do tradicional, o pluralismo jurídico também descreve e cuida de outras formas de regulação social que refletem a vida na sociedade contemporânea. São as regulações encontradas na família, no trabalho, no mercado, nas pequenas vilas e cidades, no mundo rural, nas corporações, nos sindicatos, nas escolas e universidades, nos hospitais, nas rodoviárias e aeroportos, nas igrejas e práticas religiosas, nas associações políticas, esportivas e profissionais, entre grupos de imigrantes³⁵ etc. Elas nem sempre são visíveis, já que elas desaparecem da vista precisamente quando são mais efetivas, ou seja, quando elas não se parecem com regras, mas aparentam ser respostas a uma realidade imediata, como parte de "assim como as coisas são" (FULLER, 1969a:540). Esses exemplos são, ao lado dos órgãos e instituições estatais, os locais de produção das regulações sociais (nomeados de muitas formas por quem analisa o pluralismo - *arena* para Tamanaha, 2000 e 2006, *semi-autonomous social field* para Moore, 1973 e Ghiffiths, 1986).

Essa dicotomia Estado-sociedade no estudo do pluralismo jurídico não pode ser exagerada. Afinal, o Estado é também um grupo, uma construção social (SEZGIN, 2004:103) e as relações entre ele e outras ordenações nem sempre são precisas e identificáveis facilmente. Os limites da sociedade e do Estado são também objeto de estudo em todo o pluralismo, ainda mais quando trata dos processos de convivência de duas ou mais ordens dentro dos signos estatais como os tribunais, as polícias, a burocracia pública, identificando os grupos que se colocam como detentores desse poder.

Trabalhos recentes também incluem no âmbito de análise do pluralismo jurídico as ordenações globais (entre outros TEUBNER, 1997; KEEBET

³⁵ Neste trabalho não há idealização sobre os sistemas jurídicos não ligados ao Estado. Eles não são mais virtuosos, eficientes, justos ou igualitários. Eles podem refletir preocupações estreitas e paroquiais, são baseados em relações de dominação, sua coercitividade pode ser rigorosa e indiscriminada. Garantias e recursos julgados publicamente podem não existir para proteger os indivíduos. Provavelmente por serem mais familiares, próximos aos indivíduos e grupos, compreensíveis por serem passados oralmente e na língua falada pelas pessoas, ganhem características diferentes do Direito vindo do Estado.

VON BENDA-BECKMANN, 2001; SANTOS, 2002; MERRY, 2007; BERMAN, 2007). A globalização do direito leva a uma nova forma de governança cujas relações entre os Estados nacionais e seus Direitos são renegociados interna e externamente, redefinindo o papel do Estado nacional. Para Teubner (1997:2-5) o direito global não é - como é usualmente compreendido o Direito Internacional - um ordenamento jurídico subdesenvolvido construído sob liderança política dos Estados nacionais, mas um processo normativo altamente especializado e técnico vindo de uma multiplicidade de atores. Certamente as ordenações das atividades da internet, das empresas multinacionais, do sistema financeiro, das organizações não-governamentais, das instituições religiosas são bastante plurais e escapam dos limites territoriais e das autoridades dos Estados nacionais.

A ordenação de muitas atividades envolve, numa hibridização sem paralelo, os Estados nacionais, o Direito Internacional, as instituições globais formais e não formais, ordens não-estatais, organizações não-governamentais e movimentos sociais internacionais, auto-regulamentações e profissionais do Direito. Um exemplo sempre citado de ordenações globais é a nova *lex mercatoria*, um ordenamento de regras e organismos sobre transações comerciais internacionais que não é inteiramente atada a nenhum sistema jurídico internacional ou de qualquer Estado nacional (TAMANAHA, 2006:388).

Para Franz e Keebet von Benda-Beckmann (2006:31): "*Em muitas partes do mundo nós podemos observar uma tendência com destino a mais pluralidade nos ordenamentos jurídicos e nas tradicionais ou autoproclamadas autoridades políticas dentro e além do ordenamento estatal, como uma consequência de uma transnacionalização do direito e da emergência de novas versões de direitos religiosos ou tradicionais*".

A globalização impõe ao estudo do pluralismo jurídico uma nova gama de fenômenos, entre eles a grande imigração de pessoas entre os países. Grandes grupos de imigrantes deixam a vida rural ou urbana de seus países e procuram melhores condições de vida, emprego e segurança em outros países. Consigo levam suas vidas, seus familiares e suas culturas, suas línguas, refazendo

suas comunidades nos países que os acolheram. Não raro suas ordenações sociais e religiosas continuam regulando seu comportamento na nova terra. Uma série de estudos enfocam as imigrações e procuram mostrar as relações entre as diversas ordens envolvidas. Por exemplo, Yilmaz (2002) mostrou como uma comunidade de muçulmanos continua a praticar a poligamia na Inglaterra, pois admitida pela religião mulçumana, ainda que proibida pelo Direito inglês. Outro exemplo são as federações e comitês esportivos mundiais, entidades privadas, que ditam as normas esportivas que afetam a vida e as relações sociais, no âmbito do lazer, profissão ou indústria de muitas pessoas. Mas é a criação da União Europeia o maior exemplo de várias ordens convivendo em um mesmo grupo social, com extrema organização e tentativa de uniformidade.

Ao final da discussão sobre em qual âmbito o pluralismo jurídico é encontrado não se pode esquecer que é o comportamento e as relações do indivíduo com os outros da mesma sociedade que são governados por múltiplos sistemas normativos, tenham eles naturezas legais ou não-legais. Esses múltiplos sistemas normativos emanam de várias redes sociais às quais o indivíduo pertence. Ou seja, o indivíduo pode ser sujeito a tantas ordens normativas quantas redes de relacionamento participar (e ele está voluntariamente ou não nessas redes de relacionamento). Cada uma pretende impor suas ordens de regulação em maior ou menor grau de exclusividade. Mas é o indivíduo que, em primeiro lugar, escolhe quais mecanismos e normas vão determinar seu comportamento³⁶ diante dos outros (VANDERLINDEN, 1989), olhando para as vantagens e a efetividade de cada ação sua, seu senso de deveres e obrigações com o grupo e a legitimidade de cada ordenação (Ardito, 1997:28-29). E os muitos estudos do pluralismo clássico sobre as ordenações normativas dos povos indígenas mostraram como para cada indivíduo é aplicada uma regra específica. O indivíduo é o campo de batalha (VANDERLINDEN:151), o centro do pluralismo jurídico.

Sabido que os indivíduos e os grupos sociais criam uma série de ordenações sociais, existe um conteúdo específico nessas ordenações? Afinal, a

³⁶ "o Direito na sociedade moderna é plural mais do que monolítico, é privado bem como público no seu caráter e o sistema jurídico nacional (público, oficial) é frequentemente secundário mais do que um local primário de regulação" (GALANTER, 1981:20).

definição do fenômeno jurídico (ordenação social, direito, sistemas jurídicos ou ordenamento normativo) foi uma das questões centrais para delimitar a análise do estudo do pluralismo jurídico.

Toda a literatura aceita sem exceção que regras e normas, estatais ou não, escritas ou orais, expressas ou implícitas constituem o que se conhece por ordens normativas. Mas esse é o conteúdo inicial para incluir práticas, princípios, processos, estruturas físicas e mentais, instituições, discurso, comunicação, profissionais, governo, solução de conflitos, realização de fins coletivos e tantas outras dimensões no conceito. E que o fenômeno jurídico é também representação, organização, controle social, poder, história, justiça e cultura. "*Onde se parou de falar de Direito e se está simplesmente descrevendo a vida social?*"; perguntou Sally Engle Merry, em *Legal Pluralism* (1988).

Não se tem um consenso final, talvez por ser o pluralismo jurídico um conceito a ser definido empiricamente diante das sempre presentes e aceitas diversidades e indefinições. Em paralelo, tampouco na Ciência Jurídica se tem um conceito universalmente aceito sobre o que é o Direito.

Mas definir a existência de ordenações organizacionais pelo seu conteúdo, centrado no aspecto jurídico, instalaria um paradoxo, afinal, como analisar a pluralidade focando numa concepção e num fenômeno basicamente ocidental?

Ressaltando novamente que o fenômeno jurídico é cultural, histórico e diverso entre as sociedades estudadas, sem nunca poder encontrar limites precisos e fixos, Tamanaha em seu artigo *An Non-essentialist Version of Legal Pluralism* afirma que o direito "*não tem essência. Um conceito não-existencialista de direito exige que o direito seja concebido em um caminho que é vazio ou ao menos não pressuponha qualquer conteúdo ou natureza específicos. Mas isso é impossível, um conceito sem conteúdo não é um conceito de qualquer modo. Formular um conceito de direito, portanto, não funciona. Em vez disso é preciso uma forma de identificar o que é direito que não seja ele mesmo um conceito de direito, mas sim, como a aproximação de Teubner, a especificação de critérios para identificação e delimitação de direito. Aqui está ela: Direito é qualquer coisa que as pessoas identificam e*

tratam em suas práticas sociais como 'direito' (ou recht, ou droit etc)" (2000:313). Dessa forma, o conteúdo do fenômeno jurídico é variável em cada sociedade, não podendo ser descrito por uma construção teórica de qualquer ciência social, inclusive da Ciência do Direito.

Vencida essa etapa e rememorando que a coexistência de várias ordens, entre elas o Direito, regula a vida dos indivíduos, deve-se estudar quais são as relações entre essas ordenações. E, como se viu até aqui, por serem as ordenações normativas muitas e diversas é fácil imaginar que são ilimitadas as relações que elas constroem entre si.

Elas se ignoram, interagem, frustram, complementam, influenciam, misturam, interpenetram, apoiam, abraçam, e se sobrepõem umas às outras. Para Woodman (1996:158) é bem realista ver as ordenações jurídicas, incluindo os ordenamentos jurídicos estatais, como derivados de múltiplas fontes de validade, potencialmente cheios de inconsistências, fundidos pela união de outros corpos jurídicos em diferentes graus que as circundam. Consequentemente, de uma perspectiva pluralista, pode-se dizer que não existem ordenações sociais isoladas e homogêneas.

Para a maioria dos povos, as diversas ordenações sociais sempre existiram e nunca foram estáticas. Elas sempre estiveram num processo de desenvolvimento e adaptação, embora em tempos recentes a mudança social tenha ocorrido de modo mais rápido e as pressões pela mudança legal tenham ficado mais radicais e fortes (WOODMAN, 1996:156). Esse processo de transformação é uma parte da dinâmica do pluralismo jurídico (FRANZ e KEEBET VON BENDA-BECKMANN, 2006:9)

Na proposta de análise da sociedade contemporânea pelo pluralismo continua cada dia mais válido o aviso de que as relações entre Direito e outras ordens normativas requer atenção à história, aos contextos locais e às culturas dos indivíduos e grupos envolvidos (HENRY, 1985:315).

A contextualização das relações entre o Direito e as outras ordenações de regulação social parece mostrar que existe hoje uma forte influência do Direito, ainda que descartada a sua onipresença e onipotência. O que se quer dizer é que os diversos sistemas de regulação contemporânea são em alguma medida desenhados com inspiração nos símbolos e limites do Direito estatal. De muitas formas, o Direito esculpe com sua ideologia outras ordens normativas, que replicam as estruturas e a forma simbólica do ordenamento estatal (HENRY, 1983). O pluralismo jurídico descreve como o Direito penetra e reestrutura outras ordens através de seus símbolos e da sua coerção direta. As atividades regulatórias e administrativas - mesmo quando são extremamente informais, improvisadas e distantes do Direito estatal - são moldadas pela consciência das pessoas sobre o poder e a autoridade do Estado em suas vidas (GREENHOUSE e STRIJBOSCH, 1993:3).

Mas por outro lado e ao mesmo tempo, as ordens não-estatais resistem e contornam essa penetração ou mesmo capturam e usam o capital simbólico do Direito na sua atividade de regulação social. Até mesmo quando o Direito não é utilizado, ele serve como elemento de barganha ou de padrão para regulação. Mas, como são vários os graus de autorregulação, congruência e confiança no reconhecimento do ordenamento e das instituições estatais (GALANTER, 1981: 22), essas relações são bastante peculiares. No mesmo caminho, o Direito não escapa de ser constituído pelas ordens não-estatais, afinal ele também pode emprestar, e empresta, os símbolos das muitas outras ordenações sociais.

Nas suas disputas por poder e autoridade, as diferentes ordenações antecipam as interações e criam regras e instituições para lidar com essa coexistência e com o possível confronto. Mas muitos desses conflitos e confrontos permanecem não resolvidos e até ignorados. Outros conflitos são utilizados por indivíduos e grupos para uma mudança na ordenação, como as mulheres que utilizam as normas de direitos humanos ou dos direitos nacionais para conseguir proteção do Estado contra opressões dos sistemas tradicionais onde estão inseridas ou mesmo de empresas que ameaçam fugir de impostos maiores levando suas sedes e atividades para outros países.

Mas a descrição das relações de forma genérica não pode ir muito além disso, afinal, só pode ser capturada especificamente através de estudos empíricos que cuidarão da diversidade existente. Para concluir esse resumo sobre o pluralismo jurídico, de acordo com Sally Falk Moore, hoje ele se refere a: (1) forma como o Estado reconhece os diversos campos sociais e representa a si ideológica e organizacionalmente em relação a eles; (2) a diversidade interna da administração estatal, as múltiplas direções nas quais essas subpartes oficiais lutam e competem pela autoridade jurídica; (3) as formas como o Estado compete com outros Estados em grandes arenas (a União Europeia por exemplo), e com o mundo para além dessa arena; (4) a forma como o estado está ligado (interna e externamente) à organizações sociais que geram suas próprias (não formais) normas e como elas podem induzir ou coagir seu cumprimento; (5) as formas nas quais o Direito pode depender da colaboração das organizações sociais para sua implementação; e muito mais. (2001:107).

Ou seja, está *"claro que muito do debate que cerca o legal pluralismo não é uma discussão sobre palavras, mas é frequentemente um debate sobre a situação do Estado de hoje, que pergunta onde o poder atualmente reside"* (MOORE, 2005:357).

2.3 Pluralismo jurídico, Estado, Direito e povos indígenas no Brasil

Serão expostos a seguir alguns reflexos, desafios e oportunidades que o pluralismo jurídico desperta nas atuais relações da sociedade brasileira e do Estado brasileiro com os povos indígenas brasileiros. Assumir a existência de uma pluralidade de ordenações sociais e jurídicas coloca algumas questões para o Direito e para a organização e ação do Estado. Essas questões também servirão como um corte inicial e geral na delimitação do capítulo seguinte, que explorará o estágio atual do reconhecimento e do respeito das ordenações sociais dos povos indígenas pelo Direito brasileiro.

Antes, é preciso lembrar que as diversas ordenações sociais convivem e travam diversas relações entre si: podem exercer suas regulações em âmbitos e momentos diferenciados; em outros, ignoram-se umas às outras ou fogem de um possível confronto; por vezes agem de forma congruente, inclusive apoiando-se mutuamente. Uma dessas ordenações, o Direito brasileiro, sempre ditou juridicamente uma relação da sociedade brasileira com os povos indígenas. Ver-se-á no capítulo seguinte que suas normas e instituições trataram e tratam os povos indígenas de forma ambígua. Em alguma medida autorizaram a submissão de seus interesses aos interesses do colonizador ou do Estado. Por outro lado, protegeram-nos numa relação marcada pela desigualdade. De forma geral, impõem um determinado modelo jurídico de relação entre a sociedade e os povos indígenas.

Esse modelo de relacionamento social, normatizado pelo Direito e aplicado por instituições construídas juridicamente, é diariamente reescrito por todos os seus atores. Um momento crucial foi a promulgação da Constituição de 1988. A democratização e a Constituição de 1988, com suas garantias e direitos, possibilitou a experiência inédita do protagonismo cultural e político dos povos indígenas e da conquista de autonomias. Eles lutaram pelo reconhecimento de seus territórios, por uma assistência adequada na educação e na saúde e, de forma geral, pelo respeito e afirmação da cultura indígena.

Ao tempo da nova onda de interiorização do Brasil na década de 1990-2000 pôde-se verificar uma recentemente intensificação das relações multilaterais entre os povos indígenas com a sociedade brasileira. Essa intensificação reforçou a mudança de padrões culturais de muitas etnias indígenas, agora principalmente das localizadas nas fronteiras de expansão agropastoril no Centro-Oeste e Norte do país. Com ela seguiu outra onda de restrições aos direitos dos povos indígenas e uma disputa ferrenha por territórios. Uma gama variada de fatores econômicos, sociais e políticos³⁷ parece ter levado ao redesenho de muitos direitos

³⁷ Dentre os principais, destaca-se o crescimento econômico e a influência política do agronegócio e das religiões cristãs, o desenvolvimento de programas do governo federal para área social e de infraestrutura e o aumento da judicialização das relações sociais, da relevância do Poder Judiciário e a centralização decisória do Supremo Tribunal Federal.

dos povos indígenas, inclusive com uma nova e restritiva interpretação da Constituição de 1988.

Nesse caldeirão de novidades jurídicas nada confortáveis, a visão que se tem do papel do Direito na sociedade afeta, ainda que indiretamente, o relacionamento com os povos indígenas brasileiros. Não querendo adiantar a análise do capítulo seguinte, a restrição de direitos indígenas aponta para uma relação da sociedade, do Estado e do Direito mais desenvolvimentista e autoritária, que está se afastando da proteção e do diálogo com os povos indígenas. Com esse quadro, impossível não reconhecer que o pluralismo jurídico vem carregado de uma mensagem política (MOORE, 2001), que pede mais democracia.

A Antropologia do Direito, por um lado, reconhece os limites na capacidade do direito de transformar a vida social, mas, por outro aponta que o direito estimula mudanças cujas consequências podem ser previsíveis, algumas vezes não esperadas ou até mesmo negligenciadas (BURMAN AND HARREL BOND, 1977). Mas são vários caminhos a serem escolhidos, entre eles o que fabrica desastres sociais ou o que pode ajudar a prevenir e reparar alguns deles. Com o risco de viver um desastre nas relações com os povos indígenas, existe uma urgência e uma necessidade de pensar quais serão os resultados desse novo desenho do Direito brasileiro. Quais os efeitos das novas leis e instituições do Estado criadas para o relacionamento com os povos indígenas?

Um bom começo de resposta, tendo como meta respeitar a pluralidade social (inclusive a jurídica) é considerar a existência de uma diversidade de povos e uma complexidade de relações entre eles, a sociedade e o Estado brasileiro. Avançando mais um pouco, é lembrar que essa diversidade social traz consigo contextos históricos e culturais únicos que exigem sempre um tratamento individual e particularizado dessas relações. Necessário ainda aprofundar a complexidade e reforçar a particularização: invocam-se povos indígenas, índios, indígenas como uma abstração necessária. Ainda que sejam tratados por Avás, Nambikwaras ou Mebêngôkres continua-se em categorias genéricas utilizadas para reunir uma disparidade de indivíduos e grupos que desconsideram suas histórias de

vida, visões de mundo, crenças e valores, simplificam e reduzem a um estereótipo. Esses indivíduos e grupos são completos de relações sociais. Dessa forma, ainda que o Direito estatal tenha como pressuposto ser construído em normas de caráter geral e indeterminado, a ser aplicado indistintamente a todos, é necessário que ele comporte mecanismos que consigam lidar com a diversidade e individualidade dos povos e indivíduos indígenas.

Sobretudo, é necessário fugir do etnocentrismo. O branco, europeizado, não pode ser a única medida para a sociedade, muito menos para os povos indígenas. Por outro lado, o outro não pode ser pensado como exótico, excêntrico, anormal e primitivo. Todos que constroem o Direito e se relacionam formalmente com os povos indígenas deveriam possuir uma boa dose de informação sobre as sociedades indígenas e compreensão de seus valores culturais e aspirações. Principalmente, não se podem impor os valores da sociedade, através do Direito, aos povos indígenas. A proposta de um Estado Democrático de Direito deve ser proteger os direitos indígenas e procurar e defender o diálogo e a negociação em bases mais igualitárias.

Na experiência dos estados liberais e democráticos contemporâneos se aceita que a diversidade e a pluralidade de culturas só pode ser acomodada através de medidas constitucionais e legais especiais. Kymlicka (1995:27), numa visão política bastante liberal (ao estilo norte-americano), identifica três grupos de direitos das minorias: autogoverno (ou autodeterminação numa versão mais comum), poliétnicos e representação especial.

O direito de se autogovernar é a delegação de poderes às minorias nacionais. Ele resume a liberdade plena de desenvolvimento das culturas e interesses dos povos indígenas. A autonomia política e jurisdição territorial são os meios mais frequentes para atingir o direito à autodeterminação. Os povos indígenas do mundo inteiro têm se organizado politicamente de forma cada vez mais intensa para ter controle sobre seu desenvolvimento. Para isso exigem o direito de terem respeitadas e reconhecidas suas formas de organização e governo, seus territórios e os recursos naturais; o direito de conduzirem uma educação diferenciada que promova suas

línguas nativas e seja direcionada para a diferença; o direito de participarem da construção e implementação das políticas públicas que os afetem; o direito à saúde para todos e oportunidades para superar sua situação de fragilidade e desigualdade social. Todos esses direitos, em especial a autonomia política, o domínio sobre os territórios indígenas e o direito de participação colocam bons desafios para a forma como se deve pensar o Estado e o Direito contemporâneo. Como encarar essas unidades autônomas dentro da descentralização do Estado? Como o Estado (em suas diversas formas de organização) deve se relacionar com os povos indígenas?

Os direitos poliétnicos são aqueles que garantem a expressão e o orgulho da diferença e procuram preservar e proteger a riqueza e diversidade cultural. São direitos que trazem a proteção contra o racismo, o preconceito e a discriminação (e a imposição pela sociedade e pelo Estado da cultura majoritária) e que promovem as manifestações culturais, como as línguas, religiões, costumes, crenças etc.

Os direitos de representação especial procuram reequilibrar a representação da população, em especial das populações minoritárias e entre elas as indígenas, no processo político dos Estados liberais. Mas seu objetivo principal é evitar que as instituições políticas de um país ignorem as posições das minorias étnicas e culturais. As democracias liberais representativas não conseguem traduzir em suas instituições a composição da sociedade, geralmente dominadas por homens brancos, capazes e proprietários³⁸. É preciso incluir os grupos sub-representados das mulheres, dos pobres, das pessoas com deficiência e das minorias étnicas e raciais. Esses direitos são vistos como respostas à opressão e à sistemática desvantagem que esses grupos sofrem. Por isso são consideradas ações afirmativas temporárias. Podem ser também encarados como direitos com extrema vinculação com os direitos de autogoverno, tendo em vista ser impossível uma representação plena sem mecanismos

³⁸ Os diversos grupos sociais têm assimétricas oportunidades de ocupar posições em governos ou nos ordenamentos legais estatais. Onde esse é o caso, existem diferenças entre os vários grupos e seus membros em buscar e se identificar com o governo e o Direito estatal. Nessas situações o governo e o Direito oficial podem ser vistos não como instituições democráticas, denunciada sua cooptação e sua captura por interesses de grupos que os controlam. No mesmo sentido, para Wolkmer, *"o grau dessa validade pressupõe o reconhecimento da identidade de direitos dos sujeitos sociais (aqui incluindo os grupos culturais minoritários), de suas diferenças, de suas necessidades básicas e de duas reivindicações por autonomia"* (2010:39).

para garantir uma devida consulta e consentimento nos assuntos nacionais que afetem os poderes dos povos indígenas.

Todas essas dimensões de direitos devem estar contempladas quando se fala em reconhecer e respeitar os ordenamentos sociais e jurídicos dos povos indígenas. Mas há uma grande variação no espectro do reconhecimento e proteção do pluralismo jurídico pelos Estados nacionais, embora os Direitos nacionais sempre tenham reconhecido as diferenças culturais das coletividades sociais em seus termos jurídicos (HOOKER, 1975). Um Direito e um Estado são pluralistas quando aceitam que diferentes ordenações sociais, normativas e não-estatais devam ser aplicadas a diferentes grupos da população de um país e que o controle desse processo esteja em boa medida nas mãos desse grupos.

O reconhecimento da pluralidade jurídica deve ser pensado como forma de o estado conseguir a legitimidade do Direito por vias democráticas, participativas e inclusivas; não pode ser encarada como o reconhecimento de uma forma inferior de Direito, utilizada para acomodar uma situação percebida como problemática. Nas palavras de Berman (2007:1192) *"uma moldura pluralista reconhece que o conflito normativo é inevitável e, assim, procura lidar com ele através de mecanismos procedimentais, instituições e práticas que possibilitam ao menos, chamar os participantes para o conflito em um espaço social comum"*.

Contudo, nessa convivência entre diversas ordenações, os Direitos estatais utilizam diferentes de estratégias, variando da permissividade à proibição das outras ordenações. A mais distante alternativa é um Direito nacional combater agressivamente, declarando ilegal e tentando eliminar as outras formas de normatização da sociedade. Menos rara é a estratégia dúbia em que o Estado e seu Direito explicitamente condenam ou desaprovam normas e instituições tradicionais, religiosas ou comunitárias, como resposta a pressões pela condenação de algum grupo social, mas sem tomar qualquer medida para as reprimir, ciente da sua falta de poder para as combater. Também bastante comum e ambivalente é a estratégia de demonstrar uma posição por uma solução negociada ou não totalmente impositiva, enquanto os recursos estatais são utilizados para forçar alguma aceitação.

Tantas são as formas de relacionamento dos Direitos estatais com outras formas de ordenação social que existem propostas de quantificá-las ou qualificá-las para efeito de comparação e ranqueamento (SEZGIN, 2004 e FORSYTH, 2007). Para Forsyth (2007:108), as várias dimensões no relacionamento podem ser representadas por:

- *graus de repressão pelo Estado contra um sistema não-estatal de justiça;*
- *graus de apoio e regulação pelo Estado a um sistema não-estatal de justiça;*
- *existência e operação de relações informais entre atores dos dois sistemas jurídicos;*
- *reconhecimento constitucional ou não reconhecimento dos sistemas não-estatais de justiça;*
- *graus do reconhecimento formal do exercício do poder de julgar de um sistema não-estatal de justiça e a exclusividade ou não exclusividade dessa jurisdição;*
- *graus de regulação formal pelo Estado de um sistema de justiça não-estatal (recursos e supervisão);*
- *medida em que um sistema não-estatal de justiça é livre para seguir seus próprios procedimentos e normas;*
- *medida em que um Estado financia um sistema não-estatal de justiça;*
- *medida em que um Estado garante a execução das decisões feitas tomadas por um sistema não-estatal de justiça;*
- *a disponibilidade e os tipos de recursos oriundos de um sistema não-estatal de justiça ao Estado.*

A convivência entre os direitos nacionais e as ordenações indígenas trazem desafios políticos e questões técnico-jurídicas que adicionam ainda mais complexidade aos direitos do Estado moderno. Deve ser ultrapassada a concepção uniforme e geral do Direito na formulação de regras que irão balizar a aplicação dos ordenamentos normativos específicos dos subgrupos sociais a uma dada relação.

Os desafios técnico-jurídicos colocados pelo pluralismo serão mais bem explorados sob a ótica do Direito brasileiro no próximo capítulo, mas algumas perguntas são universais. Quem é indígena? Quais devem ser os âmbitos de regulação dos ordenamentos normativos dos subgrupos? O âmbito de regulação deve ser o

território, os indivíduos e seus grupos ou específicas relações? Como regular as relações entre partes que pertencem a diferentes grupos? Qual o conteúdo e o limite da autonomia dos subgrupos? O Estado deve apoiar as diferentes ordenações normativas? O Estado pode exigir requisitos e controlar as ordens normativas dos subgrupos? Em caso de conflito pode o Estado rever as decisões dos subgrupos e decidir de forma diferente? É necessário formular hipóteses em que as ordenações normativas dos subgrupos deixem de ser aplicadas?

Dentre todas essas questões morais e jurídicas colocadas ao pluralismo³⁹, a discussão mais universal é a possibilidade de afronta de costumes minoritários às normas universais de direitos humanos.

Para responder essa questão, serão assumidos como direitos humanos uma ordenação humanitária internacional, com reflexos nos direitos nacionais, construída no pós-Segunda Guerra Mundial e cuja principal função é proteger os indivíduos e as minorias do poder bélico, político, econômico e científico das majorias e dos estados nacionais. Pela descrição e pela temática humanitária parece haver máxima congruência entre a proteção oferecidas pelos direitos humanos e as exigidas pelas minorias nacionais e pelos povos indígenas. Seja essa ordenação internacional, a doutrina ou mesmo a positivação do conteúdo normativo nas constituições das democracias liberais no século XX, os direitos humanos são em geral entendidos como um dos principais instrumentos para proteger as minorias étnicas ou subgrupos minoritários sociais. Inclusive, a doutrina mais recente prevê como a melhor compreensão de direitos humanos aquela que acredita no *"reconhecimento da diferença e na criação de políticas sociais voltadas para a redução das desigualdades, a redistribuição de recursos e a inclusão"* (SANTOS, 2003:34). Sob essa compreensão, é inegável que hoje os direitos humanos servem à proposta contra-hegemônica de proteção das minorias e suas culturas, incluindo aqui as formas plurais de organização social e jurídica.

³⁹ Novamente, deve-se lembrar que esta tese adota uma visão primeira do pluralismo como situação, fenômeno da sociedade, o que desloca o centro do problema de uma dicotomia *pluralismo X Direito* - muito comum de quem faz do pluralismo uma bandeira para combater uma onipotência do direito e promova o direito pós-moderno - para pensar a relação entre *Direito (nacional)* e *a pluralidade de manifestações jurídicas*.

Mas vai ficando cada dia mais claro que os direitos dos povos indígenas não recebem proteção adequada e específica na categoria geral de direitos humanos. Muito dessa inadequação pode ser atribuída às tensões nascidas na formulação dos direitos humanos em uma categoria liberal, limitada na sua preocupação com as dimensões culturais, territoriais e ambientais tão caras aos povos indígenas. Sem meias palavras para Kymlicka *"As normas de direitos humanos são simplesmente incapazes de resolver algumas das mais importantes e controversas questões relacionadas às minorias culturais"* (1995:4).

De forma geral, as lutas das minorias e grupos étnico-culturais começam pelo reconhecimento territorial e passam pelos direitos à autodeterminação, autonomia e autogoverno, com a reconfiguração da divisão política dentro dos estados nacionais para sua necessária acomodação. Seguem para o reconhecimento das línguas minoritárias e sua utilização pelo Estado, aliada a uma educação que respeite a cultura e os costumes dos subgrupos e não seja uma forma de integração forçada à maioria nacional.

Atualmente, um sistema específico baseado nas recentes Declaração das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas ou Linguísticas e na Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e, para este trabalho, na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, confirma a ideia de insuficiência do sistema geral de direitos humanos para proteção das minorias e, mais especificamente, dos povos indígenas.

Equivocado pensar que a proteção das minorias étnicas, religiosas ou culturais em geral, e particularmente dos povos indígenas, em toda sua amplitude, leva ao sempre ao choque entre direitos individuais (na visão humanitária em sua forma mais liberal) e direitos coletivos⁴⁰. Como foi visto até agora, as reivindicações

⁴⁰ *"A primeira premissa (para pensar direitos humanos) é a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural. Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos."* Em resumo, o diálogo intercultural sobre a dignidade humana pode superar os falsos universalismos para se atingir uma concepção multicultural dos direitos humanos (SANTOS, 2003:441, 443 e 458).

dos povos indígenas são direcionadas primordialmente para redesenhar a relação com a sociedade em geral, especialmente contra decisões externas que afetam seus grupos.

A posição crítica aos direitos dos grupos minoritários chama atenção para culturas teocráticas ou patriarcais que oprimem e limitam a liberdade dos indivíduos. Mas quando se fala em Direito ou ordenações sociais se fala sempre, inclusive nos Estados nacionais, de uma limitação da liberdade individual em benefício dos grupos sociais ou da sociedade em geral. Mas a percepção costumeira é a de que só o Estado pode impor tais restrições. A medida dessas limitações é variável de país para país, de sociedade para sociedade. Todavia, em todas as experiências ordenativas elas existem em maior ou menor grau.

Mesmo se a exceção, que é o conflito entre uma ordenação estatal e outra indígena, for analisada, o indígena sabe e saberá utilizar, dentro de seus parâmetros e no âmbito da possibilidade de sua escolha, os instrumentos fornecidos pelas duas ordenações para questionar e rever as restrições e práticas internas e a autoridade tradicional. Ou seja, o indivíduo que sofre regulações por dois ou mais sistemas saberá a melhor estratégia para escolher, dentre os instrumentos disponíveis, a melhor forma para atingir seus objetivos⁴¹. Soa etnocêntrico e a-histórico pensar que as ordenações tradicionais são fechadas restritivas e avessas à mudança, quando, na verdade, elas mantêm constante relação com o Direito e com outras regulações, inclusive a ponto de absorver parte de sua organização e conteúdo normativo. Isso é o que acontece com os povos indígenas brasileiros, cujo discurso sobre direitos humanos está hoje internalizado e é utilizado para defesa de seus interesses e direitos.

Para afastar uma visão esotérica da questão, muitos são os exemplos que podem ser encontrados, como mulheres indígenas que utilizam o Poder Judiciário para conseguir pensão alimentícia dos pais para seus filhos ou mesmo as que procuram os órgãos do Estado para relatar violências de seus companheiros.

⁴¹ É equivocado pensar que as pessoas submetidas a duas ordenações sempre irão preferir seus sistemas tradicionais e rejeitar absolutamente os tribunais do Estado. Os indivíduos merecem poder utilizar o mais efetivo mecanismo para cada caso. Afinal elas não são permanentemente ligadas a uma cultura e muitas são as influências que afetam as decisões pessoais. (ARDITO, 2003:29).

Os limites submetem-se ao Direito tendo em vista que considerada a autodeterminação em toda sua plenitude conduziria os povos indígenas a um estatuto de soberania (ALBUQUERQUE, 2003:290). Mas eles não podem simplesmente apontar para a regulação ou o redesenho das ordenações sociais no sentido da preferência ideológica da maioria, representada pelo controle do Estado. Agir dessa forma seria insensível, mas antes de tudo ineficaz.

Os limites encontram-se presentes nas várias ordenações, e por isso não se pode fugir da casualidade das resoluções dos diversos conflitos. E por serem diversas as formas de resolução dos conflitos, cabe aos indígenas o papel preponderante nas estratégias e nos caminhos a serem utilizados. E se a ordenação indígena foi escolhida para solução, entre os motivos estará o de que, provavelmente, ela é mais bem sucedida em proteger os direitos do indivíduo e resolver de uma vez por todas o conflito. Não se pode pensar, de forma etnocêntrica, que uma norma geral do direito brasileiro responda a todos os casos e que seja adequado forçar uma mudança de atitudes e comportamento.

O Direito, em sua relação com os povos indígenas, deve privilegiar as mais diversas possibilidades de solução, com ênfase no diálogo e na negociação. Os povos indígenas devem oferecer as soluções para suas questões e para os conflitos. Sem o diálogo e a participação deles será contraprodutivo construir políticas públicas de forma unilateral, mesmo que elas sejam feitas para melhorar suas condições de vida.

Qualquer solução oficial unilateral tende a lidar com a parte mais visível e formal dos processos de mudança social (MOORE, 1973:741). Assim, a intervenção estatal deve ser fruto do diálogo e da negociação com os povos indígenas, além de ser cuidadosamente aplicada, para que se evite ao máximo consequências imprevistas.

No mesmo caminho, Kymlicka diz que as relações entre os grupos nacionais devem ser determinadas pelo diálogo (1995:171). Dessa forma, o capítulo seguinte se preocupará fundamentalmente com o diálogo em todos os momentos de criação do direito: nas práticas sociais diárias, no planejamento e na construção de

políticas públicas, na segurança pública, no planejamento do desenvolvimento social e econômico, na atividade política partidária e representativa, na atividade legislativa, na destinação dos recursos do Estado, na escolha dos administradores e servidores públicos, nos controles do Estado, na participação e pressão popular e no Judiciário. O trabalho não estará completo sem analisar também os procedimentos e instrumentos possíveis e desejados para travar esse diálogo como: informação, utilização das línguas nativas e da linguagem acessível; participação na política representativa e ação afirmativa, entre várias, as cotas para indígenas na universidade, no serviço público e nos órgãos políticos; plebiscito, referendo, consulta pública, leis colaborativas, veto popular na atividade legislativa; licenciamento ambiental, audiências públicas, pareceres técnicos e manifestações diversas; audiências públicas, participação no processo judicial e possibilidade de apresentação de documentos políticos para influenciar a agenda do Judiciário entre muitas outras.

Para concluir, o pluralismo jurídico ao analisar uma relação de dominância e possível resistência (FULLER, 1969a:10), escolhe o caminho do respeito à diversidade sociocultural, que congrega pluralismo jurídico, Direito e democracia. A democracia, que permanece com seu ideal liberal de proteger o indivíduo, deve adquirir o ideal multicultural de garantir liberdade e autonomia para as minorias ou grupos étnicos, com menos convicção na onipresença do Direito e da representação democrática e maior ênfase na democracia sob a forma descentralizada, participativa e comunitária (WOLKMER: 222).

3 Direito e Povos Indígenas

O Brasil foi ideologicamente concebido como país de um grande e contínuo território, de povo miscigenado (negro-branco-índio) e com uma língua, o português. A despeito da ideologia nacionalista, a existência de aproximadamente 305 povos, 456 terras reconhecidas oficialmente e 274 línguas e dialetos indígenas revela uma parte da diversidade de culturas e etnias do país⁴². Juntos, separados ou misturados convivem indígenas, negros, brancos, árabes, latinos, europeus e asiáticos. São grupos étnicos que hoje têm orgulho de sua diferença cultural e que reivindicam direitos para manter suas culturas, ter reconhecidos seus territórios, ter uma educação diferenciada, ser autônomos em suas decisões internas e ser representados conforme suas instituições políticas.

Se hoje o Brasil reconhece aos indígenas sua identidade étnica e seu pertencimento ao povo brasileiro, querendo proteger essas diferenças culturais, sua história é marcada por um relacionamento de guerras, massacre, escravização e conquistas dos territórios. E o Direito nunca foi indiferente a isso.

O Direito da Igreja Católica, da metrópole portuguesa ou do Brasil independente diferenciava os povos indígenas entre aliados - proibindo a guerra, a morte, a escravização ou a colonização das suas terras - e inimigos, destinando-lhes toda sorte de infortúnios (PERRONE-MOISÉS, 2009). Mas a legislação indigenista também construía exceções, que autorizavam a escravização e a tomada dos territórios indígenas, quando previam os resgates de indígenas presos por outros indígenas e as guerras justas. Dessa forma, a política e a história da relação com os povos indígenas brasileiros foi um processo vivo, com seus vários atores, que utilizava a legislação indigenista para responder às diversas questões, reais ou construídas.

Depois de séculos de relações interétnicas amparadas em contradições da legislação indigenista, apenas no século XX, graças à resistência dos

⁴² Além dos povos indígenas, os descendentes de escravos africanos – chamados quilombolas, ciganos, caiçaras, comunidades tradicionais, todas as comunidades de imigrantes que mantêm uma certa coesão social, certos grupos religiosos etc. completam a diversidade cultural e étnica do Brasil.

povos indígenas e à luta de grandes homens e mulheres, uma política foi construída para reverter o aniquilamento físico e cultural dos povos indígenas no Brasil.

A relação de violência entre o colonizador e os povos indígenas começou a ser substituída por relações de poder na República. Para construir uma nação brasileira era necessário que se criasse um povo, um território e um estado. Os diversos povos indígenas espalhados pelo território brasileiro deveriam ser amalgamados à população livre e ao mercado de trabalho (CARNEIRO DA CUNHA, 2009: 137). Seus territórios deveriam ser utilizados para produção agrícola e, sobretudo os limítrofes às fronteiras, integrados, ocupados e protegidos da invasão estrangeira. Ao Exército, moralmente fortalecido pela Guerra do Paraguai, cabia a tarefa de dar forma ao Estado brasileiro.

Nesse contexto, o Marechal do Exército e descendente de índios Cândido Mariano da Silva Rondon foi convidado para fundar e dirigir um novo órgão, dedicado gerir a relação entre os povos indígenas, outros grupos sociais e demais órgãos de poder⁴³. O Marechal Rondon era figura em ascensão no Exército por ter participado e depois chefiado a construção de linhas telegráficas nos atuais Estados do Mato Grosso e Rondônia, entre 1892 e 1907, mantendo contato pacífico com diversas tribos indígenas, além de ser republicano e membro da Igreja do Apostolado Positivista Brasileiro⁴⁴.

Redigido em grande parte por Rondon, o Decreto 8.702, de 20 de junho de 1910, criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN. Para Rondon, os índios eram cidadãos por originalidade e as tribos deveriam ser tratadas como nações para que, por um processo de convivência harmoniosa, pudessem alcançar o estágio positivo da humanidade (GOMES, 2009). A nova legislação que instituiu o órgão federal para os povos indígenas era extraordinariamente iluminada para sua época (HEMMING, 2003:2).

⁴³ Em março de 1910, Rondon escreveu carta para o Ministro da Agricultura Rodolpho Nogueira da Rocha Miranda explicitando as bases do que será a sua futura política indigenista.

⁴⁴ Para a influência da Igreja do Apostolado Positivista Brasileiro na construção da política indigenista no início do século XX, ver *O Positivismo, o estado nacional e as populações fetichistas no Brasil* (Rodrigues, 2011).

Os povos indígenas brasileiros sofriam até então com uma política indigenista da colônia e do império, marcada pela promiscuidade com a Igreja Católica e a delegação aos poderes locais (GOMES, 2002: *passim*).

Prestar assistência aos índios do Brasil era a missão do novo órgão, de acordo com seu decreto fundador. E assistência significava:

1º velar pelos direitos que as leis vigentes conferem aos índios e por outros que lhes sejam outorgados;

2º garantir a efectividade da posse dos territorios occupados por índios e, conjunctamente, do que nelles se contiver, entrando em accôrdo com os governos locaes, sempre que fôr necessario;

3º pôr em pratica os meios mais efficazes para evitar que os civilizados invadam terras dos índios e reciprocamente;

4º fazer respeitar a organização interna das diversas tribus, sua independencia, seus habitos e instituições, não intervindo para alteral-os, sinão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes;

5º promover a punição dos crimes que se commetterem contra os índios;

6º fiscalizar o modo como são tratados nos aldeamentos, nas colonias e nos estabelecimentos particulares;

7º exercer vigilancia para que não sejam coagidos a prestar serviços a particulares e velar pelos contractos que forem feitos com elles para qualquer genero de trabalho;

8º procurar manter relações com as tribus, por intermedio dos inspectores de serviço de protecção aos índios, velando pela segurança delles, por sua tranquillidade, impedindo, quanto possivel, as guerras que entre si manteeem e restabelecendo a paz;

9º concorrer para que os inspectores se constituam procuradores dos índios, requerendo ou designando procuradores para represental-os perante as justiças do paiz e as autoridades locaes;

10 ministrar-lhes os elementos ou noções que lhes sejam applicaveis, em relação as suas occupações ordinarias;

11 envidar esforços por melhorar suas condições materiais de vida, despertando-lhes a atenção para os meios de modificar a construção de suas habitações e ensinando-lhes livremente as artes, officios e os generos de producção agricola e industrial para os quaes revelarem aptidões;

12 promover, sempre que for possivel, e pelos meios permittidos em direito, a restituição dos terrenos, que lhes tenham sido usurpados;

13 promover a mudança de certas tribus, quando for conveniente o de conformidade com os respectivos chefes;

14 fornecer aos indios instrumentos de musica que lhes sejam apropriados, ferramentas, instrumentos de lavoura, machinas para beneficiar os productos de suas culturas, os animaes domesticos que lhes forem uteis e quaesquer recursos que lhes forem necessarios; introduzir em territorios indigenas a industria pecuaria, quando as condições locais o permittirem;⁴⁵

16 ministrar, sem caracter obrigatorio, instrucção primaria e profissional aos filhos de indios, consultando sempre a vontade dos paes;

17 proceder ao levantamento da estatistica geral dos indios, com declaração de suas origens, idades, linguas, profissões e estudar sua tuação actual, seus habitos e tendencias.

Governadores saudaram sua criação, imaginando que o órgão federal conseguiria lidar com a resistência dos povos indígenas à invasão de suas terras e os transformaria em trabalhadores rurais. A visão colonialista e etnocêntrica reinava na época e mesmo numa legislação tão avançada pode-se ver o propósito integracionista⁴⁶.

⁴⁵ O 15º parágrafo fora vetado.

⁴⁶ "No século XX, outra variante ainda desse mesmo ideário (evolucionismo) seria a crença na inexorabilidade do progresso e no fim das sociedades indígenas. Não se deve entretanto cair na grosseira armadilha de entender esses debates apenas como instrumentos de uma política de extermínio. Bastará, como contraexemplo, lembrar que os positivistas advogaram política indigenista das mais respeitadas que o Brasil conheceu. O projeto de Constituição Positivista publicado em janeiro de 1890 declara em seu artigo primeiro:

Art. 1. A República dos Estados Unidos do Brasil é constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto império do Brasil. Compõe-se de duas sortes de estados confederados, cujas autonomias são igualmente respeitadas, segundo as formas convenientes a cada caso, a saber:

I - Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine.

O SPILTN foi organizado por Rondon e seus subordinados como um órgão republicano e laico, quebrando a velha convivência do Estado com o proselitismo religioso. O quarto objetivo do órgão, "respeitar a organização interna das diversas tribus, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los, *sinão com brandura*" já era absolutamente pertinente com este trabalho. Por essa razão, o governo federal enfrentou fortes resistências da Igreja Católica e de jornalistas e políticos ligados a ela.

No início do século XX o SPILTN era um dos únicos órgãos da República que existia na imensidão das terras sem lei que era o interior do Brasil. Mas logo em 1911, o Ministro da Guerra pediu o retorno dos militares designados para nele atuar. As atribuições do órgão também se mostraram excessivas e incompatíveis, passando o SPILTN, em 1914, a cuidar apenas da questão indígena, abandonando a fixação de trabalhadores em colônias agrícolas, e sendo desmembrado formalmente em 1918, com a criação do Serviço de Proteção ao Índio – SPI.

A fundação do SPI foi acompanhada por uma nova regulamentação da situação jurídica dos índios. O Código Civil de 1916 e, principalmente, o Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, traziam um regime jurídico especial para os *índios*. Nele, a noção de capacidade civil dos índios estaria condicionada ao grau de incorporação à civilização, resultando na instituição da tutela do Estado sobre o índio (ou o monopólio da atuação em face de outros poderes, como as ordens religiosas ou os juízes de órfãos). Os indígenas não-civilizados que cometessem qualquer crime eram equiparados aos menores. A equiparação não significava sua inimizabilidade, já que podiam ser recolhidos a colônias correccionais ou estabelecimentos industriais disciplinares, pelo tempo definido pelo inspetor do SPI, contanto que o recolhimento não excedesse cinco anos.

II- Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas hordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistosas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado; e, por outro lado, em garantir-lhes a proteção do governo federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido" (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

Os territórios ocupados pelos povos indígenas tiveram uma nova regulamentação com o decreto de criação do SPI e o Decreto 5.484. Por determinação de ambos a posse dos territórios indígenas deveria ser protegida pelo SPI da invasão de terceiros. O governo federal deveria entrar em acordo com o governo dos estados ou municípios para legalizar as posses das terras então ocupadas pelos índios. A legalização seguiria com a medição e demarcação dos terrenos, que integrariam terras do Patrimônio Nacional. Os índios tinham o direito ao usufruto das riquezas naturais, mas não podiam arrendar, alienar ou gravar com ônus reais as terras que lhes fossem entregues pelo governo federal. Ou seja, caso a caso, o SPI negociava com estados e municípios as áreas que julgava necessárias para reservar uma população indígena num ambiente de barganha e alianças políticas regionais.

Ao mesmo tempo em que se instituíam a tutela e uma proteção relativa sobre os territórios indígenas, buscava-se transformar o índio em trabalhador rural e que os territórios do sertão fossem integrados militar ou economicamente à nação.

A política de reconhecimento de direitos aos povos indígenas finalmente ganha proteção constitucional em 1934, 1937 e 1946. Com redação muito semelhante, todas as constituições garantiam aos "silvícolas" a posse das terras que nelas se achavam localizados em caráter permanente, proibindo sua alienação⁴⁷.

A proteção sobre as terras indígenas, antes do reconhecimento de qualquer outro direito, era um sinal do avanço da colonização. Integrar, em palavras da época, o Centro-Oeste e a Amazônia sempre foi uma pretensão militar, desde o governo do Marquês de Pombal e que renasce como projeto do Estado Novo de Getúlio Vargas sob o nome de expedição Roncador-Xingu. Nos anos finais da década de 1940, integrar e desbravar os sertões do Brasil, fundando cidades e pistas de pouso de aeronaves, levou três irmãos à procura de aventura (Orlando, Cláudio e Leonardo

⁴⁷ Constituição de **1934** "Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las."
Constituição de **1937** "Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las".
Constituição de **1946** "Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem."

Villas Bôas) a integrarem a expedição. De ajudantes a chefes da expedição, os irmãos Villas Bôas, como ficaram conhecidos, encantaram-se pela riqueza etnicocultural do Centro-Oeste do Brasil no encontro com os povos indígenas do Mato Grosso.

Foram os primeiros brancos a terem residência com os povos indígenas que habitavam a bacia do Rio Xingu, sendo nomeados por Rondon como representantes do SPI em 1947. Uma das grandes conquistas dos irmãos Villas Bôas foi convencer diversos povos indígenas a cessar suas guerras e hostilidades. Além disso, montaram uma rede de assistência médica com a Escola Paulista de Medicina, com o auxílio do médico Noel Nutels; excluíram qualquer atividade missionária; não impuseram qualquer mudança cultural brusca; e, sobretudo, souberam divulgar a beleza da cultura indígena dos povos do Xingu para a sociedade brasileira.

Em 1952 os irmãos Villas Bôas, o médico Noel Nutels, o Brigadeiro Raimundo Vasconcelos e os antropólogos Heloisa Alberto Torres e Darcy Ribeiro, com apoio de Rondon, apresentaram ao governo federal um projeto para estabelecer o Parque Indígena do Xingu. Defendiam que a Constituição de 1946 protegia as terras indígenas, ainda que a ideia de um parque indígena não fosse prevista na legislação da época.

Até esse momento a imposição ou o reconhecimento das territorialidades indígenas seguia um padrão fundiário que supunha a reserva de pequenas porções de terra. Reservas divididas entre as famílias nucleares que se fixariam à terra e deixariam o nomadismo, de onde extrairiam sua subsistência básica, devendo as necessidades materiais serem complementadas com a sua inserção no mercado regional de mão-de-obra como trabalhadores rurais (SOUZA LIMA, 2009:169). A proposta do Parque Indígena do Xingu marcou uma considerável alteração nesse modelo, pois baseada no reconhecimento de um território e de seus recursos naturais como de posse dos povos indígenas localizados na bacia do Rio Xingu. Uma área que teria preservada sua rica flora e fauna, cuja finalidade seriam também garantir uma aculturação paulatina e espontânea dos indígenas à sociedade brasileira.

Ao sul do Parque Indígena do Xingu encontra-se a área cultural conhecida como Alto Xingu, formada pelos povos Aweti, Kalapalo, Kamaiurá, Kuikuro, Matipu, Mehinako, Nahukuá, Naruvotu, Trumai, Wauja e Yawalapiti, que se articula numa rede de trocas especializadas, casamentos e rituais inter-aldeões. Os povos Ikpeng, Kaiabi, Kĩsêdjê, Tapayuna e Yudja não fazem parte do complexo cultural alto-xinguano, apesar de terem sido integrados aos limites da área demarcada por razões de ordem administrativa, em alguns casos implicando o deslocamento de suas aldeias que localizavam-se fora dos limites do Parque.

Sofrendo oposição do Estado de Mato Grosso, que concedia lotes a companhias colonizadoras, o Parque Indígena do Xingu foi finalmente criado pelo Decreto 50.455, de 14 de abril de 1961, no governo democraticamente eleito de Jânio Quadros. Com apenas um quarto da superfície inicialmente proposta (ISA, 2002), ainda nasce como Parque Nacional, sendo apenas reconhecido como parque indígena em 1978, fundamentado no Estatuto do Índio, ou Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Em 1967, uma nova Constituição é outorgada, reafirmando o reconhecimento da posse permanente das terras que habitavam os chamados silvícolas, retirando a ressalva da sua inalienabilidade ou da impossibilidade de transmissão. Amplia, ainda, os direitos dos povos indígenas ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras indígenas⁴⁸.

Em substituição ao SPI, marcado em seus últimos anos pela corrupção e pela desestruturação, foi criada, pelo Decreto-lei 5.371, de 05 de dezembro de 1967, a Fundação Nacional do Índio – Funai. O Estado brasileiro iniciava um novo ciclo de investimento na interiorização do Brasil e a criação da Fundação Nacional do Índio queria demonstrar aos órgãos financiadores internacionais uma maior proteção contra o genocídio de povos indígenas (SOUZA LIMA, 1995:298). O regime militar instalado em 1964 também quis conceber uma nova instituição com suas feições (GOMES, 1988), afastando, assim, os grandes

⁴⁸ Constituição de 1967 "Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes".

indigenistas que fizeram a imagem do SPI, como os irmãos Villas Bôas, Francisco Meireles e Noel Nutels. A justificativa era de que uma fundação teria mais autonomia financeira e administrativa, bem como a possibilidade de obter recursos de outras fontes, entre elas a renda indígena. Mas o que realmente marcou seus primeiros anos foi a intervenção autoritária no órgão indigenista por mandatários militares voltada para o controle geopolítico do território nacional.

Pensada para ser o órgão indigenista por excelência, reunindo as ações de saúde, educação, assistência, proteção de terras, meio ambiente, polícia administrativa, representação do índio em juízo, sob muitos aspectos, a Funai não divergiu em qualidade de sua antecessora em seus primeiros anos.

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969, também conhecida como Constituição de 1969⁴⁹, causou um endurecimento da ditadura militar, pois permitia a edição de Atos Institucionais de conteúdo limitador dos direitos dos cidadãos brasileiros. O artigo da original Constituição de 1967 foi modificado em sua redação, para prever uma lei federal a determinar os termos da inalienabilidade das terras indígenas.

Uma legislação especial sobre a relação entre o Estado e a sociedade com os povos indígenas surgiria com a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Em época de planejamento de grandes obras, como a Transamazônica, o lema era integrar os índios rapidamente, para que não fossem obstáculos à ocupação e colonização da Amazônia. A legislação nascia marcada pelo propósito e ação integracionista, como demonstra o *caput* do art. 1º: *Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.*

Ainda assim, o Estatuto avançou muito no reconhecimento e proteção dos direitos dos povos indígenas⁵⁰. Aos chamados *índios* ou *comunidades indígenas* era assegurada a proteção e os direitos de todos cidadãos brasileiros e, especialmente, o respeito à cultura. A competência para proteção e preservação dos

⁴⁹ Alteração feita na Constituição de 1967 pela Junta Governativa Provisória de 1969.

⁵⁰ Nesse sentido: “*Pode-se afirmar que o Estatuto do Índio foi um avanço em termos de reconhecimento e proteção dos direitos dos índios e dos grupos indígenas*” (DALLARI, 1991: 317).

direitos dos povos indígenas era comum à União, estados e municípios. As terras indígenas eram reconhecidas e deveriam ser demarcadas e protegidas. Por outro lado, aos classificados como índios não integrados era instituído um regime de direitos políticos e civis mais restrito. Ou seja, a aplicação do Estatuto do Índio continuava respaldando o exercício de poder do Estado sobre os povos indígenas em todas as esferas.

Finalmente, com a redemocratização do Brasil no começo de 1980, o protagonismo político dos povos indígenas brasileiros surge como grande novidade. Os povos indígenas começaram a participar do debate político brasileiro, seja através do único indígena brasileiro eleito deputado federal, Mário Juruna⁵¹, ou por suas organizações locais ou nacionais. Atuando na Constituinte, influenciaram na elaboração do capítulo sobre os direitos indígenas.

A Constituição de 1988 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Definiu o que são terras tradicionalmente ocupadas e estabeleceu os casos e condições para sua utilização. Reconheceu, também, a capacidade de se organizarem e participarem da vida política nacional. Estabeleceu que o Ministério Público Federal os defendesse judicialmente. Forçou o início de uma reestruturação do Estado no sentido de proteger e promover os direitos dos povos indígenas. Normas e instituições foram aprimoradas nas décadas de 1990 e 2000.

Embora seja importante reconhecer os muitos avanços na política para os povos indígenas, é inegável que ainda falta um longo caminho para que os direitos indígenas estejam assegurados como quer a Constituição de 1988. O racismo é tão intenso e presente a ponto de se contabilizarem anualmente vítimas de homicídios que morreram por serem indígenas. Muitos territórios indígenas ainda não foram devidamente reconhecidos. A educação oferecida por estados e municípios é de péssima qualidade. A saúde não é prestada de forma adequada nas terras indígenas ou na cidade.

⁵¹ Eleito como deputado federal do Partido Democrático Trabalhista na legislatura 1983-1987, representando o estado do Rio de Janeiro.

Hoje, infelizmente, as perspectivas para os povos indígenas apontam para o desrespeito da Constituição e um grande retrocesso na legislação protetora dos direitos indígenas. Panorama que começou a se desenhar com os planos de desenvolvimento do país no governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua então chefe de Casa Civil Dilma Rousseff, hoje presidenta do Brasil, e, sobretudo, com a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol e, mais recentemente ainda, com as mudanças na legislação ambiental pelo Congresso Nacional.

Enfim, neste segundo capítulo se verá como está estruturado e quais as normas do ordenamento jurídico sobre os povos indígenas no Brasil, especialmente a parte que melhor deve ser relacionar com a teoria do pluralismo jurídico.

3.1 Direito Internacional e povos indígenas

O Direito Internacional é definido classicamente como o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres dos Estados (MELLO, 2000:63). No entanto, após a Primeira Guerra Mundial e, definitivamente, após os genocídios praticados na Segunda Guerra Mundial, um esforço foi feito para construir uma ordem global baseada na criação de instituições internacionais e na formação de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos.

A criação da Organização das Nações Unidas - ONU é o marco fundador de uma ordem jurídica internacional para proteção e promoção dos direitos humanos, tendo a Carta das Nações Unidas, de 1945, como seu documento jurídico inicial. Contudo, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, seu documento principal. Um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos, capaz de responsabilizar os países pelas violações de direitos contra seus cidadãos, parecia ser o antídoto aos horrores das duas guerras mundiais e do totalitarismo.

Era necessário também que esse sistema protetivo admitisse que indivíduos, um grupo de indivíduos ou mesmo organizações sociais pudessem submeter denúncias e acionar órgãos internacionais competentes para analisar violações de direitos humanos proibidas em tratados e convenções internacionais. Assim, o movimento para internacionalização e institucionalização dos direitos humanos contribuiu também para a democratização das relações internacionais, pois passaram-se a admitir as organizações sociais e os indivíduos como sujeitos de direito internacional. Os estados não eram mais os únicos a poderem participar das instituições internacionais.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais completam o conjunto das principais fontes do direito internacional⁵² dos direitos humanos. Essas convenções e outros instrumentos de direitos humanos são normas de proteção e promoção da vida e da dignidade humana.

No Brasil, a incorporação do direito internacional dos direitos humanos é consequência do processo de democratização do final do século passado. Inúmeros tratados e convenções foram ratificados pelo país nos últimos 20 anos. Esses documentos inovaram a ordem jurídica brasileira, complementando os direitos fundamentais previstos no ordenamento interno. A própria Constituição brasileira de 1988 consagra em seu artigo 4º o princípio da prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais, além de fazer equivaler às emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, (§ 3º, art. 5º).

⁵² O trabalho concentrará sua atenção nas normas escritas e positivadas através de tratados e convenções, sem, no entanto, deixar de reconhecer o costume, princípios gerais e fontes subsidiárias do direito internacional. Os costumes de direito internacional (compostos por dois elementos: *state practice* + *opinio juris*) são amplamente aceitos pelas instâncias de direitos humanos quando do julgamento das reclamações. *State practice* pode ser entendido como o comportamento e a retórica dos Estados. *Opinio juris* pode ser entendida como consentimento do Estado em ser submetido à determinada obrigação, ou, mais adequadamente, como a expectativa legal da comunidade internacional em relação aos Estados. Ao seu lado encontram-se as chamadas *soft laws* (declarações, interpretações dos instrumentos de direitos humanos por diferentes organismos, sem força vinculante).

São quatro os pontos mais relevantes a serem tratados nesta tese no que concerne ao direito internacional e que preparam a abordagem sobre o Direito e sua relação com os povos indígenas. O primeiro é a construção de um Direito Internacional sobre direitos humanos, devendo-se a análise recair sobre as fontes do direito internacional, principalmente as declarações, tratados e convenções internacionais, com maior ênfase nos documentos que trazem a proteção dos povos indígenas. O segundo é abordar o novo protagonismo dos povos indígenas na política internacional. Duas outras questões cuidam da aplicação do sistema jurídico internacional de direitos humanos. Uma discussão bastante global é o debate sobre o alcance do universalismo dos direitos humanos e a defesa do relativismo cultural. Outro tema clássico do Direito Internacional a ser abordado, embora de interesse interno, será o da absorção das normas internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É importante esclarecer que as questões serão tratadas de uma forma breve e expositiva. Ou seja, os tratados e convenções que de alguma forma são importantes para afirmar os direitos dos povos indígenas serão apresentados de maneira geral. As discussões teóricas serão resumidas. Analisar o conteúdo específico da norma internacional e sua relação com o Direito e com os povos indígenas brasileiros é trabalho para os itens seguintes, quando se tratará do confronto entre a palavra e a realidade. Dessa forma, as normas internacionais sobre as terras indígenas, por exemplo, têm que ser contextualizadas e confrontadas com a histórica relação dos povos indígenas com a sociedade brasileira, inclusive em relação ao Direito, ao momento atual da política brasileira, às normas nacionais e às relações sociais que embasam a sua aplicação.

3.1.1 A proteção dos povos indígenas no sistema humanitário

A doutrina dos direitos humanos nasce com a ideologia liberal do século XVIII, como garantia de um espaço de liberdade individual, contraposta ao

poder estatal. Acreditava-se que uma ordem social fundada na liberdade e igualdade de todos leva necessariamente ao desenvolvimento e à riqueza dos indivíduos e da sociedade. Na ideologia liberal, o Estado tem o papel restrito de limitar essa liberdade à medida que ela interfira na liberdade do outro, no sentido de harmonizar as liberdades individuais.

Por essas razões, em primeiro lugar, foram reconhecidas as garantias individuais e as liberdades políticas como verdadeiras limitações de poder, tendo em vista os tempos de absolutismo e de invasão pelo Estado da liberdade das pessoas. Protegeu-se a liberdade de manifestação, de locomoção e, principalmente, a propriedade. A proteção dos direitos humanos nasce íntima ao estabelecimento de declarações e constituições escritas, que expressavam os direitos fundamentais de todos os indivíduos e, no caso das constituições, a organização do estado nacional. A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resultado da Revolução Francesa de 1789, são seus documentos representativos.

Todavia, a Revolução Industrial e a ideologia socialista modificam o entendimento dessa dicotomia estado-cidadão. O proprietário dos bens de produção, das indústrias, comércio ou terras, substitui o poder absoluto, exercendo seu poder econômico e político sobre as pessoas. O Estado deixa de ser a única ameaça à liberdade e dignidade.

As liberdades não são só espaço formal de construção de riquezas individuais, o Estado passa a ser responsável por efetivar os direitos que não podem ser mais atingidos através da garantia de liberdade individual, mas apenas pela organização de instituições sociais (DERANI, 2001:221). Uma segunda fase de normatização dos direitos humanos reconheceu o direito ao trabalho, à saúde, ao bem estar, às relações mais igualitárias e menos sujeitas ao poder econômico, seja ele privado ou estatal, como meio para atingir uma existência digna do ser humano. Mas, em muitos países que viveram períodos ditatoriais no século XX, especialmente até a Segunda Guerra Mundial, gozando tardiamente da democracia, as liberdades políticas foram reconhecidas posteriormente aos direitos sociais.

Nessa abordagem histórica de direitos, o pós-Segunda Guerra foi marcado pela tentativa de edificação de um sistema jurídico internacional de defesa e proteção dos direitos humanos. O direito internacional dos direitos humanos, por ser anterior e de abrangência mais geral, constitui o marco antecedente e basilar dos direitos indígenas previstos internacionalmente. Pensado primeiramente para evitar o genocídio e a perseguição das minorias étnicas, logo foi utilizado para proteger os povos indígenas do genocídio, da colonização e da integração forçada de sua cultura.

Os povos indígenas têm seus direitos reconhecidos nas declarações de direitos humanos, sendo protegidos internacionalmente, de forma geral, nos muitos tratados e convenções humanitárias. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seio da criação da ONU, foi o primeiro documento universal que proclamou direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais válido para todos os humanos. Seus princípios são genericamente aceitos como direito consuetudinário internacional, o *jus cogens*, que exige dos países, quando menos, uma postura política moral no seu cumprimento (STAVENHAGEN, 1997:45).

No entanto, só são consideradas normas internacionais, com força vinculante, as convenções (ou tratados⁵³) internacionais expressamente reconhecidos e adotados pelos países. Segundo a definição presente na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os tratados internacionais são acordos concluídos entre os estados nacionais, na forma escrita e regulados pelo direito internacional. O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, órgão jurídico máximo da Organização das Nações Unidas, estatui que as convenções internacionais, quer gerais ou especiais, são fontes de direito internacional, únicas a estabelecer regras expressamente reconhecidas pelos Estados. Além de fontes do direito, é pacífico que os tratados são o principal instrumento de cooperação nas relações internacionais.

Os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tratados internacionais firmados em 1966, são documentos que completam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao formarem a Carta Internacional dos Direitos Humanos. O art.

⁵³ Convenções e tratados são termos usados como sinônimos pelo Direito Internacional.

27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos contém uma referência a minorias que pode ser aplicada aos povos indígenas:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias 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 usar sua própria língua.

As regras das convenções e tratados são de cumprimento obrigatório para os estados que os ratificaram. São os principais documentos do sistema geral de proteção dos direitos humanos, que foram pensados abstratamente e genericamente para serem universais, garantirem direitos básicos a todas as pessoas do mundo. Os povos indígenas, como todos os demais cidadãos, têm, em princípio, todos os direitos consagrados nos pactos internacionais e, se ratificados pelo Estado, podem exigir seu cumprimento junto às autoridades nacionais.

O sistema das Nações Unidas possui diversos mecanismos de monitoramento das obrigações humanitárias assumidas pelos Estados partes. Eles são divididos entre os mecanismos baseados na Carta das Nações Unidas e nos tratados de direitos humanos. Ambos têm sede e são assessorados pelo Gabinete do Alto Comissário de Direitos Humanos da ONU. Os mecanismos baseados na Carta que merecem destaque são o Conselho de Direitos Humanos e seus Procedimentos Especiais e Processo de Reclamação do Conselho de Direitos Humanos. Os Procedimentos Especiais são mandatos temáticos ou em relação a países, instituídos para examinar, monitorar, aconselhar e publicar relatórios sobre violações de direitos humanos. O mandato pode ser exercido por relatores especiais ou por grupos de trabalho.

Em 2001 a Comissão de Direitos Humanos da ONU decidiu nomear um relator especial sobre direitos dos povos indígenas. O relator especial trabalha para:

- *Promover boas práticas, incluindo novas leis, programas governamentais e acordos construtivos entre os povos indígenas e os Estados, para implementar as normas internacionais sobre direitos dos povos indígenas;*

- *Reportar as condições gerais dos direitos humanos dos povos indígenas em países selecionados;*
- *Endereçar casos específicos de violações de direitos dos povos indígenas através de comunicações oficiais aos governos e outras instituições;*
- *Conduzir ou contribuir em estudos temáticos nos temas de especial importância em relação a promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas.⁵⁴*

Qualquer pessoa ou organização pode levar ao Relator Especial da ONU denúncias de violações dos direitos humanos dos povos indígenas. A comunicação deve conter a data, hora e local do incidente e o nome e contato das vítimas. A denúncia é tratada de forma confidencial. A violação do direito de consulta dos povos indígenas afetados pela hidrelétrica de Belo Monte, a situação dos povos indígenas da Raposa Serra do Sol (RR) até a conclusão da demarcação da terra e retirada dos ocupantes ilegais, o garimpo ilegal em terra Yanomami (RR) e Cinta Larga (RO), a crítica situação territorial e social do povo indígena Guarani Kaiowá (MS), as precárias condições dos atendimentos de saúde no Vale do Javari (AM), entre outros casos foram objeto de comunicação ao Relator nos últimos anos no Brasil (MATHIAS e YAMADA, 2010). A convite de organizações indígenas e do governo brasileiro, o Relator S. James Anaya, indígena e professor da Universidade do Arizona, nos Estados Unidos, realizou em uma visita para monitorar a situação dos povos indígenas no Brasil, resultando recomendações e um relatório.

Entre os mecanismos que monitoram a implementação dos tratados de direitos humanos, os mais relevantes à temática indígena são o Comitê de Direitos Humanos, que monitora o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, que monitora Convenção da ONU para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD). O Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu trabalho de monitoramento do artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, é o mais importante mecanismo legal de proteção aos direitos coletivos econômicos, sociais e culturais indígenas frente ao Sistema de Direitos Humanos da ONU.

⁵⁴ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx>

Ao lado do chamado sistema global de direitos humanos, o sistema regional de direitos humanos (no caso brasileiro, o sistema americano) foi fundado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e pela constituição da Organização dos Estados Americanos. A Convenção, chamada também de Pacto de San José da Costa Rica, tem como objetivo a consolidação de regimes de liberdades pessoais e de instituições democráticas nos países do continente americano. Tem como grande diferencial a criação de instituições internacionais de acompanhamento de sua aplicação e cumprimento, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Embora sem menção específica aos povos indígenas e seus direitos no Pacto, as instituições previstas para seu acompanhamento recebem denúncias e têm decisões reiteradas em casos de estados que violam direitos dos povos indígenas. Direitos como o de propriedade, do bem-estar físico e cultural reconhecidos no Pacto são interpretados em sua substância na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como protetores dos direitos à posse das terras e dos recursos naturais nelas localizados, cultura, organização social e produtiva dos povos indígenas⁵⁵.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são talvez os organismos internacionais mais ativos para processar e julgar violações dos direitos dos povos indígenas. Como exemplo, em abril de 2011 a Comissão de Direitos Humanos, em sede cautelar, decidiu requisitar ao Brasil a imediata suspensão do processo de licenciamento da usina hidroelétrica de Belo Monte e a paralisação do início de sua construção para proteção dos comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no Pará⁵⁶. Uma reação violenta foi demonstrada pelo governo brasileiro, que chegou a convocar seu embaixador na OEA e não mandar representantes para as reuniões que se seguiram, além de não pagar sua contribuição anual à organização. A decisão foi modificada, mas ainda será avaliado se o caso deverá ser apreciado pela Corte Interamericana.

⁵⁵ Para um panorama da jurisprudência no sistema interamericano de direitos humanos em relação aos povos indígenas ver Mario Melo (2006).

⁵⁶ **PM 382/10 - Indigenous Communities of the Xingu River Basin, Pará, Brazil**

Voltando ao sistema global, ele é completado pelo sistema específico de direitos humanos. Segundo Flávia Piovesan e Luis Carlos Rocha Guimarães:

Ao contrário do sistema geral de proteção que tem por destinatário toda e qualquer pessoa, abstrata e genericamente considerada, o sistema especial de proteção dos direitos humanos é endereçado a um sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e concreticidade de suas relações. Vale dizer, do sujeito de direito abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, etnia, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades (1998:335).

Inúmeros países possuem entre seus habitantes povos indígenas. São contingentes populacionais reconhecidos como diferenciados na Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Estados Unidos, Índia, Islândia, Japão, Mongólia, Noruega, Rússia, Suécia, Ucrânia entre muitos outros; são populações de grande expressão demográfica em quase todos os países da América Latina (com destaque para Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Colômbia), da África, do Oriente Médio, do Sudeste Asiático e da Oceania (principalmente na Nova Zelândia e Indonésia). Pela quantidade e variedade dos povos indígenas e sua distribuição mundial, por invariavelmente serem minorias populacionais e pelo histórico de opressão, a relação dos estados nacionais com os povos indígenas tem repercussão e interesse mundial.

Certas convenções trazem normas que devem ser aplicadas à proteção dos povos indígenas, com destaque para a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, ambas firmadas sob liderança das Nações Unidas. O Brasil é signatário de ambas as convenções e reconhece, desde 2002, a competência do Comitê para processar denúncias individuais de violações dos direitos inscritos na Convenção CERD.

Contudo, o mais emblemático documento internacional sobre direitos dos povos indígenas é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, proclamada em setembro de 2007 pela Assembleia Geral da

Organização das Nações Unidas. Negociada lentamente durante 25 anos, o texto foi aprovado por 144 países, com 11 abstenções⁵⁷ e votos de rejeição de Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia⁵⁸. Sua força política não pode ser comparada com nenhuma outra carta internacional, apesar de ser documento de tênue força jurídica.

Seu processo de aprovação teve eventos importantes como a proclamação, em 1993, pela Assembleia Geral da ONU, da primeira Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo, para o período entre 1995 e 2004. Como o objetivo daquela década era aprovar a Declaração, a ONU foi duramente pressionada pelos movimentos indígenas a prorrogá-la, e resolveu pela sua renovação até 2014. Em 2006, um consenso se formou entre os países e os representantes indígenas quanto ao teor da declaração, tornando possível a sua aprovação pela Comissão de Direitos Humanos⁵⁹. Durante todo esse processo, a estratégia do movimento indígena foi a de preferir estender o tempo de negociação a ceder aos países contrários, capitaneados pelos Estados Unidos (MATHIAS e YAMADA, s.d).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é um documento internacional construído com a participação ativa dos seus beneficiários diretos. Os mais diversos povos indígenas do mundo reuniram seus representantes de forma institucional no Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas. Toda organização ou representante indígena pode assistir e participar das sessões do Fórum, que acontece todos os anos na sede da ONU. Com grande força nas negociações, os representantes foram fundamentais para pressionar pela adoção dos textos, que refletiam o conjunto das reivindicações atuais dos povos indígenas em

⁵⁷ Colômbia e Samôa, que se abstiveram quando da proclamação, hoje adotam a Declaração.

⁵⁸ Esses países são todas ex-colônias britânicas, com uma maioria de descendentes de imigrantes e com povos indígenas originários em sua população. Desde a proclamação da Declaração, esses quatro países têm demonstrado posição mais próxima à sua adoção. Em 2009, o governo australiano ofereceu um pedido formal de desculpas a seus povos aborígenes pelas injustiças do passado e endossou a Declaração. Em 2010, os governos da Nova Zelândia e do Canadá também mudaram sua posição para reconhecer a Declaração. No entanto, o anúncio mais surpreendente foi o dos Estados Unidos, que estaria revendo seu posicionamento contrário à Declaração, conforme anunciado pela Embaixadora Susan E. Rice na 9ª Sessão do Fórum Permanente para Assuntos Indígenas realizada em 2010, e pela fala do Presidente Barack Obama, em 16 de dezembro de 2010, em cerimônia da segunda conferência tribal da Casa Branca, em que disse às lideranças indígenas que gostaria de endossar tardiamente a Declaração da ONU e aprofundar as relações entre os Estados Unidos e as nações indígenas, reparando as promessas quebradas até então.

⁵⁹ Para tramitação da Declaração, posição do Brasil nas negociações e representação indígena, ver entrevista de Azelene Kaingáng.

todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os estados nacionais. Hoje o Fórum continua seu mandato para monitorar a implementação da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas no mundo e subsidiar o trabalho do Relator Especial da ONU sobre direitos dos povos indígenas. Além da pressão dos representantes indígenas, a Declaração foi aprovada pela atuação política de muitos países africanos e americanos, inclusive do Brasil.

Aos povos indígenas são reconhecidos expressamente na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em todo o direito internacional dos direitos humanos. A igualdade de direitos na ordem internacional e interna é complementada com o direito à autodeterminação, ou seja aos povos indígenas é garantida a escolha de seus caminhos políticos, econômicos, sociais e culturais. Tratados como povos distintos, não perdem seu direito de participar plenamente da vida de seus países. Sua identidade étnica, seus valores culturais, seus territórios e recursos naturais devem ser protegidos e reparados, no caso de violação passada ou presente.

No âmbito regional, sob a coordenação da Organização dos Estados Americanos, existe ainda uma proposta em favor da adoção da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Marco fundamental no direito internacional direcionado exclusivamente aos povos indígenas e anterior à Declaração da ONU, é a Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho, agência da ONU⁶⁰. A Convenção 169, como é chamada, é de vital importância para este trabalho por se tratar de norma internacional tomada com força de lei pelo Brasil. O Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 143 aprovou o texto da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho no dia 22 de junho de 2002.

⁶⁰ Antecedida pela Convenção 107 da mesma OIT.

Ratificaram a Convenção 169 a Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Equador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Baixos (Holanda), Paraguai, Peru e Venezuela. Apesar de suas poucas adesões, compensadas pela expressividade populacional indígena dos países que a ratificaram, as normas da Convenção têm força jurídica vinculante nos países que a adotaram.

A Convenção 169 da OIT é composta de quarenta e três artigos, divididos em dez seções (política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através das fronteiras, administração, disposições finais e transitórias).

Não há hoje no Brasil liderança indígena ou documento dos povos indígenas reivindicando seus direitos que não faça menção à Convenção 169. Poderes e órgãos públicos além das organizações da sociedade civil que atuam em defesa dos direitos e interesses dessas comunidades completaram a luta pela sua aplicação. Ou seja, seu teor é plenamente conhecido pelos povos indígenas e seu texto é uma importante arma na luta por direitos indígenas no Brasil.

Apesar de ser possível identificar seguidos casos de não-observância das suas disposições, notadamente aquelas que trouxeram inovações à legislação brasileira, algumas decisões judiciais têm reconhecido a obrigatoriedade da aplicação da Convenção 169, especialmente a necessidade de consulta prévia do estado brasileiro aos povos indígenas. Hoje, a luta pelos direitos indígenas se dá, entre outros âmbitos, em quais direitos e procedimentos devem ser aplicados para consulta dos povos indígenas, desde as intervenções e políticas sociais, passando por aproveitamento de recursos naturais das terras indígenas, representação política e, de forma ampla, pela definição das políticas para os povos indígenas.

A Convenção 169 da OIT também revela sua importância na influência que exerceu nas recentes mudanças constitucionais havidas nos países latino-americanos. Muitos governos de esquerda que chegaram à presidência de seus países na década de 2000 apoiavam-se numa agenda de promoção de direitos

indígenas, como Evo Morales na Bolívia ou Rafael Corrêa no Equador. Outros governos, ainda que não eleitos com uma agenda para promoção de direitos indígenas, responderam à crescente mobilização de sua população indígena para uma maior participação na vida política. Muitas das normas constitucionais latinoamericanas que reconhecem direitos dos povos indígenas tomaram como inspiração os padrões internacionais sobre o tema, principalmente a Convenção 169 (COURTIS, 2009). Proteção dos territórios indígenas e de seus recursos naturais, autodeterminação, consulta livre e informada e pluralismo jurídico aparecem acolhidos, de uma ou de outra forma, em constituições e na legislação dos diferentes países da região. Decisões judiciais internacionais do sistema interamericano⁶¹ ou nacionais em diversos países latinoamericanos aplicam a Convenção, com destaque para a Corte Constitucional da Colômbia⁶².

Mas, por outro lado, ela não escapa de críticas, que apontam a omissão em relação à proteção da propriedade intelectual e sobre a falta de instrumentos de participação dos próprios povos indígenas no controle de sua aplicação (CHAMBERS, 1997:125).

Além dos temas definidos acima, a experiência no exercício profissional e acadêmico deixa claro que os mecanismos institucionais e a opinião pública internacional são fortes controles dos estados nacionais no relacionamento com os povos indígenas, seja questionando suas ações ou mesmo controlando a aplicação dos compromissos firmados internacionalmente. Os povos indígenas são tema de discussões em diversos fóruns internacionais, dos mais gerais aos específicos.

Uma crítica que pode ser feita aos órgãos internacionais ou organizações não-governamentais que acompanham as questões indígenas é que sua ampla atuação e sua capacidade de representação nas esferas regionais os leva a uma posição distante das realidades das quais se manifestam. Já os órgãos internacionais

⁶¹ A Convenção 169 é utilizada pela Corte e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Apesar de não terem competência para atuar baseadas em violações da Convenção 169, uma vez que sua competência é fundamentada nos instrumentos regionais americanos de direitos humanos, ela é utilizada como texto interpretativo, destinado a aclarar as obrigações dos Estados americanos assumidas na Convenção Americana e na Declaração Americana sobre Direitos Humanos.

⁶² São mais de quarenta casos fundamentados na Convenção 169 da OIT na Corte Constitucional da Colômbia (BOTERO MARINO, 2003:45-87).

de direitos humanos possuem inúmeras competências, pois são órgãos colegiados sempre vinculados ao acompanhamento da implementação e respeito das normas de direitos humanos em geral. A consequência é uma análise burocrática, fundamentada, sobretudo, em relatórios apresentados pelos estados nacionais, confrontados com informações trazidas por organizações não-governamentais estrangeiras ou nacionais. Dessa forma, falta o necessário entendimento da complexidade de um país e de seus povos indígenas, o que agrava o risco de perpetuar uma visão etnocêntrica da sociedade.

Mas reside na soberania dos estados nacionais, traduzida na falta de garantias e instrumentos eficazes de controle da aplicação das convenções e tratados internacionais, o maior entrave para a efetividade (SILVA, 2005:555) dos direitos humanos previstos na ordem internacional.

3.1.2 Povos indígenas como sujeitos de direito internacional

Nos últimos 20 anos, os povos indígenas deslocaram-se da classificação de minorias étnicas do direito internacional, vinda do pós-Segunda Guerra Mundial, para ter um tratamento específico. Em quase todos os países do mundo são encontrados povos e comunidades com um vínculo histórico com as sociedades pré-coloniais, que se consideram distintas do restante da sociedade atual. Sofrendo por anos a tentativa de integração à sociedade majoritária de seus países, hoje, muitos povos indígenas estão determinados a continuarem etnicamente diferenciados, tendo para isso que transmitir o que lhes dá essa identidade diferenciada, ou seja, seus territórios, culturas, línguas e instituições sociais.

Na atual fase de expansão do direito internacional, novos sujeitos de direito são aceitos, além dos já aceitos estados nacionais, organismos internacionais, organizações intergovernamentais, organizações não-governamentais e indivíduos.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultado da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, em seu Princípio 22, é a primeira norma internacional a trazer os povos indígenas como sujeitos de direito internacional (pois exigiu dos estados assim os reconhecer):

As populações indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm papel fundamental na gestão do meio ambiente e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses dessas populações e comunidades, bem como habilitá-las a participar efetivamente da promoção do desenvolvimento sustentável.

Todavia, foi no processo de negociação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que os povos indígenas foram considerados sujeitos de direitos internacionais. A presença política e a participação ativa dos representantes dos diversos povos indígenas do mundo, num diálogo intercultural, ainda que assimétrico, mas com grande força de negociação e pressão, estabeleceu um novo direito aos povos indígenas.

O direito de ser sujeito de direitos na ordem internacional está presente nos artigos 18 e 40 da Declaração:

Artigo 18

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.

Artigo 40

Os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação e seus direitos individuais e coletivos. Essas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos.

Os direitos de participar da tomada de decisão sobre questões que afetem os direitos dos povos indígenas e de ter procedimentos para solução de controvérsias com Estados são exercitáveis na ordem internacional e doméstica, sem ressalvas. Além do texto normativo, os povos indígenas são admitidos e considerados como sujeitos de direito de longa data pelas inúmeras decisões judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelas diversas comissões e conselhos do sistema da Organização das Nações Unidas.

3.1.3 Incorporação do Direito Internacional ao Direito brasileiro

Os tratados são concluídos com a adoção de seu texto pelos estados participantes de sua elaboração, geralmente através do voto favorável de dois terços dos estados presentes e votantes. Após, segue a autenticação ou assinatura dos representantes do estado no documento, que traz a obrigação de abster-se da prática de atos que frustrem seu objetivo e finalidade. A fase seguinte é a aceitação soberana, dos direitos e deveres previstos nos tratados internacionais pelo estado através de um processo de consentimento que é peculiar a cada organização jurídica nacional, chamado ratificação. Por fim, ratificado pelos países, segue a entrada em vigor do tratado, de acordo com as regras nele definidas, seu registro e publicação.

No Brasil, o poder de celebrar tratados, convenções e atos internacionais é privativo do Presidente da República, de acordo com o inc. VIII do art. 84 da Constituição Federal. Ao Congresso Nacional, segundo o disposto no inc. I do art. 49, é delegada a competência para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Dessa forma, o presidente remete os tratados ratificados ao Congresso Nacional para exame e aprovação. Aprovado, o presidente do Senado Federal promulga um decreto legislativo. Após, o texto é decretado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial. Conclui-se, assim, a adoção da norma internacional. De acordo com o § 1º, as normas definidoras dos direitos e garantias

fundamentais têm aplicação imediata, o que leva à incorporação automática dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012:145 e ss).

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados na Câmara e no Senado, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros, da mesma forma que as propostas de emenda constitucional, serão equivalentes a elas, com todas as prerrogativas que lhes são inerentes na hierarquia do ordenamento (possibilidade inscrita pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que alterou a sistemática da recepção das convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos ao acrescentar o § 3º do art. 5º), pois vigia o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁶³ de que as normas previstas em tratados e convenções internacionais eram recepcionadas com força de lei pelo ordenamento jurídico brasileiro, a par do previsto no § 2º do art. 5º⁶⁴.

Apesar de a Emenda Constitucional n. 45 ser destinada a modificar a Constituição e definir a controvérsia sobre se as convenções e tratados tinham força constitucional, o STF proferiu decisão no Recurso Extraordinário n. 466.343 conferindo uma hierarquia especial e privilegiada às normas internacionais de direitos humanos. A tese da hierarquia constitucional automática dos tratados de direitos humanos anteriores à EC n. 45, de 2004, foi afastada, mas defendida por uma minoria relevante no STF⁶⁵. Agora resta uma estranha previsão de que tratados internacionais de direitos humanos podem ser recepcionados como norma constitucional se aprovados com o mesmo rito das emendas constitucionais, e, no entanto, como nenhum tratado internacional é dessa maneira tramitado, acaba ganhando força supralegal.

⁶³ Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 80.004, acolhia os tratados internacionais com força de lei federal. Consequentemente, adota-se o princípio que a lei posterior revoga a anterior no que lhe for contrária. Entendimento esse foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no HC 72.131-RJ, publicado em 22.11.1995, e muito mais recentemente no RHC 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 22.11.2002.

⁶⁴ Para uma discussão mais aprofundada da questão ver Flavia Piovesan (2012:127 e ss).

⁶⁵ Foram vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos força constitucional. A jurisprudência do STF continua a se orientar pela decisão do RE n. 466.343, com uma ampla jurisprudência (PIOVESAN, 2012:135).

3.2 Direito e povos indígenas no Brasil

Muito do que será apresentado neste item é uma evolução da obra *Direito e Povos Indígenas*. Publicada em 2009, foi resultado da experiência profissional nos cargos de Procurador-Geral da Funai e Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente. Os objetivos da publicação, na época, eram mais profissionais que acadêmicos. Faltava aos profissionais jurídicos, antropólogos, ambientalistas, funcionários públicos e, sobretudo aos indígenas, um manual para quem inicia no trabalho com a questão indígena. O caminho era apresentar os diversos argumentos jurídicos sobre os temas mais importantes na relação do Direito com os povos indígenas.

No presente trabalho, a análise continuará abrangente, pois sempre é necessário contextualizar a questão, agora com novas atualizações vindas das mudanças legislativas e políticas e das recentes decisões sobre os direitos dos povos indígenas, mas enfatizará o assunto principal desta tese, o pluralismo jurídico. Sem nenhum corte metodológico, seria necessário analisar quase todas as normas do Direito brasileiro. Afinal, tudo, absolutamente tudo que rege a vida de cada indígena faz parte de um sistema normativo - do direito dos povos indígenas e do direito brasileiro. Ou seja, todas as normas do direito brasileiro que são endereçadas à vida dos povos indígenas, destinadas a todos os brasileiros ou especificamente aos indígenas, estão em constante diálogo com sua organização social.

Num campo tão amplo e complexo, são necessárias delimitações. Uma delimitação possível é focar nos assuntos mais discutidos pelos livros e artigos acadêmicos do direito brasileiro que tratem de povos indígenas, pelos de maior interesse dos povos indígenas e pelos de mais preocupação dos órgãos do estado brasileiro.

Segue a classificação temática para área de atuação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que trata de populações indígenas e comunidades tradicionais:

• Atividade militar	• Educação	• Questões previdenciárias
• Atividades produtivas	• Empreendimentos	• Quilombos
• Competência	• Exploração de Madeira	• Recursos genéticos e conhecimento tradicional
• Crimes	• Mineração e garimpo	• Registro civil
• Dano moral coletivo	• Patrimônio cultural	• Saúde
• Danos ambientais	• Políticas públicas	• Sustentabilidade e segurança alimentar
• Direitos culturais	• Povos e comunidades tradicionais	• Terra
• Discriminação		

Essa classificação é semelhante à divisão temática que será feita nesse trabalho. O conteúdo a ser tratado aqui será equivalente ao do enunciado pelos itens da tabela acima. Eles garantirão a base para analisar a política para os povos indígenas no Brasil contemporâneo, nos diversos momentos de planejamento, imposição e aplicação do direito. E como última delimitação, será importante priorizar, dentro desse universo de temas, os mais importantes para o pluralismo jurídico.

A pesquisa abrangeu os textos e obras jurídicas, as decisões judiciais, as decisões dos organismos internacionais, os documentos das organizações indígenas e sociais brasileiras, os documentos diversos dos órgãos da União, dos estados e municípios, de opiniões especializadas e não-especializadas.

Da mesma forma, o objetivo final dessa investigação, descrever se e de que forma o direito brasileiro está cumprindo as normas previstas na Constituição, especialmente aquela que traz o reconhecimento da organização social dos povos indígenas, já vai sendo alcançado.

3.2.1 Introdução: Constituição e direitos fundamentais

Para pensar sobre o Direito brasileiro para os povos indígenas ou, de forma mais geral, nas relações da sociedade brasileira com os povos indígenas intermediadas pelo Direito, o ponto de partida deve ser a análise da Constituição vigente. Por essa razão e por razões metodológicas e didáticas, alguns pressupostos constitucionais deverão ser rapidamente colocados antes da análise das questões que unem Direito e povos indígenas no Brasil.

As constituições trazem as normas estruturantes do ordenamento jurídico de um país. Num resumo pode-se dizer que as constituições tem como função:

estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 2003:42).

Entretanto, a configuração do objeto das constituições é definida historicamente, sendo mais ou menos abrangente dependendo do país e do momento de sua promulgação. Mas no geral é aceito que uma constituição traz minimamente a forma de aquisição, organização e repartição de poderes do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Sob outro enfoque, talvez a principal característica de qualquer constituição é ser a reunião de normas que definem a criação e aplicação das demais normas de um ordenamento jurídico. Essa característica é chamada de supremacia constitucional (FERREIRA FILHO, 1995:18 e SILVA, 2003:46). Dessa forma, as constituições trazem os órgãos competentes e o procedimento para criação e a aplicação das normas sobre: a separação de poderes, as limitações e os objetivos do poder de fazer e aplicar normas e a previsão dos direitos fundamentais. Todas as normas do ordenamento jurídico e atos administrativos se subordinam à constituição e

nenhum pode contrariá-la, pois será considerado inválido. Os poderes definidos pela constituição são limitados por ela em suas atividades criadora e aplicadora da norma.

Além disso, tecnicamente, numa ficção jurídica, a constituição funda uma ordem jurídica completamente nova, sem vínculo com a ordem jurídica anterior. Se alguma norma do ordenamento jurídico não puder ser interpretada em acordo com a constituição, dispondo de forma contrária à norma constitucional, será inconstitucional e deverá ser declarada não-recepcionada - e nula - por um órgão competente.

Em seu conteúdo as constituições direcionam uma sociedade para o seu ideal. Ideal que encontra limite, ao ser aplicada, na realidade anterior que a fez surgir⁶⁶. Ou seja, como se afirmou, a constituição, como o Direito, é historicamente definida, mas seu poder de imaginar uma sociedade diferente e instituir normas e instrumentos para que se ordene nesse sentido é ilimitado.

Por essas razões e sob essas premissas, o estudo sobre o ordenamento jurídico brasileiro na relação com os povos indígenas tem sempre como ponto de partida a Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988, assim como todo ordenamento jurídico positivo brasileiro, é envolta na história e cultura da sociedade brasileira. É fruto do choque de poderes de certas forças sociais, com suas diversidades de interesses e antagonismos ideológicos que se cristalizam no texto normativo. Ou seja, não é uma ordem neutra que se coloca com a Constituição. A descrição do texto constitucional é uma escolha de relações e aspirações de uma sociedade em seu tempo histórico.

Tanto é assim que a Constituição brasileira de 1988 destina um capítulo aos índios, que, como colocado, faz sentido apenas para a sociedade brasileira, cuja história revela uma relação bastante peculiar com os povos indígenas. Numa outra sociedade, que não a brasileira, os povos indígenas sequer seriam mencionados ou, se existir um tratamento legal específico para eles, as regras serão

⁶⁶ Ver o conceito de suporte fático dos direitos constitucionais em Virgílio Afonso da Silva (2006), p. 28 e 29.

diferentes das brasileiras, pois diversas foram e são as realidades que amparam a idealização feita pelo direito.

Na Constituição brasileira encontram-se, lado a lado, normas sobre os organização do estado, direitos fundamentais, produção econômica, meio ambiente, liberdade de iniciativa, propriedade privada, saúde e educação. Ainda que o ordenamento jurídico forme pretensamente uma unidade racional, espelhando uma coerência, o Direito é sempre contraditório e conflituoso. Essas contradições e conflitos se cristalizam no texto, pois lá podem conviver princípios e normas díspares e excludentes. Mas é na vida e no momento da interpretação e aplicação da norma que as contradições se revelam. Em virtude disso, todas as normas constitucionais requerem, além da simples interpretação, um preenchimento político.

A seguir serão analisadas as normas constitucionais endereçadas aos povos indígenas.

3.2.1.1 Organização do estado para o relacionamento com os povos indígenas

O Estado brasileiro se organiza como República Federativa do Brasil, e de acordo com o art. 1º da Constituição de 1988 tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Por princípio, os cinco fundamentos do art. 1º são valorizados em primeira medida, ou seja, esses princípios devem guiar toda ação do Estado brasileiro. Em outras palavras, a República Federativa do Brasil (organizada político-administrativamente compreendendo a União, os estados, o Distrito Federal e os

municípios segundo o art. 18) deve pressupor-se soberana, promotora da cidadania e da dignidade da pessoa, protetora dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Pluralismo num sentido amplo é o reconhecimento da diversidade. O pluralismo político do art. 1º traz o reconhecimento da diversidade de ideias, pensamentos, ideologias, visões de mundo e formas de expressão e, também, da pluralidade de organizações sociais no seu sentido mais amplo. Não significa pluralidade ou quantidade de partidos políticos, como acreditam alguns, o que seria um conceito reduzido perto dos demais fundamentos previstos.

Se a base na qual se funda a República foi dada pelo art. 1º, no art. 3º são listados os seus objetivos fundamentais:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

*IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.***

Como já foi visto no começo deste capítulo, o nascimento da República foi acompanhado pela instituição de uma política e um órgão federal para os povos indígenas. No entanto, a centralização das ações para os povos indígenas do Estado brasileiro foi definitivamente deixada de lado⁶⁷ para se adotar um modelo de

⁶⁷ A Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, já estabelecia que cabe à União, aos Estados e Municípios, bem como aos demais órgãos a eles vinculados, a proteção das comunidades indígenas e a promoção de seus direitos:

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;

II – prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

III – respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

relacionamento e competências legais em alguns casos diversificadas, mas no geral concorrentes. União, estados e municípios têm suas competências e atribuições para os povos indígenas.

No entanto, algumas atribuições que interferem na vida dos povos indígenas foram estabelecidas de forma exclusiva pela Constituição à União.

Uma delas é atribuição da União de *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*, prevista no art. 21 da Constituição. Essa atribuição está hoje no centro da discussão sobre direitos dos povos indígenas. Com o objetivo de aproveitar os potenciais de geração de energia elétrica, o Poder Executivo planejou uma série de usinas hidroelétricas no Brasil inteiro, principalmente nas bacias localizadas no lado esquerdo do Rio Amazonas. A então ministra das Minas e Energia e chefe da Casa Civil, hoje presidenta da República, Dilma Rousseff, liderou esse processo no segundo governo do presidente Lula. As usinas de Belo Monte, Estreito, as pequenas centrais hidroelétricas do Rio Juruena, já em construção, e as planejadas Teles Pires (São Manoel) e Mauá, entre tantas outras, são exemplos de aproveitamento dos potenciais hidroenergéticos dos rios que cortam ou limitam muitas terras indígenas. Para que esses e outros potenciais fossem aproveitados através das usinas hidroelétricas, seria necessário cumprir o estabelecido no art. 49, XVI, da Constituição, que estabelece a competência exclusiva

IV – assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

V – garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes, ali, recursos para seu desenvolvimento e progresso;

VI – respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

VII – executar, sempre que possível, mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

VIII – utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;

IX – garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

X – garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que, em face da legislação, lhes couberem.

do Congresso Nacional para "autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais".

Os lagos da represa e a barragem dos rios afetam o meio ambiente e a vida de inúmeras comunidades indígenas ribeirinhas. As obras trazem uma nova dinâmica de ocupação do território do entorno das terras indígenas e das cidades mais próximas. As comunidades indígenas afetadas são contra esses aproveitamentos, pois temem os impactos sobre suas vidas. Objetivamente, reclamam de que não foram devidamente ouvidas pelo Congresso ou pelo Executivo federal; de que os impactos dessas obras são subdimensionados; de que as medidas para mitigação dos impactos não são cumpridas pelas empresas concessionárias.

Outra competência atribuída à União, de forma privativa ao poder Legislativo no art. 22, XIV, é a de legislar sobre direitos das populações indígenas⁶⁸. A competência privativa se estabeleceu para que todos os povos indígenas tenham um tratamento uniforme pelo direito brasileiro. Contudo, não é proibido que estados e municípios criem normas destinadas aos povos indígenas, principalmente para instrumentalizar as políticas públicas de suas competências.

Para proteger os povos indígenas de toda forma de violência e de esbulho, a Constituição, no art. 109, XI, delegou aos juízes federais o processamento e julgamento da disputa sobre direitos indígenas. Algumas razões podem justificar a competência da justiça federal para julgar direitos indígenas. A mais antiga de todas é a tradição da União em ter políticas de proteção aos povos indígenas. Talvez a mais importante derive do fato de parcela do Poder Judiciário dos estados ser formado pela elite regional, cuja riqueza em geral é baseada na propriedade da terra. Isso num país onde a terra foi em grande parte adquirida pela espoliação dos povos indígenas⁶⁹ através de doações ou subvenções dos estados e com a conivência e apoio do Poder Judiciário e Legislativo estadual. O mesmo Poder Judiciário, tutor do regime de

⁶⁸ O art. 8º, XVII, o, da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, estabelecia a competência da União para legislar sobre "a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Vigorava na Constituição anterior um objetivo expresamente integracionista, hoje afastado pela Constituição de 1988.

⁶⁹ Por exemplo, num passado bastante recente, em São Paulo, há menos de 100 anos, com a abertura das estradas de ferro em direção ao interior, que substituiu a floresta por fazendas de café, que colonizaram os territórios ocupados por indígenas.

órfãos a que foram submetidos os povos indígenas em outros tempos, que tantos prejudicou e espoliou em seu patrimônio e suas relações familiares. Por fim, há o argumento jurídico que se relaciona com a competência da Justiça federal para julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (art. 109, I). Interesse que se concretiza em relação aos direitos indígenas quando o art. 231 impõe à União o dever de demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os bens dos povos indígenas. Mas como se verá, a jurisprudência é bastante restritiva em relação à interpretação dos direitos indígenas, deixando muitas vezes casos importantes de conflitos interétnicos para a análise do Poder Judiciário dos estados.

Outras são as competências constitucionais comuns (no sentido próximo ao de compartilhadas) que interferem na vida dos povos indígenas e que pedem uma devida ação da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, das quais se destacam:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

Estas e algumas outras são também traduzidas em competências legislativas concorrentes entre União, estados e Distrito Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XV - proteção à infância e à juventude;

Muitos estados e municípios escolheram cumprir com suas obrigações constitucionais por meio de órgãos específicos para formular, organizar e mesmo executar políticas para os povos indígenas dentro de suas estruturas administrativas. É o caso da Secretaria de Estado para os Povos Indígenas do estado do Amazonas.

Uma inovação importante para a democracia brasileira foram as incumbências dadas ao Ministério Público, como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da

Constituição). O desdobramento das incumbências em suas funções institucionais, previstas no artigo 129, também são grandiosas. Entre elas está a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A competência de defender os interesses difusos e coletivos e seu papel fiscalizatório de outros poderes ampliaram a evidência e a legitimidade do Ministério Público para sociedade brasileira. Suas função de promotor e garantidor de direitos das majorias e minorias, além das garantias para seu trabalho e da independência administrativa e orçamentária, transformam o Ministério Público num

quarto poder no Brasil. Hoje não há dirigente de poder do Estado que não trate o Ministério Público como um ator institucional equivalente.

A atribuição de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas é reforçada pelo art. 232 da Constituição, que determina sua intervenção em todos os atos do processo que tiverem como autores os índios e as comunidades e organizações indígenas. Essa norma constitucional tem conteúdo bastante semelhante à norma do art. 37 da Lei n. 6.001/73, o Estatuto do Índio, que legitima judicialmente os então chamados grupos tribais ou comunidades indígenas, cabendo-lhes a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio (do Poder Executivo da União).

Assim, é função institucional de todo o Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, ainda seja subdividido pelo artigo 128:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

b) o Ministério Público do Trabalho;

c) o Ministério Público Militar;

d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

Seguindo o § 5º do art. 128, deve-se procurar na lei complementar a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

O Ministério Público da União tem como função institucional (art. 5º, Lei Complementar 75/93), a defesa do patrimônio cultural brasileiro (III, c) e os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso (III, e). E isso para além do âmbito judicial:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

XI - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas, propondo as ações cabíveis;

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

§ 1º Será assegurada a participação do Ministério Público da União, como instituição observadora, na forma e nas condições estabelecidas em ato do Procurador-Geral da República, em qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional da União, que tenha atribuições correlatas às funções da Instituição.

Não é possível separar a atuação política e jurídica do Ministério Público da União quando se trata da atuação do Ministério Público Federal. Principalmente, por ter as atribuições (atuar nos tribunais superiores e em toda Justiça Federal do Brasil) coincidentes com competência constitucional dada aos juízes federais para o processamento e julgamento da disputa sobre direitos indígenas. Competência apenas limitada pelos tribunais superiores quando interpretam o termo constitucional *disputa sobre direitos indígenas*.

Auxiliariamente, a atuação jurídica e política é resultado da dedicação de um dos órgãos superiores do Ministério Público Federal, sua 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, às populações indígenas e comunidades tradicionais (principal atenção aos quilombolas, as comunidades extrativistas, as comunidades ribeirinhas e os ciganos). Instituída pelo Regimento Interno do Ministério Público Federal, a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão é um órgão de coordenação, integração e revisão do exercício funcional dos Procuradores da República, nos temas relativos aos povos indígenas e outras minorias étnicas. É reconhecida pelos povos indígenas e por muitos como a maior defensora das causas indígenas, em grande parte devido à habilidade e coragem dos subprocuradores-gerais que a compõem. Mas, ao

fim, são os procuradores da república os agentes responsáveis pelo trabalho diuturno do Ministério Público Federal na defesa dos interesses das comunidades indígenas.

Mesmo sem possuir um órgão específico para a defesa dos povos indígenas, o Ministério Público do Trabalho tem, desde 1999, como uma das suas metas institucionais o combate ao trabalho escravo e regularização do trabalho indígena.

Os Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios pontualmente cumprem sua atribuição para com os povos indígenas. Não é o caso dos Ministérios Públicos dos Estados. Estados com uma grande população indígena deveriam ter seus membros preparados e motivados para defender os povos indígenas em juízo e fora dele. O Ministério Público Federal não atua em todas as comarcas no País. Os dois órgãos deveriam procurar uma sinergia em suas ações, especialmente na fiscalização das atividades dos estados e municípios em áreas de educação e saúde. Nos casos criminais envolvendo indígenas, que não relacionados a disputa sobre direitos indígenas, os ministérios públicos dos estados deveriam ao menos equilibrar sua atuação no processo penal.

Órgão previsto com ineditismo pela Constituição de 1988, a Defensoria Pública tem como função a orientação jurídica e defesa dos necessitados. Criada posteriormente pela União e em cada Estado brasileiro⁷⁰, as defensorias recentemente têm disponibilizado atendimento e defesa para os povos indígenas, principalmente para os índios acusados de crime e que não constituíram advogado. A Emenda Constitucional 45, de 2004, trouxe maior clareza sobre autonomia funcional, administrativa e orçamentária das defensorias públicas estaduais, continuando a Defensoria Pública da União sendo vinculada ao Poder Executivo. As defensorias públicas mais bem organizadas apontam para um futuro de proximidade com os povos indígenas. Já hoje, em alguns estados com grande população indígena, como Mato Grosso do Sul ou Amazonas, o atendimento aos povos indígenas já demanda um grande trabalho dos defensores públicos, especialmente na área criminal e para acessar benefícios sociais e previdenciários.

⁷⁰ Muitos Estados resistiram à implementação de suas defensorias, com destaque para Santa Catarina, que após 23 anos da promulgação da Constituição de 1988 ainda não tinha criado a sua.

Por fim, cabem ao Poder Executivo da União as principais atribuições do Estado brasileiro com relação aos povos indígenas. O *caput* do artigo 231 da Constituição não só reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ele delega competência à União para demarcar as terras indígenas, proteger os índios e seus direitos e fazer respeitar todos os seus bens.

Historicamente essas atribuições eram centralizadas no órgão de proteção indigenista federal, seja o SPI ou a Funai.

Atualmente, a União tem descentralizado cada vez mais suas ações voltadas aos povos indígenas. Como se verá posteriormente, as ações federais em relação à demarcação e proteção das terras indígenas e à assistência aos povos indígenas continuam sendo de atribuição da Funai. Entretanto, as ações de saúde, educação, assistência e proteção ambiental foram descentralizadas quando do governo do presidente Fernando Collor de Mello. O atual Governo aprofunda essa dispersão pelos Ministérios da Educação, Saúde, Justiça, Meio Ambiente, Desenvolvimento Social, Integração, Desenvolvimento Agrário, Agricultura, Esportes, Cultura, Cidades, Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Advocacia-Geral da União, todos desenvolvendo ações em relação aos povos indígenas⁷¹. Essa descentralização foi profundamente questionada na Conferência Nacional dos Povos Indígenas, realizada em abril de 2006, transparecendo no seu documento final, em certos termos, a preferência pela concentração das políticas indigenistas no órgão indigenista federal.

⁷¹ Cf. A evolução dos orçamentos relativos às ações indigenistas em estudo publicado no periódico **Orçamento & Política Socioambiental**, a. V, n. 16, jun. 2006, INESC. Ainda que esses dados possam ser contestados em relação à exatidão, servem de parâmetro para entender a descentralização.

3.2.1.2 Povos indígenas na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 reconhece e valoriza a diversidade étnica do Brasil e protege os povos indígenas brasileiros e seus direitos. A valorização da diversidade étnica e regional, expressa principalmente no artigo 215 da Constituição Federal de 1988, traz também a ideia de estado plural:

TÍTULO VIII

Da Ordem Social

CAPÍTULO III

DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO

*Art. 215. O Estado garantirá a todos o **pleno exercício dos direitos culturais** e acesso às fontes da cultura nacional, e **apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.***

*§ 1º - **O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.***

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V - valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

Aceitar a identidade de cada grupo étnico e seus direitos leva à compreensão de que cada ser humano deve poder viver plenamente sua cultura, em todas as formas de sua manifestação. O Estado cumpre com seu objetivo democrático ao se legitimar, não pela imposição, mas pelos valores inscritos constitucionalmente que levam a sociedade e o estado se organizarem por regras que promovam o

desenvolvimento e o progresso de todos, num processo de coesão de sua população. O paradigma político e jurídico cristalizado no texto da constituição rompe com a ideia do estado-nação (PEREIRA, 2002:45), afirmando o direito à diferença. O modelo de estado liberal, que se sustenta em uma igualdade de todos perante a lei e na previsão de direitos e garantias individuais, parece não responder adequadamente aos grupos minoritários, entre eles os povos indígenas brasileiros.

Dessa forma também está afastada a superioridade ou inferioridade e a integração das diversas culturas brasileiras a uma unicidade étnica ou cultural. A igualdade de todos aliada ao reconhecimento da cultura dos povos indígenas torna inadmissível pressupor que os indígenas são humanos com uma cultura inferior, primitiva, e que a aproximação condena-os à incorporação à civilização ocidental e à consequente perda de sua identidade indígena. Pelo contrário, a experiência traz que o contato de grupos étnicos não faz com que um absorva o outro, numa integração necessária, e mesmo se forçado esse choque cultural acaba por proporcionar uma mudança cultural que não tira do índio sua identidade.

Atenção especial foi dada aos povos indígenas, seja pela tradição jurídica brasileira, pela situação como minorias étnicas extremamente fragilizadas ou mesmo por interesses poderosos contrários a eles, com as previsões do artigo 231 e 232:

CAPÍTULO VIII

DOS ÍNDIOS

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

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

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º 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 sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A relação da sociedade brasileira com os povos indígenas deve se guiar pelas regras dos arts. 231 e 232 da Constituição. Os artigos trazem mandamentos constitucionais que se dirigem a todos indistintamente, sejam indivíduos, grupos ou organizações, instituições sociais e os próprios povos e indivíduos indígenas. Impõem a todos o respeito à cultura, aos valores, direitos, territórios e bens dos índios, mas sobretudo são mandamentos para que o Estado

(União, estados e municípios, seus Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo e demais órgãos públicos) reconheça os povos indígenas e os proteja.

A primeira questão que se coloca é se e como a Constituição inovou no tratamento dos povos indígenas. A resposta é um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que ela não quebra a tradição de proteção dos indígenas, inegavelmente, possibilita a completa mudança de paradigmas no tratamento legal.

Importante ressaltar que os direitos dos povos indígenas devem ser considerados como direitos fundamentais, mesmo que não previstos no Título II da Constituição de 1988. São direitos fundamentais porque a sua finalidade é dignificar o índio como ele é, respeitar sua humanidade, garantir sua liberdade real e sua igualdade de direitos frente ao restante da sociedade brasileira. Consequentemente os direitos dos povos indígenas são cláusulas pétreas e não podem ser diminuídos ou suprimidos.

Os direitos fundamentais são, além de prescrições normativas, importantes também como princípios na aplicação e interpretação do restante do ordenamento jurídico. O respeito previsto no art. 231 é norma que serve para definir o alcance e sentido das outras normas do ordenamento, estabelecendo o alcance real das garantias fundamentais. Deve ser observado na aplicação e construção do direito pelos poderes executivos, diariamente na tomada de decisões e ao criar e executar as políticas públicas de sua competência, bem como na resolução das disputas judicializadas, atividade mediação, interpretação e aplicação que cabe ao juiz. Além disso, é mandamento para o legislador constitucional (reformador) e infraconstitucional quando da edição de outras normas que procurarão dar concretude ao preceito constitucional.

Na primeira parte do *caput* do art. 231, a Constituição reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas brasileiros. Reconhecer significa que a sociedade e o Estado brasileiro identifica, protege e garante a cultura de cada indivíduo, grupo ou povo indígena. Organização social, costumes, crenças e tradições fazem parte de uma ordenação do modo como o índio se vê no mundo.

Definitivamente, o reconhecimento da cultura e das práticas culturais dos povos indígenas é uma novidade da Constituição de 1988 em relação às constituições anteriores. Todas as constituições brasileiras anteriores reconheciam apenas certos direitos territoriais aos povos indígenas brasileiros. Tradição de reconhecimento territorial que se mostra presente, agora com maior amplitude, na segunda parte do *caput* do artigo 231 e em todos seus parágrafos.

A Constituição reconhece o direito originário (aquele que remonta à origem dos povos indígenas e é anterior ao Direito) sobre as terras que tradicionalmente ocupam os povos indígenas brasileiros, cabendo à União demarcá-las, proteger os índios e fazer respeitar todos os seus bens.

Restrições ao direito do artigo 231 devem estar na própria Constituição. Não podem ser criadas pelo aplicador do direito, que incorreria em ausência de fundamentação constitucional. Além disso, devem ser proporcionais. Por proporcional entende-se a restrição que seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.

Outro remédio contra a integração forçada dos povos indígenas é a exigência, posta no art. 206 da Constituição, de que o ensino tenha como princípios o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a gestão democrática. Mais especificamente, prevê no artigo 210 o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais e que seja garantida para as comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

3.2.2 Cidadania

O índio é cidadão brasileiro como qualquer outro. Ou seja, faz parte do povo brasileiro, é igual aos demais cidadãos perante a lei, suas terras tradicionais

são partes do território brasileiro, e ele goza dos direitos e garantias fundamentais de todos os brasileiros. Pode parecer tolice tamanha obviedade, mas a maioria da população do Brasil tem uma visão estereotipada sobre o índio como aquele que é o estranho, que não fala o português, não usa roupas, que vive longe (de preferência na Amazônia), não come a mesma comida e cujo comportamento sempre surpreenderá. Ajuda a construir esse estereótipo serem os povos indígenas grupos culturalmente diferenciados e usufruírem de um estatuto jurídico especial. Isso leva à conclusão ilusória de que os indígenas têm restrições nos atos da vida em sociedade, inclusive nos atos jurídicos, que os colocam de forma desvantajosa perante o cidadão brasileiro.

Muito desse raciocínio vinha da construção em bases desigualitárias da tutela indígena antes da Constituição de 1988. Contudo, a Declaração das Nações Unidas em seu artigo 2 expressa o direito dos povos e pessoas indígenas de serem livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos, o que parece congruente com a igualdade de todos perante a lei escrita no caput do art. 5º da própria Constituição brasileira.

Assim, o trabalho do presente item é tão-só mostrar que os indígenas possuem os mesmos direitos e obrigações de todos os cidadãos brasileiros, mas que, por serem integrantes de povos culturalmente diferenciados, merecem uma proteção especial em determinados aspectos de sua relação jurídica com o restante da sociedade. Essa proteção se justifica nos direitos previstos no art. 231, que garantem aos indígenas a preservação de seu modo de vida e de seu desenvolvimento de forma autônoma.

3.2.2.1 Índios, comunidades indígenas, povos indígenas

Se a presente etapa deste trabalho é uma análise da relação do Direito brasileiro com os povos indígenas, é necessário definir o que é essa identidade genérica que é denominada índios, povos ou comunidades indígenas.

São inúmeras as formas acadêmicas ou empíricas de definir quem é índio ou o que é população indígena. Critérios como a reunião de certas características físicas, a autoidentificação, a identidade comunitária, língua própria, certos costumes e tradições, a investigação do parentesco, entre outros, são utilizados em conjunto ou isoladamente para definir a existência de um povo indígena ou a identificação de um indivíduo como indígena pertencente a determinado povo. Reconhecer e classificar um grupo de pessoas como povo indígena, descrever seus costumes, crenças e organização social, é uma preocupação tradicional da antropologia.

Mas essa preocupação é vinda principalmente dos direitos nacionais. Para o Estado, a importância de identificar um indivíduo como indígena se justifica para que as normas e políticas de proteção sejam aplicadas para um determinado grupo de pessoas elencadas como suas destinatárias. Ou seja, a definição, seja ela acadêmica ou legal, delimita o campo de estudo de uma ciência ou o alcance das normas e políticas públicas.

Claro que essa definição genérica circunscreve em um conceito a diversidade fantástica de pessoas e situações de vida, bem como de identidades coletivas diversas e complexas. A generalização de indivíduos com histórias de vida, entendimentos do mundo, crenças e valores diferentes, por vezes antagônicos, simplifica e reduz o índio a seu estereótipo. Deixa de considerar o universo e a complexidade da alma humana presente em cada indivíduo ou a diversidade de relações familiares ou comunitárias para estabelecer que uma língua ou um conjunto de crenças e características comuns reúne grupos de pessoas que se consideram distintas das outras. Por isso, falar em povos indígenas ou indígenas é uma simplificação e uma redução óbvia, mas extremamente necessária por tratar-se de um trabalho que nesse momento fala sobre questões gerais.

Muito em virtude dessa generalização, hoje as políticas públicas englobam regiões, realidades e sociedades extremamente diferentes entre si⁷², com

⁷² No mesmo sentido Elizabeth Maria Beserra Coelho "*As políticas públicas, a despeito da retórica de respeito à diversidade, continuam a ser elaboradas com base em uma concepção genérica de índio, reduzindo diferentes povos a uma mesma categoria.*" (2007:71).

particularidades culturais e históricas fundamentais que não podem ser ignoradas, pois deve-se pensar em tantas políticas públicas específicas quanto forem as etnias indígenas.

Índio, indígena e povos indígenas são conceitos diversos, pois os dois primeiros são idealizações abstratas e genéricas de um ser humano individualmente considerado, mas pertencente a uma outra idealização, o grupo de pessoas, uma população humana, com características semelhantes. As dificuldades de definir o índio/indígenas são as mesmas, se não maiores, que as dificuldades da definição de coletividade indígena.

Os instrumentos normativos que cristalizaram no texto uma definição, dentre as diversas definições acadêmicas ou empíricas possíveis, são complementares e não antagônicas. A saber, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho traz em seu art. 1º uma definição importante para delimitar a aplicação da própria Convenção:

1. A presente Convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

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 e políticas, ou parte delas.

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.

3. A utilização do termo “povos”, na presente convenção, não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

A Convenção define como um de seus destinatários os povos tribais, quais sejam, aqueles que vivem em tribos, que se distinguem da coletividade nacional, regidos por seus costumes e tradições ou por legislação especial. Pelo seu item “a” povos tribais e povos indígenas são idealizações, conceitos, diversos de populações. Logo, aos quilombolas também é aplicada a Convenção 169, por serem eles povos tribais diferentes da coletividade nacional, que se regem por costumes e tradições vindas de seus antepassados e reinventadas no presente. Contudo, são povos tribais que não podem ser considerados como indígenas.

Povos indígenas são, de acordo com o item “b” os povos, tribais ou não, que são considerados indígenas por descenderem de populações que habitavam o país ou região geográfica anteriormente à conquista ou colonização e que conservem as suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas tradicionais ou, pelo menos, parte delas.

Como a Convenção foi idealizada para aplicação mundial e quer abranger povos cujos problemas são semelhantes e equiparáveis, o conceito de povos indígenas imaginado pela Convenção é mais abrangente do que a definição de índio presente na legislação brasileira. Dessa forma, povos indígenas, pela Convenção 169 da OIT, são os povos indígenas amazônicos, do sul do Brasil, mas também, os Esquimós, os povos do altiplano sul-americano, os povos indígenas norte-americanos, as muitas tribos africanas etc. Além de serem coletividades chamadas de povos (e, em consequência, coletividades diversas da idealização da coletividade nacional), que descendem dos habitantes anteriores à conquista ou colonização e cuja integridade das instituições ainda se apresenta, os povos devem ter consciência de sua identidade diferenciada.

Ainda pela Convenção 169, não é considerado povo indígena a reunião de pessoas que tenham um sentimento comunitário, mas que não se reconheçam, individual ou coletivamente, como descendentes dos habitantes anteriores à colonização, conforme o disposto no parágrafo 2º do seu artigo 1º. No plano individual, são indígenas as pessoas pertencentes às comunidades cujas características sejam enquadráveis na sua definição. Dessa forma, a Convenção não é

aplicada aos indivíduos que não se considerem como integrantes de uma coletividade ou que não se considerem como descendentes dos povos que viviam anteriormente à colonização.

A legislação nacional enfrentou o problema apenas com a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, o Estatuto do Índio:

Art. 3º. Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Para o Estatuto do Índio, é índio o indivíduo de origem ou ascendência pré-colombiana, que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características o distingam da sociedade nacional.

O art. 3º da Lei 6.001/73 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e se coaduna integralmente com a Convenção 169 da OIT. Vejam-se os pontos em comum entre o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da OIT:

	Convenção 169	Estatuto do Índio
Origem	Populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização	Origem ou ascendência pré-colombiana
Identificação	A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental	Identifica-se e é identificado como pertencente a um grupo étnico
Cultura	Conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas	Características culturais o distinguem da sociedade nacional

Atualmente, maior divergência está no confronto da posição que classifica o índio como aquele que se autoidentifica como tal, sendo esse o único critério desejável e possível para identificação, e da que defende a necessidade da autoidentificação associada ao reconhecimento da comunidade e a certa preservação de características que o distinguem dos demais.

Tanto a Convenção 169 da OIT como a Lei 6.001/73 definem que a origem histórica, a autoidentificação, a identificação pela comunidade e a conservação de determinadas características culturais e institucionais são necessárias para definir o índio. Não parece que a Convenção 169 estabeleça a autoidentificação como o único critério prescrito. Para a Convenção, “*a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos*”. Ora, se é um critério fundamental, é o critério imprescindível, sem o qual uma pessoa não pode ser considerada como índio, então existem outros não-fundamentais, mas que são válidos⁷³. Por prever e permitir a existência de outros critérios, a Lei 6.001/73 não contraria a Convenção e a Constituição, continuando vigente.

Por outro lado, a Convenção, com essa norma, proíbe que alguém seja identificado como índio, independentemente de sua vontade e de seu autorreconhecimento. É a proibição de rotular alguém numa qualificação em que o indivíduo mesmo não se reconheça, em algumas oportunidades utilizada para segregar e discriminar a pessoa, impingindo-lhe um *status* renegado por ela.

Já comunidade traduz a ideia de um grupo populacional, inserido numa formação social complexa, com uma identidade agregadora em torno de uma ou várias características comuns, que podem ser geográficas, econômicas, culturais ou étnicas. Um conjunto de pessoas que se unem em torno de um atributo comum, que se distinguem do todo social, como indivíduos semelhantes. Sem dúvida, é uma palavra que deita seu sentido na sociologia moderna. Uma comunidade indígena é tão-somente um contingente populacional formado por indígenas que possuem uma ou diversas características geográficas (habitam um mesmo território), econômicas

⁷³ No mesmo sentido Chambers (1997:133).

(desenvolvem formas de economia compatíveis), culturais (têm semelhantes formas de organização, falam a mesma língua, celebram de forma idêntica certos marcos da vida, cultuam os mesmos deuses etc.) ou são continuidades populacionais com antepassados em comum. Define comunidades indígenas Manuela Carneiro da Cunha como: “*aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas*” (1987:26).

Todas essas definições podem ser encontradas com maior ou menor semelhança em diversos autores para os termos povos e nações indígenas. A par da opinião pessoal de que povo indígena pode ser traduzido em um agrupamento de pessoas (índios), que são oriundos das sociedades anteriores à invasão colonialista, que hoje se consideram distintos da sociedade, pois possuem características culturais, étnicas e território próprio, além de semelhantes formas de organização, língua, tradições, religiões e atividades econômicas, o conceito de comunidade é mais restrito. Pode-se entender que comunidade indígena é o grupo local de certo povo indígena.

Já é tradicional que a legislação brasileira se refira a um grupamento populacional de índios como comunidade indígena. O Estatuto do Índio definiu como comunidade indígena ou grupo tribal “*um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados*”. Pela definição do Estatuto do Índio, presente no inc. II do art. 3º, vê-se que comunidade é um conjunto de indivíduos indígenas, que vivem de modo autônomo da sociedade, destacando-se dela. É um conceito legal que deixa muito a desejar para que se entenda o que é comunidade indígena. O Estatuto, hoje, é bastante questionado, pois a ascendência pré-colombiana, ou a descendência dos povos que cá viveram antes da colonização europeia, deve ser reputada à comunidade e não ao índio.

A Constituição deu continuidade à tradição, para denominar um grupamento de índios, com certa organização social, territorialização, cultura e etnicidade, como comunidades indígenas. É o que se pode ver no art. 232.

Em outras passagens, como no inc. XIV do art. 22, sobre a competência legislativa privativa da União, e no inc. V do art. 129, sobre as funções institucionais do Ministério Público, a Constituição utilizou o termo populações indígenas. Populações é o termo utilizado, talvez, para englobar os indivíduos indígenas, as comunidades e todos os povos indígenas.

As comunidades indígenas são, então, reconhecidas pela Constituição, pois a elas o art. 232 outorgou o direito processual de ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses. O reconhecimento das comunidades como sujeitos de direito deveria ser acompanhado necessariamente de uma regulamentação legal definindo como será a sua relação com o Estado, qual será sua unidade fundamental, no sentido de evitar que seu reconhecimento esbarre em requisitos formais. Deixando ainda mais claro, uma regulamentação deveria prever, com base no respeito à organização social dos povos indígenas que o critério de definição de comunidades seja aquele próprio e interno de cada povo indígena, suas formas de ação e representação. Isso é em certa medida necessário para evitar que os agentes do Estado impeçam de saída à procura de direitos pelos indígenas com o argumento de eles não pertencem a alguma comunidade ou povo indígena.

Muitas comunidades indígenas já são reconhecidas oficialmente ou pelas centenas de anos de experiência antropológica e indigenista. Algumas delas ainda podem ser reconhecidas, seja pelo fato de serem derivadas de comunidades já existentes ou de grupamentos populacionais de ascendência pré-colombiana que hoje deixam sua condição de caboclos, para se afirmarem orgulhosamente como povos e comunidades indígenas (inclusive, em alguns casos, como povos que eram considerados extintos).

Duas principais dificuldades se colocam. A primeira é sobre qual a abrangência populacional da comunidade indígena. A comunidade indígena deveria abarcar todos os índios que falam a mesma língua, que habitam um mesmo espaço

territorial (uma terra indígena já delimitada), que pertencem a um mesmo unidade de parentesco ou cuja organização política as congrega em torno de uma liderança?

Segundo Mércio Pereira Gomes, um dos critérios mais importantes para se poder identificar uma unidade populacional como um grupo diferenciado de outros é

"o da unidade política, que, em si, é o que os nomeia e os define. Assim, quando se fala em índios Xavante, compreende-se um conjunto populacional que pratica uma vida em comum e que se constitui um povo com características e interesses próprios e com uma forma de organização política que os agrega, por sentimentos de lealdade e de ordenação, em uma unidade política." (1988:136)

Essa unidade política acaba transparecendo quando se utiliza, também, o critério de autoidentificação. Um grupo se define como grupo, para si e para os outros, em relação a características que só ele pode escolher. Toma-se cada comunidade indígena por características próprias, umas pelo fato de falarem a mesma língua, outras por conviverem num habitat específico (cerrado, florestas de transição, florestas tropicais, pantanal), por descenderem da mesma família, enfim, por **características que só a comunidade em si pode escolher**. Sua representatividade se encontra nos limites dos indivíduos que se declaram pertencentes a ela e que são reconhecidos por outros como a ela pertencentes.

Sobre a possibilidade de regulamentação das comunidades indígenas, existem projetos de reforma e substituição do Estatuto do Índio que tramitam no Congresso Nacional⁷⁴, contudo, esses projetos apenas repetem o permissivo que já está presente na Constituição Federal, ainda que de modo bastante tênue, não pormenorizando as reais necessidades da implementação desse reconhecimento.

⁷⁴ A análise desses projetos e suas diversas implicações foi feita por Wagner Gonçalves (1993).

3.2.2.2 Igualdade racial e étnica

O postulado inicial da sociedade contemporânea (e da doutrina universalmente aceita de que todas as pessoas têm direitos fundamentais) é que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de raça, cor, sexo, origem, idade, nacionalidade, religião, opinião ou riqueza. Discriminar uma pessoa dentre as demais por ser diferenciada entre os atributos mencionados é uma evidente quebra da universalidade do ser humano. Essa discriminação tem graduações e matizes, que vão do genocídio ao preconceito velado. A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece em seu art. 2º que “os povos e indivíduos indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena”.

No Brasil diversas populações étnicas e culturais diferenciadas convivem, nem sempre harmoniosamente, sob o postulado universal da igualdade dos seres humanos, declarado no art. 5º da Constituição:

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.

Mas, infelizmente, as relações sociais não são as imaginadas pela norma. O país ainda convive com a possibilidade de genocídio de populações, com a segregação e com a impossibilidade de diversas pessoas exercitarem direitos e garantias elementares ao ser humano. Os povos indígenas não vivem uma situação de igualdade real em comparação com outros grupos populacionais brasileiros. Alguns indivíduos e comunidades indígenas são perseguidos e têm suas vidas e culturas ameaçadas; sendo impedidos inclusive de se beneficiarem dos mesmos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais comuns a outros grupos da sociedade; inferiorizados, não lhes sendo possível na prática ter a mesma posição social, profissional e os mesmos bens que outros cidadãos.

A declaração da igualdade de todas as pessoas perante a lei nunca bastou. É necessário o seu desdobramento em demais princípios, normas e ações que apliquem esse postulado diariamente. A Constituição, em seu art. 3º, estabelece como objetivo fundamental do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Estado está a serviço de todos, sem exceção ou discriminação. Não pode ser perpetuador da situação atual, agente da continuidade da discriminação e da desigualdade entre diferentes grupos sociais. Ao contrário, o Estado tem como meta, dever, procurar a igualdade de todos os cidadãos, no sentido de igualdade de oportunidades e condições para o desenvolvimento e não de homogeneização.

Dentre os direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição de 1988 está a prática do racismo como crime:

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Completando o mandamento constitucional, a Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, definiu uma série de condutas, consideradas como crimes, resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, com alterações posteriores levadas pela Lei 9.459, de 15 de maio de 1997. O Código Penal brasileiro define, no art. 140, § 3º, como crime de injúria racial “*injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*” sendo que ela consiste “*na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição da pessoa idosa ou portadora de deficiência*”, com acréscimos realizados pelas Leis 9.459/97 e 10.741/03.

Além da legislação criminal, existem diversas leis esparsas com relevantes dispositivos voltados à igualdade racial e ao combate à discriminação, dentre elas destaca-se o § 1º do art. 242 da Constituição, que estabelece que “*O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro*”, a Lei 2.889, de 01 de outubro de 1956, que define o crime de genocídio; a Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, que pune os meios de comunicação que promovem práticas discriminatórias; a Lei 5.250, de 09 de

fevereiro de 1967, que regula a liberdade de pensamento e informação, vedando a difusão de preconceito de raça; a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, proibindo a publicidade discriminatória, e a Lei 8.081, de 21 de setembro de 1990, que estabelece crimes discriminatórios praticados por meios de comunicação ou por publicidade.

A igualdade racial e étnica ganha amparo geral com a proteção internacional das minorias étnicas e raciais pelas normas de direitos humanos. Dentro do sistema de direitos humanos das Nações Unidas podem-se apresentar as principais declarações e convenções sobre o tema:

- **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948) – A Declaração Universal dos Direitos Humanos estipula que todos são detentores de direitos e liberdades relacionados, independentemente de sua origem racial ou social (art. 2º). O art. 7º afirma que todos são iguais perante a lei e têm o direito à proteção da lei sem qualquer discriminação.
- **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados** (1951) – Fundamentada no receio de perseguição com base na raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social particular.
- **Declaração das Nações Unidas sobre todas as Formas de Discriminação Racial** (1963) – Os Estados que a assinaram expressaram o compromisso de eliminar “a discriminação racial no mundo, em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade de cada pessoa humana”, além da intenção de adotar “medidas nacionais e internacionais para esse fim, incluindo o ensino, a educação e a informação”.
- **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial** (1965) – É o tratado fundamental em relação aos direitos das minorias étnicas e raciais. Detalhadamente, os Estados se comprometem a eliminar a discriminação racial e promover o entendimento entre todas as raças.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. A Convenção tem por objetivo eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações e prevenir e combater doutrinas e práticas racistas. Em seu art. 1º, define como discriminação racial

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condições) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos

campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outro campo da vida pública.

Não são discriminatórias, pela Convenção, as medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. As medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o progresso de construção da igualdade não são consideradas discriminação racial, sendo exemplo o caso das ações afirmativas (PIOVESAN e GUIMARÃES, 1998:359). Os Estados-parte também se comprometem a garantir a todos, sem distinção de raça, cor ou origem nacional ou étnica, a igualdade perante a lei e o gozo de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Ações afirmativas são resultado da compreensão de que a igualdade não pode ser somente perseguida pela aplicação geral e indiscriminada do direito de forma idêntica a todos, mas também de medidas específicas que devem procurar um nível de representação e participação equitativos para os grupos sociais discriminados e que estão em desvantagem social se comparados com a população em geral. As medidas afirmativas são aplicadas através de muitas formas e instrumentos, sendo as mais comuns as políticas públicas estatais capazes de compensar ou reduzir as disparidades que afetam indivíduos em situação de desvantagem por motivos racial, étnico, religioso etc. Hoje o Brasil conta com ações afirmativas previstas legalmente para inserção do indígena no ensino superior, como se verá no item dedicado à educação indígena, mas pouca ou nenhuma política em outras áreas.

3.2.2.3 Capacidade civil

No Direito moderno, toda pessoa é capaz de ter direitos e contrair obrigações, o que é chamado capacidade de direito ou personalidade jurídica. O art. 1º do Código Civil brasileiro garante a toda pessoa ser capaz de direitos e deveres na ordem civil. Os homens e mulheres são sujeitos de direito por excelência, ao lado das

pessoas jurídicas, estas, construções imaginárias do direito. Do nascimento com vida (CC, art. 2º) até a morte, a pessoa é capaz de direitos. Todos são titulares de direitos e deveres, mas seu exercício através de atos da vida civil pode ser feito pessoalmente ou através de terceiros.

Ou seja, se todos são capazes de direito, podendo ter direitos e contrair obrigações, nem todos estão aptos a praticar pessoalmente os atos da vida civil (WALD, 1995:135). O direito civil distingue a capacidade de direito da capacidade de fato. São chamadas incapazes as pessoas que não podem exercer os atos da vida civil responsáveis por modificar direitos e obrigações. De acordo com o Código Civil:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Uma segunda classificação de sujeitos incapazes é trazida pelo art. 4º do mesmo Código Civil. Nela, os sujeitos são incapazes para exercer certos atos, definidos nas normas legais. Os anteriormente chamados relativamente incapazes são capazes de certos atos da vida civil. Na classificação dada pelo Código Civil anterior, os índios eram considerados pelo art. 6º como relativamente incapazes. O novo Código Civil não repetiu a mesma fórmula, deixando para legislação especial regular a capacidade dos índios.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

As pessoas maiores de 18 anos, se não listadas nos incisos dos arts. 3º e 4º do Código Civil, são consideradas plenamente capazes de adquirir direitos e obrigações e exercer todos os atos da vida civil (art. 5º). Essa diferenciação entre incapazes, incapazes para certos atos e capazes se deve às diversas impossibilidades naturais ou momentâneas de certas pessoas para exercerem seus direitos, através da livre manifestação de sua vontade e das desigualdades factuais a que estão sujeitas. Aos que não podem exercer devidamente seus direitos, é requerida a assistência de uma terceira pessoa, que exercerá os atos da vida civil em nome do representado. Sem a devida assistência, os atos jurídicos são nulos ou anuláveis.

Sob o regime do antigo Código Civil, como já afirmado, os índios eram, de modo geral, considerados relativamente incapazes, exigida a assistência do Serviço de Proteção aos Índios – SPI. Entretanto, a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterou o Código Civil acrescentando o parágrafo único ao art. 6º, dispondo que *“Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País”*. Juridicamente, com o advento da Lei 4.121/62, o índio deixou de ser considerado relativamente incapaz, mas se exigiu a regulamentação de um regime tutelar, o que foi realizado pela Lei 6.001/73, o Estatuto do Índio.

O Estatuto do Índio fixou, no parágrafo único do art. 5º que *“O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente”*. Foi instituído pelo art. 7º o regime tutelar aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional. A tutela imposta pela lei era o exercício dos atos jurídicos por terceiros que não o tutelado. A *contrario sensu*, os índios foram divididos em duas categorias: os integrados e os não-integrados, sendo os primeiros capazes do exercício de seus direitos. Os não-integrados deveriam ser tutelados, ou assistidos e representados pela União, através do órgão federal de assistência.

Essa situação perdurou até a Constituição Federal de 1988, que, no art. 232, reconheceu expressamente aos índios, suas comunidades e organizações a capacidade processual, ou seja, a possibilidade de ser parte legítima para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. De acordo com o art. 7º do Código de Processo Civil *“toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”*. Conforme Humberto Theodoro Júnior (2001:70), *“em regra geral, a capacidade que se exige da parte para o processo é a mesma que se reclama para os atos da vida civil, isto é, para a prática dos atos jurídicos de direito material (CC, arts. 9º e 13)”* e *“não tem capacidade processual quem não dispõe de aptidão civil para praticar atos jurídicos materiais, como os menores e os alienados mentais. Da mesma forma que se passa com a incapacidade civil, supre-se a incapacidade processual por meio da figura da representação”*. Pois bem, se a Constituição Federal de 1988 reconheceu a capacidade processual, claro está que reconhece, de forma geral, a capacidade jurídica plena do índio, das comunidades indígenas e de suas organizações.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Código Civil prevê, no parágrafo único do art. 4º, que *“a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”*. Pois bem, se de forma geral os índios são capazes, não se pode dispor em contrariedade a essa fórmula. Todavia, o Código Civil abre a possibilidade de delimitar essa capacidade, assim, em certas situações, excluí-los da norma geral de capacidade plena⁷⁵, o que pode ser admitido pela Constituição, dependendo do tipo de restrição adotada e seu propósito.

O Estatuto do Índio, se encarado como a norma regulamentadora da capacidade civil do índio, mostra-se inconstitucional ao prever a tutela dos índios não-integrados. A primeira razão para isso é a impropriedade (ou inconstitucionalidade) da classificação do índio de acordo com o nível de integração à comunhão nacional, afinal, não se pode classificar o índio pelo que grau de sua integração, revivendo um desejo integracionista veementemente afastado pela

⁷⁵ A incapacidade está fora de questão, sobretudo se num regime tutelar nos moldes da tutela e curatela prevista no Código Civil, mas deve haver um tratamento específico ao índio, um estatuto jurídico especial. Um estatuto especial é previsto ao idoso, que não deixa de ser capaz, e às crianças e adolescente, por exemplo. Da mesma opinião Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO (1993:303).

Constituição, que reconhece e protege os povos indígenas e suas culturas. A segunda razão da inconstitucionalidade é o tratamento do indígena indistintamente como incapaz, pressupondo sua inaptidão para a vida civil, quando ele pode ter pleno conhecimento do alcance dos seus atos e desejar participar de forma igualitária nas diferentes relações jurídicas civis.

Claro que a questão da incapacidade é polêmica e não tem um tratamento unânime pela doutrina. Roberto Lemos dos Santos Filho (2005:48), Helder Girão Barreto (2003:39-43) e Luciano Mariz Maia (1993:287) entendem pela não-recepção da incapacidade, enquanto Luiz Felipe Bruno Lobo (1996:24-31) admite a relativa incapacidade.

Problema tradicional na interpretação jurídica é a convicção de que a previsão de uma capacidade indígena específica, de um estatuto diferenciado, deve ser associada ao conturbado instituto da tutela, principalmente a tutela num viés de direito privado. A opinião do presente trabalho é que o índio tem capacidade plena, reconhecida constitucionalmente e que um estatuto diferenciado é devido ao índio por ordem da norma constitucional.

3.2.3 Organização social e jurídica dos povos indígenas

Cada povo e até mesmo cada comunidade ou aldeia indígena possui uma ordenação normativa própria, que rege sua organização social (aqui num conceito conglobante da palavra social, a abranger as relações familiares e pessoais, o poder político, a produção e trocas econômicas etc.), ocupação territorial, manejo dos recursos naturais religião, relações de parentesco, economia etc. Essas ordenações normativas refletem as possibilidades e as necessidades práticas de cada coletividade, ou seja, são complexas de acordo com a complexidade das questões colocadas à sua resolução.

Essa organização social e normativa não é escrita, não possui instituições como órgãos legislativos ou tribunais, não conta com a especialização dos profissionais do Direito; por outro lado, são geralmente relações dinâmicas, fluidas, individuais, o que torna extremamente difícil a delimitação entre o que é a organização social e qual seu conteúdo estritamente jurídico. Laura Nader pôde resumir a dificuldade que nesta tese já foi explorada: *"Paradoxalmente, estudos etnográficos da lei frequentemente removem o Direito do centro do estudo porque em sociedades de pequena escala, onde as pessoas compartilham vínculos sociais e políticos comuns (os tipos de lugares que os antropólogos estiveram aptos a estudar), observa-se um controle social geral, mais do que um Direito formal."* (2005:55). Entretanto, pode-se afirmar, ainda que numa aproximação, que as ordenações normativas dos povos indígenas brasileiros têm como conteúdo:

- *a organização da vida da comunidade, especialmente suas relações de parentesco;*
- *o comportamento dos indivíduos;*
- *as sanções devidas às condutas reprovadas;*
- *o exercício do poder;*
- *as instituições, cargos e a representação;*
- *as deliberações e resoluções;*
- *a solução de conflitos;*
- *a apropriação dos recursos naturais;*
- *as relações de produção;*
- *a propriedade dos bens;*
- *as crenças, religiões e rituais;*
- *a arte;*
- *as relações intergrupais;*
- *a defesa da comunidade.*

Cumprem, também, a função de normatizar as relações dos povos indígenas com o restante da sociedade brasileira, inclusive na relação com o Direito brasileiro. Dão a medida da relação da sua ordenação normativa com o Direito,

indicam quais as questões e litígios são regulados apenas por suas normas internas e quais devem ter a intromissão das normas e sanções do Direito. Em muitos povos, as próprias ordenações indígenas sofrem um constante processo de adaptação e são hoje altamente influenciadas pelo Direito brasileiro, suas instituições e suas normas.

De modo geral, a distância geográfica e cultural dos povos indígenas, a ausência do Estado brasileiro no interior do país - o que deu certa autonomia a muitos povos indígenas brasileiros - e a intermediação do órgão indigenista federal foram os principais fatores a operar e determinar a convivência entre as ordenações jurídicas indígenas e o Direito brasileiro. Nessa relação, em primeiro lugar, os povos indígenas sabem quando os representantes do Estado e o Direito brasileiro foram aliados em suas estratégias de sobrevivência e reprodução cultural. Assim, apenas nas convergências de sentido entre a organização social indígena e o Direito brasileiro ele é invocado e as instituições jurídicas externas são chamadas, cobradas e pressionadas pelos povos indígenas a exercerem seu papel.

Por outro lado, o Estado brasileiro, seu Direito e suas instituições jurídicas são distantes dos povos indígenas. O SPI e depois a Funai sempre foram os únicos órgãos estatais construídos para o relacionamento com os povos indígenas. Suas atuações foram marcadas pela ambiguidade na sua missão de proteger os povos indígenas ao mesmo tempo em que estavam inseridos numa cultura de desrespeito, preconceito e colonização, que era marcada também pela falta de recursos, despreparo de seus representantes e falta de apoio político ao órgão.

Com a interiorização do Brasil, depois com sua recente democratização e, por último, com uma maior presença do Estado brasileiro no interior do país, os povos indígenas passaram a ter mais relacionamentos com o restante da sociedade brasileira. Esse movimento teve algumas repercussões em relação ao pluralismo jurídico. A principal delas é uma maior intervenção da sociedade e do Estado sobre a vida e a organização social dos povos indígenas. A

história dessa intervenção será abordada ao longo de todo trabalho quando se falar da política e do Direito para os povos indígenas⁷⁶.

A experiência dos povos indígenas no relacionamento com a sociedade brasileira, a possibilidade e a educação para maior participação política e como resposta a essa intervenção social e estatal, contribuíram para que os povos indígenas começassem a lutar pelo reconhecimento e o respeito à sua cultura em geral e à sua forma de organização social. Essa luta toma forma, sobretudo, nas reivindicações pelo reconhecimento dos territórios indígenas e expulsão das ocupações indevidas, pela proteção e exclusiva disposição dos recursos naturais das terras indígenas, por maior autonomia para suas práticas tradicionais e por uma educação individualizada (bílingue e voltada para seus desafios e perspectivas de vida).

E como se viu no primeiro capítulo, a pluralidade de ordenações sociais e jurídicas indígenas sempre existiu. Assim como sempre existiram diversas outras formas de ordenações sociais e jurídicas num país que conta com uma enorme diversidade de grupos étnicos e sociais. Embora desde sempre exista essa pluralidade de ordenações jurídicas indígenas, o reconhecimento e a aplicação de outras ordenações que não o Direito brasileiro parece ter como primeiros exemplos outras formas de ordenamento normativos. Por exemplo, já de longa data o ordenamento jurídico nacional, através da Lei de Introdução ao Código Civil⁷⁷, exige que, em certos casos, a aplicação da lei brasileira seja afastada para a utilização de lei estrangeira.

Essa aceitabilidade de outras ordenações jurídicas pelo Direito estatal pode ser encontrada na quase totalidade dos países do mundo. Diversos ordenamentos tradicionais/religiosos são aceitos formalmente como válidos em muitos países e, em outros, são o próprio Direito vigente. São inúmeras as possibilidades de convivência entre formas estatais e não estatais de organização

⁷⁶ Formam bibliografia básica para entender essa questão *Die if you must* de John Hemming, *História dos índios no Brasil* organizado por Manuela Carneiro da Cunha, e *Povos Indígenas no Brasil* do Instituto Socioambiental, além das diversas etnografias produzidas pela antropologia brasileira que irão identificar os fenômenos mais gerais nas diversas histórias de cada povo indígena.

⁷⁷ Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942.

jurídica, reconhecidas ou proibidas expressamente ou não pelo direito. Por exemplo, países como os Estados Unidos, a Austrália, o Canadá, Nova Zelândia aceitam a autonomia dos chamados direitos dos povos indígenas com suas jurisdições, tribunais, juízes, à imagem e semelhança dos direitos nacionais⁷⁸. A América Latina também é uma região repleta de experiências na aceitabilidade constitucional das ordenações jurídicas indígenas, resumidas pelo relato de Ardito:

Desde o ponto de vista do direito, pode-se facilmente constatar que apenas na década de 70 começou a ter ressonância no continente um movimento cultural muito forte que levava ao desenho e execução de uma verdadeira política de reconhecimento dos povos indígenas. Uma política que partia do reconhecimento da dignidade e identidade desses povos e os direitos especiais que se derivam de tal reconhecimento. O efeito jurídico desse movimento foi a consagração de seus postulados mais importantes em normas constitucionais e em tratados internacionais. A criação de constituições multiculturais.

Esse movimento é inaugurado pela Bolívia com a Constituição de 2 de fevereiro de 1967. Ela reconhece às comunidades indígenas direitos sobre seus territórios ancestrais e sobre os respectivos recursos naturais; também reconhece direitos culturais como o direito à etnoeducação. Ademais, reconhece autonomia política, econômica e social às comunidades, contempla a existência da jurisdição indígena e reconhece sua personalidade jurídica. Pouco depois, os países centroamericanos se somam à nova tendência constitucional. Em 1972 o Panamá e em 1985 a Guatemala serão os Estados que inauguraram o constitucionalismo multicultural na região. A constituição panamenha, em seus artigos 119, 122 e 123, consagra os direitos de consulta e participação das comunidades e as reconhece o direito de dispor de um território e, em consequência, dos recursos naturais que nele se encontram. Na Guatemala, os artigos 66, 67, 68, 69 e 70 da Constituição regulam o direito a terra das comunidades indígenas. A Nicarágua se somará à tendência tão só um ano depois da Guatemala. Interesse especial desperta a regulação nicaraguense. Nesse sentido, cabe simplesmente indicar que a costa atlântica da Nicarágua representa um complexo panorama étnico que combina a presença de comunidades tradicionais, como os miskitos, com uma grande colônia anglófona que colonizou o país em meados do século XIX por influência do império britânico. Os seis artigos de sua Constituição, pertinentes para o que estamos tratando, reconhecem direitos territoriais, culturais de identidade e educação e sobre os recursos naturais das comunidades

⁷⁸ Ver como exemplo Kirsty Gover (2010),

étnicas dos miskitos, sumus, ramas, criollos e garífonos, e outros habitantes da costa atlântica. Em 1988 o Brasil incorpora a nova tendência e reconhece em sua Constituição o reconhecimento da diversidade étnica da nação. A regulação presente em sua Constituição trata principalmente do reconhecimento e da proteção dos direitos territoriais das comunidades indígenas. Sem dúvida, a década de noventa se converterá no período de maior auge do constitucionalismo multicultural na América. Em ordem, Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Honduras (1994), Argentina (1994), México (1995), Equador (1998) e Venezuela (1999), incluíram dentro de suas constituições normas que reconhecem direitos a suas diferentes comunidades étnicas. (ARDITO, 2003:50)

Quem já foi estudante em uma universidade ou em um centro educacional, público ou privado; praticou um esporte para o lazer, ou em competições amadoras ou profissionais; congregou sua fé em uma igreja; trabalhou num corporação nacional ou num órgão internacional; morou num condomínio; e quem utiliza a rede mundial de computadores estava submetido a um conjunto de normas de conteúdo jurídico, não-estatais, que convivem com certa autonomia diante do Direito brasileiro.

O reconhecimento e o respeito às formas de ordenação social e jurídica dos povos indígenas brasileiros já eram previstos em certa medida antes da Constituição de 1988 pelo parágrafo único do art. 1º do Estatuto do Índio, a Lei 6.001/73, que determinava a proteção do índio e das comunidades indígenas pela lei brasileira, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, com uma ressalva importantíssima, de que fossem resguardadas suas condições peculiares. O Estatuto do Índio é ainda mais claro na necessidade de respeito à organização social dos indígenas, o que se reforça pela previsão do respeito às regras em relação à família, sucessão, propriedade e negócios realizados internamente:

Art. 6º. Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Não só as normas indígenas que regem as relações da família, das sucessões, da propriedade e dos negócios devem ser aplicadas. Será visto

posteriormente com maior detalhamento que as normas penais indígenas (aquelas que são aplicadas tendo em vista uma conduta socialmente indesejada) também devem ser observadas como válidas. O Estatuto, no capítulo referente aos princípios das normas penais, especificamente em seu art. 57, admite a aplicação do ordenamento normativo indígena de repressão a delitos, suas instituições, normas e sanções.

A imperatividade geral do Direito é afastada em certas situações, seja porque a solução é mais adequada, se as partes envolvidas assim desejam, ou porque o comportamento habitual de determinado grupo assim exige. É o que o art. 6º do Estatuto do Índio parece adotar para as relações entre os povos indígenas. No entanto, o parágrafo único do mesmo artigo traz que as relações entre os indivíduos indígenas e demais brasileiros são regidas pelo Direito brasileiro, ainda que aos considerados não-integrados se destinasse uma regra tutelar de proteção, o que parece indicar o caráter pessoal (e não territorial) do direito:

Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta lei.

As ordenações sociais e jurídicas dos povos indígenas são reconhecidas e protegidas por força do *caput* do art. 231 da Constituição Federal de 1988 e devem ser consideradas como parte integrante da estrutura social e da cultura, constituindo, junto com a língua, um dos elementos básicos da identidade étnica de um povo indígena (STAVENHAGEN, 1989:27). Quando um povo tem modificada sua ordenação jurídica pela interferência estrangeira, lhe é retirada uma parte essencial de sua identidade étnica, mesmo que conserve outros elementos sociais e culturais. Ou seja, o reconhecimento das ordenações jurídicas indígenas é uma decorrência lógica do respeito do Direito brasileiro a todas as manifestações da cultura dos povos indígenas.

A Constituição de 1988 admite o alcance limitado do ordenamento, a sua não-completude e a complexidade das relações sociais de um país pluriétnico. As normas gerais que regulam a sociedade brasileira são de certa forma inadaptadas para muitas situações vividas pelas comunidades indígenas e deixam de ser aplicadas

em favor das normas dos próprios povos indígenas. Ou seja, a aceitabilidade de outras normas pelo ordenamento é medida necessária para a manutenção do próprio Direito brasileiro.

O reconhecimento e a proteção às ordenações dos povos indígenas, inclusive suas autoridades e procedimentos, não é uma concessão do direito estatal. Tampouco é a criação de uma esfera não-estatal cujo direito não precisa ser respeitado. Trata-se do reconhecimento pelo Estado de que o desenvolvimento da sociedade inclui os povos indígenas, respeitadas as suas peculiaridades. O Estado é construído em bases mais sólidas se todas as populações que compõem o seu povo se desenvolvem (RAMÍREZ, 1999:70). Aceitar a pluriculturalidade, garantindo aos povos indígenas a reconquista do controle de suas vidas e instituições, não significa esfregar a ideia de um Estado unitário. A separação do Estado em territórios ou estados indígenas não faz parte do respeito à pluralidade e nem é uma reivindicação dos povos indígenas. Basta aceitar e compreender que cada ser humano que integra o povo deve viver plenamente sua vida, suas práticas culturais, sem discriminação e num ambiente de tolerância. O próprio Estado democrático, ao aceitar a cultura e as ordenações jurídicas particulares de cada povo que vive sob sua proteção, ganha legitimidade, não pela força, mas pela consciência dos cidadãos de se organizarem por regras que promovam o desenvolvimento e o progresso de todos, num processo de coesão e unificação do povo.

Por outro lado, o respeito e a aceitação das ordenações sociais e jurídicas dos povos indígenas (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras indígenas) não é um princípio ilimitado e encontra seus limites primeiros nas próprias regras constitucionais. De forma bastante específica os parágrafos do próprio artigo 231 trouxeram as balizas do reconhecimento territorial nas definições dos § 1º, § 2º, § 4º, § 6º, § 7º; a possibilidade do aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas no § 3º; as possibilidades de remoção dos indígenas de suas terras no § 5º. Certamente outras restrições podem ser aplicadas ao reconhecimento das ordenações indígenas e estão previstas na Constituição e nas convenções internacionais sobre direitos humanos. Limitações

além dessas só podem ser observadas nos momentos de construção e aplicação da norma, ao tempo em que se faz o sopesamento e a aplicação do princípio da proporcionalidade entre os vários direitos constitucionais, num juízo em cada situação específica e concreta⁷⁹. Só a proteção, no caso concreto, de um valor constitucional maior pode superar o reconhecimento e restringir a autonomia das ordenações indígenas. Há de se ter boas e fundamentadas razões para se admitir a intervenção, em princípio proibida, sobre os povos indígenas. Interessante notar, para efeito do sopesamento, que a norma do artigo 231 da Constituição é considerada pelo seu conteúdo um direito fundamental e que o seu § 6º coloca os direitos indígenas em situação de superioridade em relação à propriedade privada da terra rural, por exemplo, isso num país onde é tão grande o poder das elites rurais proprietárias de terras. Por fim, as medidas restritivas devem ser aplicadas levando em conta sempre o contexto cultural da comunidade indígena afetada e, como já foi dito, num contexto de diálogo democrático e de compreensão multicultural e pluralista que respeite a diferença.

Na América Latina, são inúmeros os países que, além da aceitação constitucional das ordenações indígenas, desenvolveram uma abordagem pela Ciência do Direito e pela jurisprudência bastante relevante e adaptada às relações entre as ordenações jurídicas dos povos indígenas e os direitos nacionais⁸⁰. O melhor e mais preciso exemplo sobre a discussão dos limites do reconhecimento das ordenações indígenas vem da série de decisões da corte constitucional colombiana no caso em que uma povo indígena pretendia restringir a ação de uma comunidade evangélica:

Nesse sentido, considera a Corte que naqueles eventos nos quais resulta fundamental efetuar uma ponderação entre o direito à diferença étnica e cultural e algum outro valor, princípio o direito constitucional, se faz necessário instituir uma espécie de diálogo ou interlocução - directa ou indirecta -, entre o juiz constitucional e a comunidade ou comunidades cuja identidade étnica e cultural poderia resultar afetada em razão do que se deve proferir. A função de uma atividade como a mencionada, persegue a ampliação da própria realidade cultural do juiz e do horizonte constitucional a partir da qual haverá de adotar

⁷⁹ Para uma discussão sobre sopesamento e aplicação do princípio da proporcionalidade ver *O proporcional e o razoável*, de Virgílio Afonso da Silva (2011).

⁸⁰ Cf. a compilação de inúmeros casos na obra de STAVENHAGEN e ITURRALDE (1989).

sua decisão, com o ethos e a cosmovisão próprias do grupo ou grupos humanos que alegam a eficácia de seu direito à diferença étnica e cultural. A juízo da Corte, só mediante uma fusão como a mencionada se faz possível a adoção de uma decisão constitucional inscrita dentro do verdadeiro reconhecimento e respeito das diferenças culturais e, por fim, dentro do valor de justiça consagrado na Constituição (C.P., Preâmbulo e artigo 1º). (Sentença SU-510/98 da Corte Constitucional colombiana)

Todos os ordenamentos jurídicos latinoamericanos, inclusive às redações de suas constituições, adotaram a Convenção 169 da OIT no sentido de respeitar e proteger as ordenações sociais indígenas. Muitos, como o da Colômbia e do Equador, elevando as normas da Convenção 169 da OIT ao *status* de norma constitucional de direito fundamental.

E a Convenção 169 prevê, com uma redação um tanto duvidosa e com um sentido restrito de direito consuetudinário (ARDITO, 1997:18), principalmente se comparada à Constituição de 1988, a necessidade de serem considerados os sistemas jurídicos indígenas quando da aplicação da legislação nacional em relação aos povos indígenas:

Art. 8º

- 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.*
- 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costume e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.*
- 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.*

A leitura do artigo 8.1 pode separar dois momentos da aplicação da legislação nacional aos povos indígenas. O primeiro, quando se devem considerar na

aplicação da legislação nacional os costumes e direito consuetudinário dos povos indígenas. O que pode ser fundamentado no seguinte artigo 8.2, que sustenta o direito dos povos indígenas de conservarem sus costumes e instituições, limitados pelas regras dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Ou seja, as ordenações jurídicas indígenas são aplicadas nas relações internas das comunidades indígenas, devendo a legislação brasileira reger a relação dos índios com o restante da sociedade. E o segundo, nas ocasiões em que a legislação nacional for preferida, em exclusão ao reconhecimento da ordenação dos povos indígenas, como em muitas das relação dos indivíduos indígenas com a sociedade brasileira, ainda assim a organização normativa dos povos indígenas deve ser levada em consideração.

A Convenção não encerra o assunto. Parece repetir com mais detalhe o artigo 8.2 no seu artigo 34.

Artigo 34

Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Reforçando que é uma prerrogativa das comunidades indígenas restringir os direitos dos indivíduos pertencentes a elas, de uma forma livre, autônoma.

Artigo 35

Os povos indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades.

Levar em consideração a organização normativa na aplicação das legislações nacionais aos povos indígenas quer dizer que a legislação nacional deve sofrer uma aclimação em muitos dos seus institutos (o que, de fato, constitui o cerne deste trabalho), tendo em vista a necessidade de se garantir o pluralismo das organizações sociais dos povos indígenas.

Sem dúvida, a aplicação da legislação nacional não deve ser automática, sendo imperioso que ela seja revista para que as diversas formas de organização social dos povos indígenas sejam respeitadas efetivamente, abrindo em todos seus ramos a permeabilidade necessária a sua aplicação. Para quem acha um exagero, é necessário pensar que aplicar o Direito brasileiro indiscriminadamente não é sensível, muito menos prático. As muitas dificuldades dos direitos nacionais de serem onipresentes e completos pode ser multiplicada pelo tamanho do território brasileiro, complexidade das relações da sociedade brasileira, dificuldade da construção e interiorização de um Estado Democrático de Direito, pela marginalização e certa autonomia dos povos indígenas brasileiros.

São necessárias outras saídas para que a aplicação do Direito não produza fortes injustiças. A mais necessária e difícil delas é questionar a cultura etnocêntrica dos servidores públicos, principalmente dos que atuam nos cargos-chave dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo (em todas as esferas). Sua ações, hoje e sempre, como se vai ver ao longo deste trabalho, são no sentido de restringir direitos assegurados na Constituição, nas leis e nas convenções internacionais. Outra, com caráter de urgência, sendo uma das mais desenvolvidas doutrinária e juridicamente na América Latina, é adaptação dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais para tirar da ilegalidade, e principalmente no campo da criminalização, as ordenações indígenas quando operam para resolver os conflitos internos.

Num mundo ideal, os servidores deveriam aplicar a Constituição ao construir políticas públicas especiais para os povos indígenas, que respeitassem cada uma das comunidades e etnias indígenas. Nesse processo, o diálogo, a transparência e a compreensão seriam fundamentais para cumprir o requisito democrático. Negociar com os índios baseados na sua autonomia, assim como se faz com outros países em âmbito internacional, sem imposições, mas convencendo ou cedendo até chegar ao entendimento. E num tom ainda mais condescendente, pois são povos que pertencem e devem permanecer querendo fazer parte do Brasil, e que sofreram tentativas ainda recentíssimas de aniquilamento físico ou cultural.

Mas o que se vê hoje está bem distante dessa cenário. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário brasileiros interpretam as cláusulas abertas da Constituição cada dia de modo mais restrito, as convenções internacionais e a declaração dos povos indígenas são ignoradas em sua força jurídica, as leis não recebem aplicação ou são construídas para desproteger os povos indígenas. Dois casos recentes são emblemáticos nesse sentido: o julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol e o aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte.

No julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal não encontrou ofensa à soberania nacional ou segurança territorial na demarcação de terras indígenas em área contígua e faixa de fronteira; rechaçou a tese de que a demarcação de terras indígenas ameaça o princípio federativo e o desenvolvimento da nação; e reconheceu a proteção dos povos e culturas distintas que compõem a nação brasileira. No entanto, impôs dezenove condicionantes ao reconhecimento de terras indígenas que podem restringir a autonomia de todos os povos indígenas do Brasil, com contradições que ainda revelam o espírito discriminatório que se sobrepõe ao ideal constitucional do pluralismo democrático.

Sob pressão das Forças Armadas, dos estados e da elite agrária nacional, o STF tentou restringir a demarcação de terras indígenas e permitiu a intervenção irrestrita e autoritária do estado para o aproveitamento dos recursos presentes nas terras indígenas. Permitiu a instalação de bases militares nas terras indígenas, que também poderão ser cortadas por estradas, linhas de transmissão de energia, oleodutos e gasodutos. Restringiu a autonomia das comunidades indígenas ao delegar a decisão ao Estado sobre a entrada, o trânsito e a permanência de pessoas não indígenas em suas terras, direito que é conferido a todos e agora negado aos povos indígenas. Definiu-se a competência do Instituto Chico Mendes, órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente - MMA, para estabelecer normas e administrar a área de sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação, inclusive com restrições aos indígenas.

As condicionantes foram criadas como enunciados de caráter geral, sem nenhum compromisso com o caso concreto, sendo a maioria sobre o

relacionamento futuro do estado com os povos indígenas. Fizeram regredir a política indigenista ao século XIX ao ignorar as culturas, as histórias e as diversas realidades locais, repudiando a necessidade de negociação para suas ações (YAMADA e VILLARES, 2010). Restringiram a autonomia dos povos indígenas e a democracia ao ceifar a participação e consulta das comunidades indígenas nos assuntos de uso e gestão de suas terras tradicionais. Violaram a função clássica da Constituição como defensora dos direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias.

Por sua vez, o início da construção da usina hidroelétrica de Belo Monte foi o ápice da reedição do autoritarismo do Estado em grandes obras para o desenvolvimento do Brasil. A falta de participação no planejamento do setor elétrico, o enfraquecimento do licenciamento ambiental como instrumento de proteção ao meio ambiente, o desprezo pelo diálogo com os povos indígenas, a insegurança jurídica provocada pelas inúmeras decisões do Poder Judiciário e a deslegitimação do sistema americano de proteção dos direitos humanos marcaram o estágio inicial do projeto que se localiza na volta grande do rio Xingu, cujo barragemamento atingirá a vida dos muitos povos indígenas de um complexo cultural e étnico sem semelhança no mundo.

Feita essa introdução, o direito ao reconhecimento das organizações sociais dos povos indígenas será desenvolvido com muito mais detalhe na análise a seguir.

3.2.3.1 Autodeterminação

A Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas garante o direito à autodeterminação e dá seu conteúdo:

Artigo 3º

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 4º

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

O direito à autodeterminação é um dos aspectos da proteção da identidade dos povos indígenas. É a liberdade dos povos indígenas para buscar e escolher seu desenvolvimento social, econômico e cultural. Tem forte conteúdo político, que se revela no reconhecimento e proteção pelo Estado dos valores e normas, da organização, dos caminhos e procedimentos utilizados pelos povos indígenas.

É traduzido principalmente como direito de autogoverno, ou seja, o direito dos povos indígenas de implantar seu próprio projeto de vida e de governar seus assuntos internos com suas próprias normas, procedimentos e autoridades, sem qualquer interferência externa.

Compreende esse direito de se organizar politicamente a faculdade de definir e resolver os conflitos entre indígenas, o que é encarado por parte da doutrina e pela jurisprudência de muitos países como o direito dos povos indígenas de definir suas próprias autoridades judiciais e julgar segundo suas normas e procedimentos, numa verdadeira forma de jurisdição indígena⁸¹. O autogoverno inclui, também, as formas de representação perante os outros grupos étnicos, o Estado e a sociedade brasileira.

A autodeterminação inclui o direito dos povos indígenas de participarem da política brasileira de forma ampla e de serem consultados toda vez que políticas estatais os afetem e é transversal a todas as questões indígenas. Territórios, meio ambiente e recursos naturais, relacionamentos interétnicos, política

⁸¹ Ainda que dentro do conceito de autodeterminação e autogoverno seja totalmente compatível a autonomia dos povos indígenas para terem suas ordenações normativas e decidirem seus conflitos, além da possibilidade de escolherem se organizar em semelhança aos direitos nacionais, com a resolução de conflitos através de tribunais e procedimentos judiciais, não parece interessante pensar numa categoria como jurisdição indígena à luz do pluralismo jurídico. São tantas e tão diversas as formas de ordenações da vida dos povos indígenas que neste trabalho se prefere utilizar conceitos mais abertos.

indigenista, educação, saúde, produção e trabalho, organização social e jurídica são campos de aplicação da autodeterminação. Sem dúvida, a autodeterminação e seus diversos desdobramentos são hoje a principal pauta nos movimentos indígenas e indigenistas do mundo.

O direito à autodeterminação é norma do ordenamento jurídico brasileiro, eis que prevista na Convenção 169:

Artigo 6º

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;*
- b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;*
- c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.*

Artigo 7º

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

Essas regras e princípios sobre autonomia dão mais concretude e conteúdo aos direitos constitucionais previstos em todo o artigo 231. A seguir serão analisados esses princípios e regras que trazem direitos políticos específicos dos povos indígenas e pedem uma ação do Estado brasileiro.

3.2.3.2 Participação e representação política

A participação dos povos indígenas na política brasileira tem crescido com a democratização do Brasil. Contudo, praticamente inexistem canais específicos para a participação dos povos indígenas dentro do sistema político brasileiro. A participação dos indígenas acontece principalmente por canais próprios, sendo a mais utilizada a manifestação e pressão dos indivíduos, suas lideranças e organizações sobre os órgãos públicos do Estado brasileiro. Já a imprensa brasileira tem demonstrado cada dia menos interesse em questões que envolvem os povos indígenas, e alguns indígenas, como Raoni Metuktire e Davi Kopenaua Yanomami, concentram as poucas oportunidades de comunicação nos meios de comunicação tradicionais. Por outro lado, a rede mundial de computadores e suas redes sociais garantem a voz e a palavra e alguma repercussão política aos muitos povos indígenas, numa participação fragmentada, autônoma e livre sem precedente na história do Brasil. São inúmeros os blogs de indígenas ou páginas das associações indígenas a transmitirem as opiniões e posições dos povos indígenas de hoje. Ou seja, a participação é principalmente exercida por meio de instrumentos não-institucionais.

Mesmo dentro dessa forma de participação não-institucional ou formal muitas questões jurídicas surgem para o Direito brasileiro. A relação dos povos indígenas com os órgãos estatais leva à questão da representação indígena ao Direito brasileiro. Quem pode falar pelos povos indígenas no Brasil de hoje? Numa sociedade organizada sob os signos da democracia representativa, a questão da representação se revela fundamental para pensar a política brasileira.

Mas a representação envolve, no mínimo, premissas e categorias mentais muito distintas dos modos nativos de fazer política (RUFINO, 2000). Em muitos povos indígenas não existe a figura da representação, já que cada indivíduo fala por si e muitas das decisões são tomadas por todos, de forma direta. A política está presente de maneira ampla nas sociedades indígenas, coladas às regras do parentesco, dos rituais religiosos e do discurso cosmológico. Os (As) anciãos(ãs) que

guardam com sua rica oratória o legado mitológico de um povo, a intermediação com o mundo metafísico e o conhecimento da natureza; o chefe guerreiro que lidera as expedições e é responsável pela defesa da comunidade fazem parte de um complexo sistema de distribuição de poder político.

No entanto, é verdade que o contato com a sociedade e com os representantes do Estado transformou muitas comunidades indígenas. O poder político entre as comunidades indígenas mudou ao longo do tempo por inúmeras razões. Dominar o português e os códigos do colonizador tornou-se uma habilidade fundamental. O Estado brasileiro e todas as instituições que se relacionaram com os povos indígenas tiveram seu papel nessa mudança por forçar, manipular e impor uma série de processos estranhos e estrangeiros.

A história de cada comunidade indígena leva a uma forma de liderança e divisão de poder. O (A) cacique, pajé, tuxaua, as lideranças jovens, as organizações indígenas são atualmente os maiores interlocutores indígenas no relacionamento interétnico, mas podem ser muitas outras ou nenhuma. Atualmente se destaca uma nova forma de mediação protagonizada por jovens escolarizados, falantes do português, conhecedores dos códigos e peculiaridades da sociedade brasileira, acostumados com a vida fora da aldeia e formados nas constantes relações de representação de sua comunidade junto aos órgãos do estado e da sociedade. Essas lideranças jovens trazem dilemas entre gerações, pois as lideranças tradicionais e presas às aldeias perdem voz e poder dia a dia.

Como pôde ser visto até aqui, a Constituição, a Convenção 169 e a Declaração da ONU reconhecem e protegem os valores, formas de organização, autoridades, costumes, normas, tradições, línguas, crenças e o espaço territorial dos povos indígenas. Em razão desse reconhecimento e proteção é direito dos povos indígenas livremente escolherem seus representantes, suas autoridades, normas e procedimentos. A sociedade e o Estado devem respeitar essa autonomia de uma forma ampla e para isso devem entender a política indígena e abrir os canais de diálogo com todas as pessoas que se intitulam líderes, ainda que seu poder de representação seja

restrito. As normas e procedimentos desse diálogo devem ser estabelecidos de comum acordo e dentro das regras constitucionais.

A Constituição traz, no artigo 232, o respeito a essa autonomia e o reconhecimento dos *índios, suas comunidades e organizações* como *partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses*. O STF, no julgamento da Raposa Serra do Sol, e muitos outros tribunais, entre eles o Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁸², reconheceram a capacidade das comunidades de atuar processualmente e serem representadas com total autonomia e sem nenhuma restrição pelas suas lideranças tradicionais. A representação processual da comunidade não está adstrita, no entanto, à iniciativa da liderança, podendo ser feita pelo índio ou por sua organização, de acordo com o próprio art. 232 da Constituição.

Uma crítica que pode ser feita não só ao Estado, mas às organizações não-governamentais, à imprensa e às empresas é a imposição de formas de organização e representação típicas da sociedade contemporânea aos povos indígenas.

O maior exemplo foi a utilização das pessoas jurídicas previstas no direito brasileiro para constituir representações de quase todo grupo ou comunidade indígena brasileira. Sem a devida consciência ou questionamento, as comunidades indígenas foram e estão sendo obrigadas a se utilizarem, no relacionamento com a sociedade, de uma formalização jurídica como organizações indígenas, constituídas nos moldes das sociedades do Direito Civil, como associações, fundações, federações e confederações⁸³. Interessante que o descompasso entre a organização social própria

⁸² Pesquisa no site: <www.trf1.gov.br> mostra que, em inúmeros processos, comunidades indígenas são admitidas como partes processuais.

⁸³ "Na sua maioria são organizações de caráter étnico de base local (por aldeia ou comunidade), como a Associação Xavante de Pimentel Barbosa, ou interlocal (grupo de aldeias ou comunidades), como a Aciri - Associação das Comunidades Indígenas do Rio Içana, ou o Conselho Geral da Tribo Ticuna (CGTT). Surgiram também algumas organizações regionais - como a UNI (União das Nações Indígenas do Acre), o Conselho Indígena de Roraima (CIR), a Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (Foirn) e, num âmbito maior, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab).
(...)

Ao nível local, operam instituições políticas tradicionais de cada povo, nem sempre tão visíveis como a Casa dos Homens, entre os Kayapó ou o Conselho dos Velhos no pátio da aldeia, entre os Xavante. Tais organizações têm eficácia reguladora sobre as interferências externas. Um exemplo clássico é que tais formas tradicionais de organização foram e são mecanismos internos que muitas vezes resistem às

dos grupos indígenas e a formalização jurídica em sociedades de direito civil se reflete na quantidade de organizações que são completamente desorganizadas⁸⁴. A partir do momento em que recebem recursos e não conseguem administrá-los nas normas impostas pelos financiadores, sejam eles quais forem, elas caem na marginalidade e tornam-se imprestáveis para mediar a relação com o índio.

As organizações são uma nova forma de representação política que simbolizam a incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos que possibilitam lidar com o mundo institucional da sociedade nacional e internacional em assuntos territoriais (demarcação de terras e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado) (RICARDO, 1996:90-91).

Na maioria das vezes os presidentes das organizações, que são jovens e letrados em português e, por isso são nomeados pelas suas comunidades para administrar as representações jurídicas impostas pela burocracia da sociedade brasileira, dividem ou se sobrepõe à liderança dos representantes tradicionais, por serem os atuais intermediários de seu povo.

A questão é bastante delicada e assim vista por Luciano Mariz Maia:

A falta de conhecimento da organização social de cada comunidade indígena, e a sua extraordinária multiplicidade e diversidade, geram dificuldades práticas para os membros da sociedade envolvente, e para os órgãos governamentais e não-governamentais, que estabelecem ou pretendem estabelecer canais de comunicação e convivência com os índios (1993:270).

imposições de funcionários de agências governamentais, os quais, sempre a procura de "um chefe" com quem tratar, acabam nomeando "capitães" que não coincidem com as autoridades tradicionais; ou no caso de missionários que nomeiam seus interlocutores preferenciais numa comunidade indígena, alçando-os, à condição de pastores ou catequistas, por oposição aos pajés. Ambas são formas de cooptação, que agências de contato estabelecem para "entrar" com a sua política numa determinada área indígena." (RICARDO, 1996: 90-91)

⁸⁴ Numa rápida análise da publicação de KAHN, Marina *et al.* **Manual para administração de organizações indígenas**, pode-se perceber que, se a sociedade obrigar os povos indígenas a se adequarem às suas formas jurídicas criar-se-á uma dificuldade muitas vezes intransponível, pois mesmo para os educados nos pressupostos da sociedade urbana é quase impossível administrar sem respaldo profissional uma dessas organizações.

Evidente, que esse modelo deveria ser substituído por outro em que a sociedade reconheça as peculiaridades de cada comunidade indígena. Em cada relação, a sociedade deveria se adaptar à organização política e cultural de cada povo ou comunidade indígena. Isso já pode ser observado, principalmente pela norma constitucional sobre a legitimidade processual das comunidades indígenas.

A representação é também categoria importante para analisar a participação política dos povos indígenas nas esferas formais dos poderes do Estado⁸⁵. Uma forma de participação dos povos indígenas tem se fortificado nos últimos anos na política brasileira: a representação dentro do sistema eleitoral e partidário. O voto e a candidatura de indígenas a cargos eletivos levou à eleição de 4 prefeitos e 44

⁸⁵ A posição dos indígenas sobre o assunto pode ser exemplificada nesta carta da Coiab:

"De acordo com o Censo 2000, 734 mil pessoas (0,4% dos brasileiros) se auto-identificaram como indígenas no Brasil. Um crescimento absoluto de 440 mil indivíduos em relação ao censo de 1991, quando 294 mil pessoas (0,2% dos brasileiros) se diziam indígenas. No entanto, quando olhamos para nossos governantes, não conseguimos enxergar a presença indígena.

A existência de políticos que pertençam aos mais de 200 povos indígenas brasileiros é exceção. Precisamos despertar para esta realidade. Muito conseguimos conquistar por meio da nossa luta. Para avançarmos ainda mais, é necessário elegermos lideranças comprometidas com nossas bandeiras de luta, que conheçam a realidade dos nossos povos, por fazerem parte deste contexto, e sentirem na pele as limitações, os preconceitos e as injustiças cometidas contra nossos povos, ao longo dos mais de 500 anos de história de ocupação não indígena no Brasil.

Cada eleitor indígena tem a oportunidade de escolher e votar em candidatos que realmente fortalecerão projetos voltados para nossos povos. Pois, muitos políticos não-indígenas esquecem desta parcela da população após serem eleitos. Tradicionalmente, utilizamos tacapes e flechas como armas contra nossos inimigos. Atualmente, o voto representa uma importante arma que se bem utilizada poderá mudar nossa história. Na política brasileira, o único indígena que se destacou foi Mário Juruna, primeiro deputado federal ligado a etnia indígena do Brasil. Ele nasceu em uma aldeia Xavante São Marcos, na Terra Indígena São Marcos (MT). Liderou a comunidade da aldeia Namunkura. Mesmo sendo da etnia Xavante, e com pouco conhecimento da civilização, foi eleito pelo Estado do Rio de Janeiro, e lutou indiscriminadamente por todos os povos.

Nós, indígenas, não nos consideramos melhores que os não-indígenas, mas queremos ver nossos direitos respeitados. Somos solidários a luta de todos aqueles que são desfavorecidos no nosso país. Conquistar melhorias nas condições de vida para nossos povos é uma forma de construirmos uma sociedade mais justa, com direitos igualitários para todos e todas.

É nesta sociedade que acreditamos, e por ela, lutamos. Temos conseguido formar jovens lideranças, advogados, sociólogos, jornalistas e doutores, mas somos omissos quando o assunto é ocupar a liderança política do país nas funções de vereadores, prefeitos, governadores, deputados e senadores. Que possamos nos unir em favor da causa indígena! Está em nossas mãos mudar esta história e ocupar o lugar que nos pertence no país do qual somos os primeiros habitantes.

Coordenação Executiva COIAB – 06.08.2008"

vereadores indígenas⁸⁶, só nas eleições municipais de 2012, e de Mário Juruna, único deputado federal indígena (1983-1987).

A presença indígena significativa em algumas estados como o Amazonas e Mato Grosso do Sul e em cidades como Uiramutã, Normandia e Pacaraima, em Roraima; Marcação e Baía da Traição, na Paraíba; Cabrobó, Pesqueira e Brejo dos Padres, em Pernambuco; Santa Cruz Cabralia, na Bahia; São João das Missões, em Minas Gerais; Barreirinha, São Gabriel da Cachoeira e Tabatinga, no Amazonas; Campinópolis, no MT, Japorã, Amambai, Dourados e outras no Mato Grosso do Sul predizem que os povos indígenas terão importância política crescente. Em algumas dessas cidades os indígenas constituem maioria populacional e só por divisionismo interno é que não elegem tantos vereadores e prefeitos⁸⁷. A participação indígena na política partidária brasileira já tem se mostrado relevante e modificado as relações entre indígenas e as elites locais (SMILJANIC, 2011:148)

Os indígenas absorvem, lidam⁸⁸ e modificam sua práticas políticas em contato com os processos políticos da sociedade brasileira para que sua voz seja ouvida e que eles tenham poder político dentro do Estado e da sociedade para perseguir seus interesses e sua autonomia⁸⁹. Em muitos países com sistema eleitoral em que a forma de escolha dos congressistas se dá pelo voto majoritário, uma forma de aumentar a representação política indígena se dá pela redefinição das circunscrições eleitorais para que coincidam com os territórios ocupados pelos povos indígenas.

⁸⁶ Levantamento informal cuja fonte está no site Índios do Nordeste.

⁸⁷ <http://merciogomes.com/2008/10/12/seis-indios-sao-eleitos-prefeitos/>

⁸⁸ *"Se não bastasse tudo isso, a candidatura indígena deve lidar obrigatoriamente com a mecânica de funcionamento partidário. Como sabemos, o partido político é em si mesmo o resultado de compromissos, interesses e arranjos complexos. Com alguma frequência a candidatura não pode se eximir de promover um projeto político que lhe ultrapassa em extensão, fazendo referência não apenas aos interesses da sociedade local envolvente como também às grandes questões nacionais. Por força de tais injunções o índio ganha ainda outras identidades: torna-se liberal ou socialista; e até mesmo outros lugares onde ficar: está na esquerda, na direita ou no centro."* (RUFINO, 2000)

⁸⁹ Interessante matéria *No extremo norte do país índios pedem aprovação de caciques para serem candidatos* sobre como as ordenações sociais e jurídicas indígenas de uma comunidade no Amapá mantêm uma coexistência e uma relação com o sistema representativo, eleitoral e partidário do Direito e do Estado brasileiro.

Outro canal de representação institucional indígena foi aberto com a criação da Comissão Nacional dos Povos Indígenas - CNPI, pelo Decreto de 22 de março de 2006. A CNPI é um canal para o diálogo entre os diversos órgãos de governo federal responsáveis pela política indigenista e representantes indígenas de todo o país. Ela se reúne regularmente para tratar dos mais importantes temas relacionados à questão indígena e é composta de 20 representantes indígenas, 2 representantes de organizações indigenistas não governamentais e 13 membros de órgãos governamentais, além de 3 convidados permanentes – o Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

A CNPI tem caráter consultivo e foi criada em resposta à reivindicação dos povos indígenas de que pudessem participar e opinar sobre os processos decisórios relativos às questões da política indigenista. Desde que foi criada, a comissão já realizou 17 reuniões ordinárias e seis extraordinárias. É, sobretudo, um espaço para manifestação política dos povos indígenas, como em 2011 quando os representantes indígenas na CNPI suspenderam sua participação nas reuniões pela falta de diálogo e pelo descaso com os povos indígenas pelo governo da presidente Dilma Rousseff, ou mais recentemente com o manifesto da bancada indígena na CNPI pela revogação da Portaria 303 da Advocacia-Geral da União.

Outra conquista foi a realização da Conferência Nacional dos Povos Indígenas e a criação da Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI. A Conferência Nacional dos Povos Indígenas foi convocada através de Decreto s/n., de 16.03.2006, e teve como precedentes nove conferências regionais realizadas em 2005. A Conferência Nacional dos Povos Indígenas reuniu pela primeira vez lideranças e organizações indígenas do país e foi realizada entre os dias 12 e 19 de abril de 2006. De suas discussões nasceu um documento final sistematizando as propostas para uma nova política indigenista e para diferentes ações do Estado brasileiro.

Além da participação no governo federal, poucos estados e municípios criaram algum canal de representação formal para os povos indígenas brasileiros. Duas são as principais experiências. A primeira é a instituição da

secretaria de estado para os povos indígenas pelo estado do Amazonas, acompanhada pela nomeação de um indígena para compor o governo⁹⁰. No mesmo estado do Amazonas, cinco municípios possuíam, em 2012, secretarias indígenas municipais: Autazes, Atalaia do Norte, Alvarães, Benjamin Constant e Humanitá. A outra experiência estadual e municipal é a instituições da representação dos indígenas através dos conselhos dos povos indígenas gerais ou nas áreas de educação e saúde.

E não se pode falar em participação democrática sem o profundo respeito pela informação e pelos canais de participação dos cidadãos nas decisões políticas. Não se deve imaginar a democracia apenas como regime representativo e democrático de governo, mas como *ethos*, atitudes e sentimentos dos indivíduos de uma sociedade que marcam suas manifestações políticas, culturais e econômicas. Essa concepção democrática está prevista principalmente nos arts. 1º, incs. II, III e V, e 3º, incs. I e IV, da Constituição.

O direito de informação está previsto no art. 6º da Convenção 169, que, ao cuidar da participação, impõe um dever ao Estado de boa-fé e de formular consultas aos povos indígenas de maneira apropriada. Para que isso aconteça, é evidente a necessidade de informações claras e precisas, oferecidas oportunamente. Dada a importância do tema, será tratado em item separado.

Aliás, a Convenção 169 é permeada de preceitos que cuidam da participação e do respeito aos povos indígenas e parece ser esse seu principal mote. Todas as suas normas destinadas aos estados signatários trazem uma obrigação de participação dos povos indígenas na elaboração de medidas legislativas e administrativas, seja na formulação ou execução das políticas públicas.

A participação e o consentimento dos povos indígenas implicam uma decisão com consenso, e, portanto, com mais legitimidade, o que serve à fiscalização da Administração Pública e ao respaldo das decisões.

O direito de os povos indígenas participarem das decisões está também localizado no § 3º do art. 231 e no art. 232, mas o pioneiro ao prevê-la foi o

⁹⁰ Bonifácio José Baniwa foi nomeado secretário de estado do Amazonas para os Povos Indígenas.

Estatuto do Índio. O art. 2º estabelece que cabe à União, aos Estados e aos Municípios a proteção das comunidades indígenas e a preservação de seus direitos, que deverão realizar essa competência através da execução de programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas. Esses programas e projetos devem ser executados “*sempre que possível mediante a colaboração dos índios*” (inc. VII).

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seus arts. 17 e 18, reconhece o direitos dos povos indígenas de participar da tomada das decisões sobre as questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus procedimentos. Exige que os Estados consultem os povos indígenas interessados, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado, antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. A Convenção 169 também traz determinação para os estados “*desenvolver, 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*” (art. 2º).

Como exemplos da influência do princípio da participação na criação e execução das leis e políticas públicas voltadas aos povos indígenas destacam-se a participação das comunidades na definição de seus territórios, conforme Decreto 1.775, de 08 de janeiro de 1996, e a participação de organizações indígenas ou índios representantes em diversos fóruns colegiados de consulta e decisão, como por exemplo o Conselho Nacional de Educação e o Conselho Nacional de Meio Ambiente.

No que toca à política específica para saúde dos povos indígenas, o Decreto 3.156, de 27 de agosto de 1999, garante, no inc. VIII do art. 2º, “*a participação das comunidades indígenas envolvidas na elaboração da política de saúde indígena, de seus programas e projetos de implementação*”. O mesmo Decreto prevê que sejam criados, em cada Distrito de Saúde Indígena – DSEI, conselhos distritais de saúde indígena, formuladores, acompanhadores e fiscais orçamentários das políticas e ações de saúde indígena, compostos por representantes dos usuários (as comunidades assistidas). Além dos conselhos distritais, poderão ser criados conselhos

locais de saúde, compostos por representantes das comunidades indígenas, com as seguintes atribuições:

I – manifestar-se sobre as ações e os serviços de saúde necessários à comunidade;

II – avaliar a execução das ações de saúde na região de abrangência do Conselho;

III – indicar conselheiros para o Conselho Distrital de Saúde Indígena e para os Conselhos Municipais, se for o caso; e

IV – fazer recomendações ao Conselho Distrital de Saúde Indígena, por intermédio dos conselheiros indicados.

Uma grande reivindicação e um direito que ainda está por ser construído é a participação dos povos indígenas na definição e na possibilidade do Estado autorizar ou realizar empreendimentos, obras ou atividades que impactem as terras indígenas, inclusive com a sua consulta formal e prévia e a possibilidade da recusa da realização. Hoje esse direito, mesmo que de certa forma previsto no art. 231, não está claro e enfrenta resistências em sua aplicação, pois a Constituição restringe tanto as atividades quanto a obrigatoriedade do acatamento de possível recusa.

Mas, a mais profunda das conquistas será a ocupação cada vez maior por índios de cargos públicos técnicos e representativos, com a finalidade de efetivar a participação e dar maior visibilidade para os próprios indígenas, mostrando sua capacidade e autonomia e fulminando o preconceito que tenta incapacitar o índio para assumir posições sociais relevantes. O Brasil já teve um deputado federal, deputados estaduais, vereadores e índios que também ocupam cargos de direção e representação nos poderes executivos. Essa representação deveria ser institucionalizada de forma exclusiva nos poderes legislativos, quiçá com vagas proporcionais à população e permanentes no Congresso Nacional ou com a ampliação de instrumentos de participação nas diversas instituições decisórias. Outra possibilidade real, já instituída em outros países, é a criação de um parlamento dos povos indígenas, que os congregue e faça ressoar suas vozes.

3.2.3.2.1 Consulta livre, prévia e informada

A estrada que passa pelo reconhecimento e a proteção da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente os indígenas ocupam, previsto no caput do artigo 231 da Constituição; pelas regras que exigem a oitiva das comunidades indígenas afetadas quando do aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, prevista no § 3º do artigo 231; pelos direitos de autonomia, autodeterminação, informação e participação; e pelas diversas regras da Convenção 169 até aqui apresentadas leva ao direito dos povos indígenas de serem consultados, de forma livre e informada, antes de serem tomadas decisões que possam afetar suas vidas.

A Convenção 169 da OIT tem papel fundamental nessa questão, tendo em vista que seus princípios e regras devem ser utilizados para interpretar e aplicar o artigo 231 da constituição. Um pouco de contextualização da Convenção 169 ajuda a entender o nascimento desse direito:

O direito de consulta prévia surgiu no texto da Convenção 169 de uma forma um pouco tortuosa. Em meio ao debate sobre autodeterminação dos povos, e diante da oposição radical de vários Estados à adoção desse princípio, chegou-se a uma fórmula jurídica que, se por um lado afastava a possibilidade de “independência” desses povos com relação aos Governos Nacionais, por outro garantia que não mais seriam adotadas medidas jurídicas, políticas e econômicas a sua revelia, como historicamente ocorreu. Desta forma, entre a negação da autodeterminação e o abandono do paradigma assimilacionista, surgiu o direito de consulta prévia como um instrumento de intermediação política entre os Estados independentes e os povos indígenas e tribais neles sobreviventes. (ISA, s.d)

Os artigos 6º e 7º da Convenção 169 estabelecem que, na aplicação das suas disposições (ou seja, em relação a quase todas as questões sobre a relação

dos povos indígenas e do direito) deverão os povos indígenas serem consultados sob as seguintes condições:

- *sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;*
- *na formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente;*
- *por meio de procedimentos adequados e suas instituições representativas;*
- *as consultas deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias;*
- *o objetivo é o de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado;*

Além da cláusula geral prevista no art. 6º, a Convenção estipula a obrigação de consulta em algumas questões específicas, como a exploração de recursos naturais, o reconhecimento das terras tradicionais e na medida excepcional de retirada e reassentamento desses povos.

Além da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o direito de consulta é também encontrado na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e na legislação brasileira, que estipula a obrigatoriedade do consentimento prévio e informado no acesso a recursos genéticos provenientes do conhecimento tradicional associado.

Duas questões são as mais desafiadoras nessa discussão: qual o alcance da necessidade de consulta e se há obrigatoriedade do Estado seguir o seu resultado.

Parece pacífico que a consulta deve ser realizada previamente a todas as decisões e ações administrativas, legislativas ou judiciais que sejam destinadas diretamente aos povos indígenas. Decisões que envolvem medidas de caráter geral como emendas constitucionais, leis e suas regulamentações; ou de caráter especial, como autorizações do Congresso para exploração de recursos hídricos, a pesquisa ou lavra de minerais em terras indígenas ou licenças e autorizações para empreendimentos que afetem os povos indígenas; ou ações

administrativas que implementem políticas públicas para os povos indígenas devem ser precedidas de consulta prévia.

Infelizmente, no Brasil, o direito de consulta prévia é sistematicamente negado aos povos indígenas. E o aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte foi a maior batalha que os povos indígenas travaram para a consulta. Uma obra de proporções gigantescas foi intensamente debatida pela sociedade brasileira em todos seus aspectos nos anos de 2010 e 2011.

Muito pressionado pelos povos indígenas e pelas entidades que os assessoram e sob a constante ameaça de paralisação do licenciamento ambiental e do início da construção pelas inúmeras ações judiciais ajuizadas pelo Ministério Público Federal, o Governo federal admitiu recentemente a implementação e a regulamentação do direito de consulta prévia. Contudo, a consulta não foi realizada antes da autorização do Congresso Nacional para Belo Monte, como exigido pela Constituição e pela Convenção 169. Alegou o Governo federal que a consulta foi realizada no procedimento do licenciamento ambiental, que foi duramente criticado pelas organizações indígenas.

Já para a proposta de regulamentação, foi criado um grupo de trabalho interministerial⁹¹ no início de 2012, além de ter sido realizado nos dias 8 e 9 de março, em Brasília, o *Seminário Convenção 169 da OIT: experiências e perspectivas*, com organização da Secretaria-Geral da Presidência da República, sem contudo, até a conclusão desta tese, dar resultados.

A decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicada em 27 de agosto de 2012, no processo judicial número 2006.3903.000.711-8, que questionou a falta de consulta prévia e o licenciamento de Belo Monte, é a primeira jurisprudência no Brasil que atesta a obrigatoriedade de consulta prévia:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA.

⁹¹ Portaria Interministerial n. 35, de 27 de janeiro de 2012, da Secretaria-Geral da Presidência da República.

USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

Mas, se uma regra tão clara, assegurada constitucionalmente, é desobedecida, pode-se imaginar a dificuldade de aplicar o direito de consulta naquelas decisões de caráter geral, não especificamente voltadas aos povos indígenas.

Como a consulta ainda não é uma prática do Estado brasileiro e não se tem uma regulamentação legal ou jurisprudencial sobre o assunto, são as experiências dos países da América Latina⁹² e os pronunciamentos da própria OIT sobre a Convenção 169 que podem fornecer os elementos importantes para concretização desse direito.

Pode-se começar com a posição da OIT sobre as consultas:

“O artigo 6º requer que a consulta seja “prévia”, o que implica que as comunidades afetadas sejam trazidas o antes possível ao processo, incluindo a realização de estudos de impacto ambiental. Por último, o Comitê deseja sublinhar que, como neste caso, reuniões ou consultas levadas a cabo depois da outorga duma licença ambiental não satisfazem o disposto nos artigos 6º e 15,2 da Convenção.” Doc. GB 276/17/1, GB. 282/14/3. Parágrafo N. 90.

Já a Corte Constitucional da Colômbia, na sentença SEU-039/97, verdadeiro *leading case* continental sobre a questão, estabeleceu claramente a necessidade de consulta aos povos indígenas, fixando as bases de interpretação da exigência de uma “consulta apropriada” e invalidando atos administrativos e legislativos do governo colombiano por não ter efetuado de maneira completa e séria o processo de consulta prévia para a concessão de uma licença da exploração de

⁹² Para uma perspectiva comparada da consulta prévia nos países da América Latina ver Consulta prévia e medidas administrativas (ISA, s.d)

hidrocarbonetos dentro de território indígena da comunidade U'wa (COURTIS, 2009:65).

Não tem valor de consulta, como mecanismo de participação da comunidade, a informação ou notificação que se faz à comunidade indígena sobre um projeto de exploração de recursos naturais. É necessário que se cumpram as diretrizes assinaladas na legislação correspondente, que se apresentem fórmulas de consulta ou acordo com a comunidade e que finalmente esta se manifeste, através de seus representantes autorizados, indicando sua conformidade ou inconformidade com o projeto e a maneira como é afetada sua identidade étnica, cultural, social e econômica. (Sentença SU-039/97 Corte Constitucional colombiana) (BOTERO MARINO: 67)

Em um caso ainda mais recente, a Corte Constitucional colombiana declarou na sentença C-030/0827 a inconstitucionalidade, por falta de consulta adequada às comunidades indígenas e afrodescendentes que seriam potencialmente afetadas, da Lei Geral Florestal (Lei 1.021, de 2006). A Corte esclareceu que o impacto direto se dá quando o legislador decida regulamentar matérias previstas pela Convenção 169 e também quando a medida, apesar de seu alcance geral, repercutir de maneira direta sobre as comunidades indígenas e tribais. (COURTIS:66).

A consulta deve ser formulada com boa-fé, cedidas informações pertinentes, claras, oportunas e imparciais sobre a questão, com procedimentos e prazos adequados, nas línguas das comunidades indígenas, respeitando a organização social e consultando de forma direta as comunidades afetadas. Essas linhas gerais, no entanto, devem ser concretizadas adaptando-se aos processos particulares de cada tipo de consulta. O que quer dizer, em poucas palavras, que existem decisões políticas de caráter geral, que afetam a totalidade dos povos interessados, e decisões pontuais, que afetam certas comunidades indígenas, como nos casos relativos a obras de infraestrutura ou exploração de recursos naturais que impactam diretamente os territórios. Para cada uma destas consultas, o objeto, as condições, os procedimentos e os interlocutores são diversos. Os custos da consulta, claro, devem recair sobre o Estado ou sobre os projetos que se querem implementar, conforme item c do artigo 6º da Convenção 169.

Para concluir, a consulta leva a uma manifestação dos povos indígenas e a uma decisão sobre o objeto da consulta. Não há que se falar em extremos, seja o poder de veto ou a desconsideração da manifestação dos povos indígenas, e não há respostas prontas. As decisões só podem ser tomadas nos casos concretos, respeitando a diferença e os valores das comunidades indígenas afetadas.

Na falta de regra constitucional prevista para resolução da questão deve-se atenção ao item 2º do artigo 4º, da Convenção 169, o qual afirma que todas as medidas especiais para proteger as pessoas, instituições, bens, trabalho, culturas e meio ambiente dos povos interessados não podem ser contrárias aos desejos livremente expressos por estes povos. Isso implica a necessidade de procurar e alcançar consensos entre as iniciativas dos estados e particulares e os interesses dos povos. Não se quer dizer que o consenso deva ser total, mas que as posições das comunidades indígenas devam ser levadas em conta e analisadas para mudança das decisões originalmente propostas. No caso de falta de acordo (o que não pode dizer o desprezo das manifestações indígenas), só resta que a decisão seja fundamentada, para que possa ser controlada em seu conteúdo pelo Poder Judiciário.

3.2.3.2.2 Direitos políticos

Vistas as principais formas de participação, é necessário tratar dos direitos políticos dos indígenas, ou seja, das regras estatais que disciplinam a soberania popular e a cidadania (no conceito lato) dos indivíduos.

A República brasileira constitui-se como Estado Democrático de Direito e a Constituição prevê que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Ou seja, o regime democrático adotado no Brasil é representativo, pelo qual o povo escolhe seus representantes mediante voto popular. Ao lado do sufrágio, são direitos políticos a iniciativa popular de lei, a ação popular para controle de atos estatais e a organização e participação em partidos políticos.

A essência dos direitos políticos num regime representativo de governo é o direito de sufrágio, o exercício de votar e ser votado. O sufrágio é universal, assim, os direitos de votar e ser votado são concedidos a todos os cidadãos brasileiros, sem discriminação. A regra geral que se impõe é a plenitude no gozo dos direitos políticos (LOBO, 1996:73). Todavia, para que seja efetivada essa plenitude é necessário cumprir certos requisitos estabelecidos pela própria Constituição e por todo o ordenamento.

Para votar é necessário se alistar na Justiça Eleitoral, o que é obrigatório para os maiores de 18 anos e facultativo para os analfabetos, maiores de setenta anos e aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (CF/88, art. 14, § 1º). Não podem se alistar os estrangeiros e, durante o período do serviço militar, os conscritos. A perda desse direito só pode acontecer nas hipóteses previstas no art. 15 da Constituição de 1988.

O índio deveria ser excepcionalizado da regra geral, sendo-lhe facultado o voto, pois a mesma Constituição que impõe a obrigatoriedade do voto reconhece a organização social dos povos indígenas e estabelece a proteção à cultura indígena. Não poderia a legislação ordinária obrigar o alistamento e o voto do índio, impondo regras e comportamentos estranhos à sua cultura e organização social, violando frontalmente seus direitos e garantias fundamentais.

Que os índios têm o direito de se alistarem e votarem é ponto pacífico, inclusive com a possibilidade de que sejam instaladas urnas eleitorais nas aldeias indígenas, para facilitar a participação política, o que ainda está bem distante da realidade em muitas terras indígenas⁹³.

Ao apreciar a Consulta 3.165/DF, foi aprovada, em sessão de 09.09.1966, a Resolução 7.919 do Tribunal Superior Eleitoral, que, na vigência da Constituição de 1946, já reconhecia os direitos políticos dos índios:

Os índios são alistáveis nas condições exigíveis pelos arts. 131 e 132 da Constituição Federal.

⁹³ Candidatos ignoram eleitores em cidade que figura na lista das que mais desmatam.

Os fundamentos da decisão que originou a Resolução 7.919 recaem no fato de que o “regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais, a que se refere o parágrafo único do art. 6º do Código Civil, não acarreta, por si mesmo, a incapacidade política do índio”. Acertada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que deu o devido limite à tutela sem confundi-la com a incapacidade civil ou eleitoral e sem trazer restrições legais aos índios.

Embora o Tribunal Superior Eleitoral nessa decisão tenha se posicionado corretamente sobre as condições de alistamento do índio, atualmente, o entendimento é de que o alistamento e o voto são obrigatórios aos índios, pois impostos a qualquer brasileiro, inclusive consideradas como válidas as condições necessárias a esse alistamento, como a comprovação da quitação com as obrigações militares⁹⁴.

O voto-vista do Exmo. Ministro Nelson Jobim, no Processo Administrativo 18.391 do Tribunal Superior Eleitoral, que foi seguido pelos demais ministros, asseverou, no entanto, que, por força do Estatuto do Índio, somente ao índio considerado integrado é exigível o cumprimento de todas as obrigações legais. Defendeu, ainda, a equivalência da classificação do índio integrado, em vias de integração e isolado, presente no Estatuto do Índio, com sua capacidade civil e eleitoral: “O índio integrado é aquele que foi liberado do regime tutelar e está na plenitude de sua capacidade civil. Já os índios isolados e em via de integração não estão liberados do regime tutelar e, por esta razão não estão no gozo de sua capacidade civil”. Ainda que resulte na conclusão correta de que aos índios (parte deles) não é obrigatório o voto, é evidente o retrocesso do entendimento atual em comparação ao voto da Consulta 3.165/DF. Confundiu-se tutela com capacidade civil (o que se procura desmistificar neste trabalho) e se as embaralhou com a capacidade eleitoral, o que o voto lavrado há 40 anos não fez.

Em relação ao direito de elegibilidade, ou seja, para pleitear mandatos políticos, em cargos representativos, mediante eleição (ser votado), é necessário que, além dos requisitos necessários ao alistamento eleitoral, o índio

⁹⁴ Processo Administrativo 18.391, Rel. Min. Garcia Vieira, interessado Tribunal Regional Eleitoral/AP, DJ 24.08.2001.

preencha as condições de elegibilidade e não incida em alguma das inelegibilidades previstas constitucionalmente. São condições de elegibilidade: ter nacionalidade brasileira ou condição de português equiparado; estar no pleno exercício dos direitos políticos; alistar-se eleitoralmente; filiar-se a um partido político; ter a idade mínima requerida a cada cargo pleiteado.

3.2.4 Terras Indígenas

O Brasil nasceu da expansão territorial e da exploração capitalista da sociedade europeia. Essa expansão não ignorou a ocupação territorial já existente. Ou seja, a nova ocupação territorial foi realizada pela conquista, seja ela pacífica ou violenta, dos territórios e agrupamentos indígenas já existentes.

As primeiras vilas foram entrepostos comerciais justapostos às ocupações indígenas. A dinâmica da ocupação europeia foi talhada no início de forma não-hegemônica, utilizando alianças com povos indígenas para iniciar a extração dos recursos naturais que justificavam a empresa mercantil. Se a expansão, num primeiro momento, foi realizada com a aliança com determinados povos indígenas, em franca contraposição a outros considerados mais agressivos ou cuja ocupação era mais organizada, posteriormente realizou-se com a importação de contingentes populacionais.

A ocupação territorial brasileira pós-cabralina é reconhecidamente litorânea (RIBEIRO, 2004:63), tendo sido iniciada no século XVI pelos núcleos sudeste (atuais Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro) e nordeste do país (Recôncavo Baiano e atuais Estados de Pernambuco, Paraíba e Alagoas). Por essa razão, as populações indígenas que habitavam o litoral foram as primeiras a sentir o poder e efeitos da colonização. O contato mais antigo, as doenças estrangeiras e a política de colonização, efetivada através do extermínio das etnias inimigas e do domínio das comunidades receptivas, fizeram que os povos indígenas ocupantes do

litoral fossem quase que completamente extintos. Alguns povos, para escapar da conquista territorial dos novos ocupantes fugiram para o interior.

Assim que a população litorânea cresceu e que a fixação litorânea se consolidou, a expansão territorial brasileira se interiorizou, para o Sul, pelo vale do Rio São Francisco, e pelo interior do Nordeste, tendo na atividade agropastoril, notadamente com a criação de gado, seu motor.

É exatamente aqui que se intensifica a disputa da nova civilização com as populações indígenas pela posse da terra. A conquista já não se fazia pela absorção das populações indígenas, principalmente suas mulheres, pelos primeiros colonizadores. O índio era apenas um obstáculo a ser vencido, que concorria diretamente pelo domínio dos campos naturais, impedindo sua substituição por cabeças de gado. Os grupos que se opuseram à ocupação do seu território foram exterminados.

Ao mesmo tempo, a ocupação territorial se intensificou na exploração da floresta tropical no sul e sudeste do país, retirando a madeira e substituindo-a por roças, à proporção que se substituíam o índio pelo imigrante europeu. A Amazônia, apesar da visão mítica atual, também foi uma das fronteiras de expansão das atividades econômicas nacionais, com as drogas da floresta, a borracha e a madeira. Essas frentes de expansão, muito bem descritas por Darcy Ribeiro (2004) ou John Hemming, (1978) tiveram suas peculiaridades em relação à substituição do índio pelo novo colonizador e o maior ou menor grau de crueldade do extermínio das populações indígenas.

Esse breve histórico tem o objetivo de destacar que a história da ocupação territorial brasileira foi marcada pela disputa dos espaços pelos colonizadores e seus antigos ocupantes, os povos indígenas brasileiros.

Atualmente, a atividade pastoril e a atual lavoura intensiva avançam pela Amazônia legal, num cinturão em forma de meia lua que une os Estados de Rondônia, Mato Grosso e Pará. A continuação da expansão da fronteira agrícola, na verdade da fronteira de colonização do território nacional, disputa lugar hoje com o

movimento pela preservação da natureza, a política de instituição de unidades de conservação, e com os territórios indígenas, cuja demarcação é a principal medida de proteção de seus espaços tradicionais.

Contudo, hoje, a expansão da fronteira apresenta-se de forma muito mais complexa, num país cheio de contradições, cujos enfrentamentos mais bárbaros, envolvendo a morte de inúmeras pessoas no campo e a fragilidade da posse da terra, convivem com a institucionalização da disputa fundiária no Poder Judiciário e Legislativo.

O Brasil tem juridicamente instituída uma política de proteção aos índios e às terras por eles ocupadas. Hoje são reconhecidas 669 terras indígenas, ocupando uma extensão total de 112.530.694 hectares (1.125.307 km²) ou 13,2% das terras do país. A maior parte das terras indígenas é encontrada na Amazônia: são 409 áreas, 108.720.018 hectares, representando 21,67% do território amazônico.

Antes de tudo, os números expressam a grandiosidade da política indigenista brasileira. Não há país no mundo que dedique tamanha parte de seu território de forma exclusiva aos povos indígenas⁹⁵.

É certo que a política de proteção territorial, como toda política destinada aos povos indígenas, nasceu vacilante e pouco efetiva. Apenas nos últimos anos da ditadura Getúlio Vargas, com a "Marcha para o Oeste", ela ganhou novo impulso com a renovação do SPI e um novo processo de demarcar terras indígenas por critérios antropológicos. O resultado é que a delimitação das terras indígenas passou a levar em consideração as formas culturais dos povos indígenas, suas áreas de produção econômica, incluindo as áreas de perambulação para caçadas e pescarias, e assim as terras indígenas passaram a ter tamanhos bem maiores do que as delimitadas nas décadas de 1920 e 1930.

O auge desse processo deu-se com a formulação do projeto do Parque Nacional do Xingu, entre 1953 e 1954. Como visto, Rondon, Darcy Ribeiro,

⁹⁵ Uma boa comparação pode ser feita com os Estados Unidos da América, país de semelhança em sua colonização com o Brasil, que destina aos povos indígenas uma área de 225.410 km², representando 2,3% de seu território.

Eduardo Galvão e os irmãos Villas Bôas elaboraram e apresentaram por consecutivas vezes um grande projeto de preservação e proteção de uma área de mais de 50 mil quilômetros quadrados, que tinha como objetivo a preservação do ecossistema do médio Rio Xingu e o reconhecimento da territorialidade dos povos indígenas que lá habitavam. Um projeto extraordinário que, ao virar realidade em 1961, estabeleceu novos parâmetros de reconhecimento e regularização de terras indígenas (GOMES, 2009).

Ou seja, o reconhecimento da territorialidade indígena através da identificação, demarcação e proteção da União é bastante anterior à Constituição de 1988. Mas com ela o reconhecimento territorial indígena amplia seu contorno e é impulsionado jurídica e politicamente.

Esse processo histórico, político e jurídico reconheceu com maior amplitude os territórios dos índios habitantes de áreas menos exploradas economicamente. Nas áreas mais densamente povoadas ou exploradas intensivamente o reconhecimento territorial não foi pleno, o que se revela pela exiguidade das terras nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste do país.

O território indígena é o suporte material para a cultura, as relações sociais, as tradições e as crenças de cada povo indígena. A garantia da posse das terras indígenas tem valor de sobrevivência física e cultural para cada povo. Contudo, o contato entre povos indígenas e colonizador sempre foi acompanhado de uma limitação dos territórios indígenas. Alguns desses povos sequer tinham noções de territórios e terras, fato que se evidencia com a mobilidade de muitas comunidades indígenas. Enfim, terras indígenas tradicionalmente ocupadas são sempre restrição imposta pela sociedade à liberdade e autonomia dos povos indígenas. O que ontem foi uma limitação à liberdade é hoje é uma garantia de sobrevivência e adaptação sociopolítica à sociedade brasileira. Esse é o confronto que se coloca e que se tem de resolver na regulamentação da territorialidade indígena.

Essa é a base para se analisar o reconhecimento pela Constituição brasileira do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas. A primeira questão que se coloca na leitura da Constituição é o sentido da qualificação do direito

ao reconhecimento das terras indígenas como *originários*. O direito dos povos indígenas em relação às terras indígenas é originário pois anterior ao seu reconhecimento constitucional e oponível a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente. A posse indígena não se legitima pela titulação, como no direito privado, mas pela efetiva ocupação indígena. Ademais, não seria respeitoso à organização social, tradições e costumes indígenas subordinar a posse do território às formalidades da legitimação jurídica do registro de terras do Direito brasileiro.

"O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios."

(STF, PET 3388/RR - Relator Ministro Ayres Britto - DJU 01.07.2010)

A originalidade não quer dizer que seja exigida a imemorialidade da ocupação para o reconhecimento de uma terra como indígena, ou seja, deve-se descolar a visão da ligação entre o índio que habitava as terras brasileiras no descobrimento (ou ocupação tão antiga que não se guarda na memória) e o ocupante atual. No mesmo sentido:

Direitos originários, portanto, são direitos cuja fonte está no habitat natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas, como logo percebeu a doutrina e a jurisprudência, nada têm a ver com posse imemorial, anterior ao descobrimento. (FERREIRA JÚNIOR, 2004:693).

Seria um total descabimento exigir que o índio estivesse enraizado, negando-lhe o direito do movimento natural do ser humano por melhores condições de vida ou mesmo de seu deslocamento para fugir das pressões e expulsões perpetradas pela sociedade envolvente. Da mesma forma, não é possível reconhecer terras indígenas por uma ocupação imemorial, que não se registra atualmente, como o Supremo Tribunal já pacificou na Súmula 650⁹⁶.

⁹⁶ É importante analisar os precedentes da edição da Súmula, o que revelará o verdadeiro sentido da consolidação e a quais casos ela deve ser aplicada. O julgamento do RE 219.983-3/SP foi o precedente paradigmático, ao lado dos seguintes Recursos Extraordinários: RE 249.705-3/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJU 24.08.1999; RE 285.098-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJU 10.08.2001; RE 330.849-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJU 15.10.2002; e RE 335.887-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJU 12.03.2002.

Os incs. I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

Evidente decorrência do reconhecimento originário das terras indígenas do *caput* do artigo 231 é completado pela maior das garantias da Constituição, regra inscrita no § 6º sobre a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas:

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Ou seja, mesmo que as terras indígenas tenham sido tituladas ou cedidas, por quem quer que seja, a proteção constitucional recai sobre o direito fundamental do índio à sua terra tradicional, afastando outro direito fundamental que é a propriedade privada. O § 6º do art. 231 da Constituição da República é explícito quando dispõe serem nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas. Qualquer ato registral que formalize uma alienação de terra indígena é, por consequência, igualmente nulo e extinto, não produzindo efeitos jurídicos. Este é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA. TÍTULOS DE PROPRIEDADE INCIDENTES SOBRE ÁREA INDÍGENA. NULIDADE. Ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios Krenak e outros grupos. Procedência do pedido. (STF - Ação Cível Originária n. 323- 7/MG - Rel. Min. Francisco Rezek - DJU de 08.04.94)

Não existe qualquer direito adquirido em relação a propriedades que se justapõem a terras indígenas, ou, nas palavras de ANTUNES (1996:116) “*é fácil constatar que o Direito Brasileiro não reconhece, desde longa data, qualquer direito adquirido sobre terras indígenas e, neste sentido, é juridicamente impossível*

qualquer reivindicação privada sobre áreas indígenas”. O § 6º do artigo 231 é redação do poder constituinte originário, contra a qual não se pode argumentar a força do direito adquirido, entendimento este farto no Supremo Tribunal Federal⁹⁷.

Esse poder é inicial porque não se funda em outro e dele derivam os outros poderes a serem constituídos; ilimitado ou autônomo, pois não sofre qualquer limitação de direito; incondicionado no sentido de que não tem fórmula prefixada ou forma estabelecida para sua manifestação.

Essas características se traduzem na total independência da Constituição com relação à ordem jurídica anterior, aceitando desta apenas o que com a nova não colide. A Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha leciona que *“o direito adquirido sob a égide de valores desacolhidos e de normas desfeitas não subsiste, quando do advento da nova ordem constitucional, senão se a situação jurídica subsumida ao ordenamento anterior tiver produzido os seus efeitos e estes tiverem se consumado ainda na vigência daquela, portanto, então, se trataria de direito consumado”* (1989:8).

Massacre, esbulho, expulsão e remoção dos índios de suas terras tradicionais não podem ser legalizados com títulos de propriedade ou atos jurídicos posteriores. A Constituição declara-os nulos e extintos imediatamente quando do reconhecimento pela União da terra indígena. Constatando essa realidade, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em muitas oportunidades sobre a possibilidade de se reconhecerem terras indígenas em áreas das quais os índios foram expulsos:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES- Sr. Presidente, trata-se de um caso interessante, que fala um pouco dessa nossa experiência neste tema, que já se arrasta, acredito, desde a Constituição de 1891. Creio ser pacífico, mesmo entre os estudiosos do tema, que o art. 64 da Constituição de 1891, ao deferir aos Estados as chamadas “terras devolutas”, pelo menos isso resulta dos estudos do célebre João Mendes, não teria repassado aquelas terras destinadas ao indigenato.

⁹⁷ Cf. como exemplo o Acórdão na ADI n. 248/RJ, Relator Min. Celso de Mello.

Depois o texto de 1934, mais especificamente o texto de 46, depois 67, 69, e, finalmente, o texto de 1988, todos eles enfatizaram o valor da posse indígena, inclusive os últimos enfatizando a propriedade da União e o usufruto em favor dos indígenas.

É certo, também, isto é algo pacífico, que eventual afastamento ou expulsão dos índios das terras a eles destinadas, ou por eles ocupadas, não constituía modus operandi ou faciendi para a eliminação da propriedade — isso, parece-me, implícito, inclusive, na discussão. De modo que a União continuava a ser proprietária dessas terras. Também não me parece suficiente, para afastar a discussão que aqui se enceta e se coloca, a invocação daquelas famosas certidões da FUNAI sobre a não-ocupação dessas terras pelos índios. Invoca-se, no memorial, uma certidão negativa de 1971, os termos até são extremamente sugestivos:

‘Em atendimento ao que solicita a firma AGROPECUÁRIA SUIÁ-MISSU SOCIEDADE ANÔNIMA (lê fls. 2.190)... CERTIFICO não haver conhecimento da existência de aldeamento indígena nas terras de interesse da peticionária.’

Era uma certidão negativa, em termos, porque, ao mesmo tempo em que atendia aos desígnios dos projetos de desenvolvimento, não se comprometia, integralmente, com a tese, ao dizer que não havia conhecimento da existência de aldeamento indígena nas terras referidas. Mas essas considerações são apenas para colocar o tema no devido contexto.

(STF – Recurso Extraordinário n. 416.144-3/MT, voto Min. Gilmar Mendes - Rel. Min. Ellen Gracie - DJU de 01.10.04)

E mais recentemente, na decisão sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

***"Retração que deve ser contemporaneamente espontânea,** pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa.** Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras*

que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentativa hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre 'quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé', nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição."

(STF – PET 3388/RR - Relator Min. Ayres Britto - DJU. de 01.07.2010, grifo do autor)

No mesmo caminho, o Estatuto do Índio, em seu art. 62, § 1º, estabelece que a nulidade aplica-se principalmente às terras desocupadas pelos índios em virtude de ato ilegítimo de autoridade ou de particular:

Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade ou particular.

Corroborar o presente entendimento o fato de que o direito indígena à posse de suas terras de ocupação tradicional independe de demarcação, pois o reconhecimento pelo Estado nada mais é que seu atestado e a definição dos limites de um direito originário, conforme estabelecem a Constituição e o art. 25, da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, *verbis*:

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

A demarcação, então, é ato de simples reconhecimento de um direito originário dos povos indígenas. Não é ato constitutivo de direitos, mas ato

administrativo que declara a ocupação indígena e seus limites territoriais, bem como estabelece a nulidade dos atos e títulos referentes à sua ocupação, domínio ou a posse, e garante proteção como bem da União. Ilustrando o até aqui exposto, ANTUNES:

"é preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram reconhecidas como pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira." (1996: 113-114).

É o entendimento também do STF

"O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". Esse novo marco regulatório-constitucional é também uma projeção da metodologia diatópica de que há pouco falamos. Por ela, o próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, **ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo**. Quero dizer: se, para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que **"samente** é dos índios o que lhes for não mais que o suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física", já sob o visual da cosmologia indígena a equação é diametralmente oposta: "dêem-se aos índios **tudo** que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a **reprodução de toda a sua estrutura social primeva**. Equação que bem se desata da locução constitucional "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", pela cristalina razão de que **esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente**."

(STF - PET 3388/RR - Rel. Min Ayres Britto - DJU de 01.07.2010, grifo do autor)

Questão mais complexa e central do trabalho começa a ser resolvida na decisão do caso Raposa Serra do Sol, quando o STF assume que o reconhecimento

aos índios *dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam* de que fala o artigo 231 traz um marco temporal para a ocupação das terras indígenas:

***"O marco temporal da ocupação.** Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.** Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígene.*

(STF - PET 3388/RR - Rel. Min Ayres Britto - DJU de 01.07.2010, grifo do autor)

Para que a interpretação do que são terras indígenas não tenha uma maior discricionariedade e, também, um desvirtuamento, o § 1º do artigo 231 traz condições: são terras tradicionalmente ocupadas *“as habitadas pelos índios 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”*. As condições são todas necessárias e devem ser somadas na definição do conceito e da sua aplicação. No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A terra indígena no Brasil, por força da definição do art. 231, se compõe de quatro elementos distintos. O primeiro deles:

Art. 231

§1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente,...

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. (...) Agora, a terra indígena não é só a área possuída de forma tradicional pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

... as utilizadas para suas atividades produtivas, ...

Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade indígena sobrevive.

O terceiro elemento que compõe esse conceito de terra indígena:

... as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ...

E, por último

... e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

(STF - Recurso Extraordinário n. 219.983-3/SP -Voto Min. Nelson Jobim, DJU 17.09.1999)

Tradicional deve ser definido, assim como as demais condições previstas no § 1º do artigo 231, não por anseios e conceitos retirados de uma visão das relações sociais da sociedade moderna, mas segundo a cultura, a organização social, os costumes e tradições indígenas de cada povo cuja terra deva ser identificada⁹⁸. Pois bem, tradicional é o tempo e o modo da relação dos índios com sua terra, o modo da

⁹⁸ Cf. também acórdão no Mandado de Segurança n. 21.892-4/MS – STF - Rel. Min. Néri da Silveira - DJU de 29.08.2003.

sua ocupação, da produção econômica, do aproveitamento dos recursos naturais. Esse é também o entendimento da decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol, com voto do Min. Relator Ayres Britto:

Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio "tradicionalmente", grafado no caput do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§1º do art. 231).

(...)

Depois disso, o juízo de que a Constituição mesma é que orienta a fixação do perímetro de cada terra indígena. Perímetro que deve resultar da consideração "dos usos, costumes e tradições" como elementos definidores dos seguintes dados a preservar em proveito de uma determinada etnia indígena: a) habitação em caráter permanente ou não-eventual; b) as terras utilizadas "para suas atividades produtivas", mais "as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnicas-indígenas.

(STF - PET 3388/RR - Rel. Min Ayres Britto - DJU de 01.07.2010)

Além do advérbio "tradicionalmente", há o verbo ocupar. Ocupar tem aqui conceito jurídico diverso da posse civilista. Segundo o ex-ministro do STF Victor Nunes Leal:

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência.

Ocupar, assim, é relacionar-se com determinado território também de acordo com a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições de cada povo indígena. Não é exigido à comunidade indígena fixar sua habitação em toda terra indígena, ocupar fisicamente, mas, conforme a Constituição, que ela seja essencial para seu bem estar e sua reprodução física e cultural. Quer se manter sua existência e ampliar a dignidade física e cultural de sua vida através da garantia de seu ambiente físico, seu *habitat*. Completa e explica o verbo ocupar a expressão "habitadas em caráter permanente", do §1º do artigo 231, que exclui das terras ocupadas tradicionalmente aquelas com caráter transitório. Na lição de José Afonso da Silva:

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é simples posse regulada pelo direito civil; não é posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela 'possessio ab origine' que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso, é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um 'ius possessionis', mas também um 'ius possidendi', porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como habitat no sentido visto antes.

Essa idéia está Consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a idéia essencial de permanência, explicitada pela norma constitucional.

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

O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico. (2003:858-859).

O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à “posse permanente” das terras por eles ocupadas deve atentar para a data da publicação da Constituição de 1988 e considerar também a história da ocupação territorial de cada comunidade indígena. A simples constatação da inexistência de posse na data da Constituição de indígenas sobre terras não retira o direito dos índios à terra, muito menos a converte em terra devoluta ou particular. Pelo contrário, uma vez comprovado em estudo ou perícia antropológica que determinada área constitui terra indígena, medidas eficazes devem ser tomadas para que a comunidade indígena detentora daquele direito tenha sua situação restabelecida.

A história da colonização das terras indígenas, especialmente em áreas de terras férteis e sobre as quais há grande interesse econômico, revela os inúmeros e reincidentes casos de expulsão dos índios de suas terras, quase sempre com o uso de violência. Por essa razão, muitas comunidades indígenas não estão ocupando atualmente a área que se pleiteia como terra indígena. Ainda assim, se os índios detêm direitos constitucionais sobre tais áreas e mantêm algum tipo de relação com elas (perambulam pelos seus arredores, cultuam crenças sobre o território, têm seus mortos ali enterrados etc.), devem receber proteção. Portanto, a comprovação da expulsão dos índios de determinada área, por particulares ou autoridades estatais, juntamente com o levantamento antropológico, faz prova contundente de se tratar de terra indígena protegida nos moldes do art. 231 da Constituição.

A importância do reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios na sua preservação cultural é traduzida pela quantidade de garantias instituídas pela Constituição de 1988.

Em primeiro lugar, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, de acordo como o § 2º do artigo 231. Os índios são senhores de suas terras e têm a posse das áreas de ocupação tradicional de modo

exclusivo. Decorrência dessa posse permanente é a vedação, inscrita no § 5º do mesmo artigo, da remoção dos índios de suas terras. Vedação essa que admite exceções, que são os casos previstos de “catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”. Outra decorrência óbvia é o usufruto dos recursos naturais de suas terras, sem o qual a posse não seria plena.

Também as terras indígenas são, pelo artigo 20, inciso XI, declaradas como bens da União. Por serem bens públicos, com afetação especial, as terras indígenas não podem ser alienadas ou ter destinações diversas das inscritas constitucionalmente.

Por um lado, a propriedade da União sobre as terras indígenas é medida de proteção, evitando a usurpação do patrimônio indígena. A história dos povos indígenas no Brasil é pródiga nas diversas formas de espoliação de seu território. As terras indígenas, antes bens particulares dos índios, foram tomadas nas “guerras justas”; divididas em lotes e “compradas” à força ou por pequeno valor, as aldeias reduzidas a aldeamentos e as terras escrituradas em nome da Igreja ou distribuídas pelos Estados; consideradas devolutas após se declararem os aldeamentos extintos ou a inexistência de povos indígenas e arrendadas pelo próprio Estado brasileiro, competente à época para gerir todos os bens indígenas, arrendamentos que muitas vezes se transformaram em posses ou propriedades oponíveis aos índios⁹⁹. Houve uma infinidade criativa de artifícios, quando não foi levada a cabo a simples expulsão ou morte dos índios que nela habitavam.

Por ser propriedade da União, a proteção às terras indígenas em relação à ocupação por terceiros também encontra respaldo no Direito Penal, com a Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966:

Art. 20 - Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios:

⁹⁹ Como exemplo de espoliação territorial indígena que ainda hoje usa antigas práticas ver Kadiwéu: Justiça determina que indígenas saiam de território demarcado há mais de 100 anos (SPOSATI, 2012).

Pena: Detenção de 6 meses a 3 anos.

Importante destacar, todavia, que a propriedade da União sobre terras ocupadas tradicionalmente contrasta com uma reivindicação de parte do movimento indígena e indigenista atual, principalmente em nível internacional, o qual defende que a propriedade dos índios sobre suas terras seria medida de efetivação da autodeterminação dos povos. Inclusive, o direito da propriedade das terras indígenas pelos índios está inscrito na Convenção 169 da OIT:

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (...)

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

Contudo, a previsão da Convenção 169 sobre a propriedade coletiva dos índios sobre as terras tradicionais é apenas outra forma de se proteger sua posse. A aparente discrepância entre as normas previstas na Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT, no que pesa à propriedade e posse das terras indígenas, foi desmistificada por Dallari:

E os efeitos de ambos são praticamente os mesmos, pois se é verdade que pelo fato de não serem proprietários os índios brasileiros não poderão dispor das terras que tradicionalmente ocupam é igualmente certo também que a União embora proprietária, não tem o poder de disposição. E os grupos indígenas gozam permanentemente, e com toda a amplitude, dos direitos possessórios sobre essas terras. (1991, p. 319).

A não-possibilidade do índio ser proprietário de sua terra não configura grande empecilho para as comunidades indígenas no Brasil, ao contrário, a propriedade da União é uma garantia maior para a identificação das terras indígenas e sua segurança contra invasores e exploradores.

Outra proteção constitucional trouxe o § 4º do artigo 231, expresso em relação à inalienabilidade¹⁰⁰ e indisponibilidade das terras indígenas. As terras indígenas não podem ser alienadas, vendidas, alugadas, concedidas ou arrendadas, por sua proprietária, a União Federal, ou pelos índios que as habitam. De acordo com o mesmo parágrafo, os direitos sobre as terras indígenas são imprescritíveis, não sendo atingidos pelo decurso de tempo e pela consumação de fatos contrários a esses direitos:

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Essas garantias tão-somente visam a proteger as terras indígenas de disputas fundiárias dignas de um país que ainda não estabeleceu as bases de ocupação de seu território. Têm em vista, também, um histórico de massacres, expulsões, remoção e confinamento de povos indígenas, que tiveram como motor a ocupação dos territórios e o fortalecimento de uma sociedade patrimonialista e agrária. Primordial nesse sentido é conhecer o voto do ministro do STF Celso de Mello:

“Cumpre destacar, dentro desse contexto, que a área territorial disputada nesta causa compõe-se de terras, que, além de declaradas como de posse permanente indígena, já foram demarcadas administrativamente.

Mais do que isso, o Presidente da República formalmente homologou, para os efeitos do art. 231 da Constituição, a demarcação administrativa promovida pela FUNAI e concernente à Área Indígena Jaguapiré (...) e em cujo âmbito se situa o bem litigioso.

Tratando-se – consoante expresse reconhecimento oficial (que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade) – de área tradicionalmente ocupada pelos índios, as terras nela abrangidas ‘são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis’ (CF, art.231, §4º.)

A importância jurídica desse reconhecimento oficial – que se traduz no decreto presidencial de homologação administrativa da área em questão – reside na

¹⁰⁰ A inalienabilidade das terras indígenas já tinha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no MS 16.443/DF antes mesmo de sua previsão pela atual Constituição, derivando do regime dos bens públicos e da sua afetação especial.

circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art.20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.

A Carta política, na realidade, criou, em seu art. 231 §1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar aos índios os exercícios dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art.231, §§ 2º, 3º e 7º) e, de outro, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

(...)

É por essa razão – salienta JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 780, item n. 3, 12ª ed., 1996, Malheiros) – que o tema concernente aos direitos sobre as terras indígenas transformou-se no ‘ponto central dos direitos constitucionais dos índios’ eis que, para eles, a terra ‘tem um valor de sobrevivência física e cultural’. É que – prossegue esse eminente constitucionalista – não se ampararão os direitos dos índios, ‘se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza (...) constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil’ (grifo nosso)

A intensidade dessa proteção constitucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes (...)’ (RTJ 93-1291 – RTJ 101/419).”

(STF – Recurso Extraordinário n. 183.188-0/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 14.02.1997)

Toda posição sobre o reconhecimento das terras indígenas no Brasil deve caminhar no sentido da vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Especial destaque deve ser dado para o primeiro caso em que foi analisado o mérito dos princípios e regras constitucionais sobre reconhecimento de terras indígenas, o

julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol¹⁰¹, depois da quase total renovação do STF nos governos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Mas a despeito do exemplar voto do ministro relator Carlos Ayres Britto, o resultado foi bastante contraditório. Numa composição inédita em um julgamento no STF¹⁰², o relator resolveu tomar como integrante de seu voto¹⁰³ parte do dispositivo do voto divergente do ministro Carlos Alberto Direito, solução que foi acolhida pela maioria e transformou a decisão num pastiche, numa colagem. Uma parte do acórdão eternizou a decisão salomônica que impôs condicionantes à atribuição da União de demarcação de terras indígenas; embora a decisão também tenha reconhecido a total constitucionalidade e legalidade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, ainda que não tenha cumprido as condicionantes. São elas

a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da Constituição Federal);

b) o usufruto dos índios não abrange a exploração dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional;

c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se

¹⁰¹ Para uma análise do julgamento da Raposa Serra do Sol ver YAMADA e VILLARES (2010).

¹⁰² "O Supremo quis, na verdade, limitar a ação do Poder Executivo em sua responsabilidade constitucional de demarcar as terras indígenas e suplantar a inação do Poder Legislativo, que sequer aprovou em primeira votação um projeto, que tramita há mais de 15 anos na Câmara Federal, que pretende substituir o Estatuto dos Povos Indígenas, ou Lei n. 6.001, de 19.12.1973. Para tanto, talvez tenha passado a uma nova fase do controle de constitucionalidade, superando o papel da corte constitucional como legisladora negativa, a indicar a construção de soluções não expressas, criando o direito e a norma abstrata, com seus artigos, alíneas e parágrafos. Essa nova postura ultrapassa o interesse voltado às questões indígenas. Ela interessa ao funcionamento do Poder Judiciário, principalmente ao papel de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal." (YAMADA e VILLARES, 2010:154)

¹⁰³ "Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão." (STF, PET 3388/RR, Ementa do acórdão, DJ 01.07.2010)

lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei;

d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira;

e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministérios da Defesa ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI);

f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI;

g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental;

i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental;

j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão;

m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação;

o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n 6.001/1973);

p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n 6.001/1973);

q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos art. 49, XVI, e 231, §3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, CR/88);

t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontra o procedimento."

A decisão trouxe dezenove condicionantes que poderão balizar o futuro reconhecimento de terras indígenas e alcançar todos os povos indígenas do Brasil.

A maior e mais impactante das condições, o reconhecimento das terras ocupadas pelos povos indígenas no dia 05 de outubro de 1988, não está presente na enumeração, mas no corpo da decisão. O ministro Ricardo Lewandowski afirmou que essa data representaria uma espécie de “fotografia” do momento e o próprio relator, ministro Ayres Britto, chamou-a de “chapa radiográfica”. Isto é, se um índio ou uma comunidade indígena reclamam que determinadas terras lhe pertencem, por terem sido ocupadas tradicionalmente por antepassados, isso só será reconhecido se a presença indígena na terra reivindicada tenha ocorrido durante ou na data estipulada.

Mesmo com a ressalva de que a não-presença pela retirada indesejada pela comunidade indígena exclui essa regra, essa marca temporal é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Ao se fixar a data da promulgação da Constituição de 1988 de forma arbitrária, embora com certo simbolismo, concede-se um caráter quase divino à Constituição. Se interpretada de modo cabal, a Constituição vira a algaravia dos direitos dos povos indígenas, pois impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do Estado brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios. Deixa de ser possível analisar situações como aquelas em que comunidades indígenas fugiram de seu território ancestral pela aproximação do homem branco e de outros grupos indígenas ou foram removidas por convencimento das autoridades governamentais, como acontece ainda hoje com muitos grupos autônomos (YAMADA e VILLARES:151-152). A própria Constituição trouxe a muitos povos a consciência de seus direitos e a possibilidade da reivindicação de terras consideradas tradicionais, inclusive em razão do surgimento de organizações indígenas aptas e livres, que puderam contestar os muitos casos de espoliação de terras indígenas ao longo do século XX (MARÉS, 2003:96).

Na prática, esse argumento está sendo muito utilizado pelos grupos contrários à demarcação de terras indígenas e pode ser interpretado de forma equivocada por outras instâncias do Judiciário. Certamente vai dificultar as tentativas de demarcação de terras dos povos do Sul e Sudeste do Brasil como os Guarani e

Kaingangue, que sofreram o esbulho de suas terras muito antes da Constituição de 1988 e que dificilmente têm como provar esse esbulho.

As condicionantes *a, b, c, d, o, p, q* e *s* são, na verdade, mera repetição do texto constitucional e de diversos textos legais sobre povos indígenas. A condicionante *r* atinge o reconhecimento das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios quando exclui a ampliação de terras indígenas já demarcadas. Novamente uma sentença peremptória como essa recai no mesmo erro de não se amoldar a um sem número de situações peculiares (e dessa forma desrespeitar o *caput* do art. 231 da Constituição de 1988). Falar em ampliação é uma impropriedade jurídica, tendo em vista que a terra indígena é aquela definida como tal sob os parâmetros dados pelo § 1º do art. 231. Muitas terras indígenas foram reconhecidas pelo Estado brasileiro do Império ao governo militar. No entanto, a Constituição atual adotou um novo paradigma para o reconhecimento de terras indígenas, o que torna possível que todas as demarcações realizadas sejam ser revistas e readequadas aos novos parâmetros, mesmo que sejam confirmadas em seus limites (VILLARES, 2009:126). Não se pode falar então de ampliação, de diminuição ou de retificação em seus limites, mas de demarcação de acordo com o estabelecido constitucionalmente.

Mas o garrote com o qual se decidiu limitar a autonomia do povos indígenas e, assim, fazer regredir a política indigenista ao início do século XX está nas condicionantes *e, f, g, h, i, j, l, m, n*, que restringem o usufruto das terras indígenas, o autogoverno e a participação e a consulta das comunidades indígenas nos assuntos de uso e gestão de suas terras tradicionais.

As condicionantes que estabelecem restrições às demarcações de terras indígenas para privilegiar outros valores constitucionais (política de defesa nacional ou da segurança pública, *e* e *f*; da instalação de infraestrutura pela União, *g*; meio ambiente *h, i* e *j*; liberdade de locomoção *l* e *m*) jamais deveriam ter sido elaboradas de forma abstrata e geral, pois afrontam o reconhecimento das organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições e terras que tradicionalmente ocupam os povos indígenas previstos no art. 231. Elas atingem todos os povos de forma indiscriminada, irrazoável e desproporcional, tolhendo seus

direitos sem nenhum juízo de ponderação sobre as suas realidades e condições peculiares. Atingem todos os povos indígenas do Brasil, estejam eles localizados nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste, com suas terras indígenas de pequena área, ou no Centro-Oeste e Norte, com suas enormes dimensões territoriais, estejam elas ou não em área de fronteira, tenham elas ou não recursos naturais passíveis de serem explorados.

A decisão do STF, sob pressão das Forças Armadas e dos estados, permitiu a intervenção irrestrita em terras indígenas, mas com pouco resultado prático, pois já era pacífico o entendimento jurídico de que possível a ampla ação do Estado nesses territórios (o Exército tem, inclusive, bases em inúmeras terras indígenas localizadas na fronteira com outros países).

Se não interpretadas de maneira adequada, as condicionantes *e*, *g*, *m* e *n* estabelecem que as terras indígenas poderão ser cortadas por estradas, linhas de transmissão de energia, oleodutos e gasodutos, sem qualquer compensação financeira ou territorial às comunidades indígenas que nelas residam, criando, assim, uma forma de transferência de território indígena gratuita aos estados e ao governo federal. E eximem o Estado e empresas concessionárias de indenizações e pagamentos pelo passivo de inúmeras obras de infraestrutura impostas aos povos indígenas, mesmo sendo profundas as transformações na vida das comunidades indígenas quando uma estrada, uma usina hidroelétrica ou uma base militar são instaladas nas ou perto das terras indígenas.

Essas condicionantes atingem, ainda, o direito dos povos indígenas de serem consultados nas políticas e decisões que os afetem, sobretudo em razão da suposição de que as comunidades indígenas não poderiam manter a autonomia de suas organizações sociais, e decidir sobre a entrada, o trânsito e a permanência de pessoas não indígenas em suas terras, em sua casa, sujeitando-as novamente ao império do Estado (ICMBio e Funai), especificamente nas condições *j* e *l*. Direito que é conferido a todos os cidadãos e agora negado aos povos indígenas.

A decisão do STF viola a Declaração de Direitos dos Povos Indígenas da ONU em diversos artigos, especialmente os de número 3, 4, 5, 18, 19,

20, 26, 28 e 32. Violação essa que não é vista como problemática pelo STF, uma vez que, no julgamento da Raposa Serra do Sol, a Declaração da ONU foi considerada como de restrita força jurídica vinculante. Veja-se, por exemplo, o artigo 28 da Declaração, duramente violado pela condicionante g:

Artigo 28

1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.

2. Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indenização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada.

Ou o artigo 30, que prevê restrições e consultas às atividades militares dentro de terras indígenas e é negado pelas condicionantes e e f:

Artigo 30

1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas.

2. Os Estados realizarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.

A Convenção 169 da OIT também é duramente atingida pela decisão do STF, especialmente nos artigos 5, 6, 7 e 8, em razão da restrição da autonomia e do direito à consulta, e nos artigos 15, 16, 17, 18, porque limita o reconhecimento e o usufruto das terras indígenas.

Logo em seguida à boa notícia trazida pela decisão sobre a terra indígena Caramuru-Catarina Paraguaçu e por outra decisão monocrática¹⁰⁴ do próprio STF, que negaram que a decisão sobre Raposa Serra do Sol extrapolasse seus efeitos para todos os casos sobre terras indígenas a serem julgados pelo Judiciário, a Advocacia-Geral da União, motivada pela Federação de Agricultura e Pecuária de Mato Grosso do Sul¹⁰⁵, editou a Portaria 303, de 16 de junho de 2012, que pretendeu que todos os órgãos jurídicos da administração pública federal direta e indireta da União ficassem vinculados à aplicação das condicionantes.

Uma enxurrada de protestos das organizações indígenas e indigenistas, da Funai, do Ministério Público Federal e de juristas como Dalmo Dallari apontaram a ilegalidade e inconstitucionalidade da Portaria¹⁰⁶, inclusive em razão de o julgamento ainda não ter transitado em julgado. Pressionada, a AGU suspendeu provisoriamente a Portaria até o dia seguinte do trânsito em julgado da decisão no processo que corre no STF.

Esse assunto não está esgotado e terá reflexos em outras faces do relacionamento entre o Direito e os povos indígenas.

3.2.4.1 Demarcação

A demarcação é o procedimento para o reconhecimento formal da ocupação indígena de um território e está prevista no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 sob a competência da União¹⁰⁷.

Demarcação é o ato que define os limites de um território. É o trabalho de colocar marcas físicas, artificiais, e aproveitar os limites naturais, que

¹⁰⁴ Decisão do Min. Lewandowski na Reclamação 13769/DF.

¹⁰⁵ Além dos deputados federais do MS e com apoio da Confederação Nacional da Agricultura (CNA).

¹⁰⁶ Sobre a Portaria n. 303 da Advocacia-Geral da União, ver Souza Filho e Valle (2012) e Dallari (2012).

¹⁰⁷ No sentido de considerar a União como única competente para a demarcação de terras indígenas, a decisão do STF na Apelação Cível n. 9.620/MT, que deve ser considerada ainda que não seja aplicada em seus termos específicos por ser anterior à Constituição Federal de 1988.

determinam onde é ou não a área de posse de determinada comunidade/povo indígena.

Bem, para demarcar é necessário antes conhecer quais são as terras indígenas e identificá-las. Algumas terras indígenas são conhecidas por doações feitas no Império, muitas já foram demarcadas e reconhecidas antes da atual Constituição, a maioria foi demarcada nos últimos 25 anos e outras ainda estão por ser identificadas. Mas, como já afirmado, diante do novo paradigma criado pela Constituição de 1988, todas as demarcações realizadas antes dela deveriam ser revistas e readequadas, mesmo que seja apenas para confirmar seus limites.

Poucos são os povos que ainda dependem do reconhecimento inicial de seus territórios, o que demonstra o sucesso da política republicana de demarcação de terras. Entretanto, são muitas as situações que pedem novas demarcações. Uma dessas situações é o renascimento de alguns povos e comunidades indígenas, que, num tempo de promoção do multiculturalismo, deixam o escuro e levantam suas vozes pedindo o reconhecimento de seus direitos. Outra situação é a das muitas terras indígenas parcialmente demarcadas, numa estratégia indígena/estatal que deixou para o futuro o reconhecimento de parte de territórios que se mostravam conflituosos, garantindo a parte inquestionável, que pôde ser reconhecida sem oposição. Situações peculiares que foram atingidas pela condicionante *r*, que veda a ampliação de terra indígena já demarcada.

O Estatuto do Índio determina, sobre a demarcação de terra indígena, que:

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

A demarcação é, assim, regulamentada pelo Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, e materializada num procedimento administrativo cujo final é o decreto homologatório da demarcação.

Completando a regulamentação a cargo do Poder Executivo, cabe ao Ministro da Justiça expedir as instruções necessárias à execução do disposto no Decreto 1.775/96, para normatizar e dirimir quaisquer dúvidas em relação às fases e procedimentos da demarcação de terras indígenas. Esse poder foi utilizado na edição da Portaria MJ n. 14, de 09 de janeiro de 1996, que estabelece regras sobre a elaboração do relatório de identificação e delimitação de terras indígenas, elaborada por servidores ou colaboradores da Funai.

A tarefa de demarcar as terras indígenas foi historicamente uma atribuição do órgão de proteção aos índios, seja ele o Serviço de Proteção ao Índio ou a Fundação Nacional do Índio. Durante a ditadura militar (1964-1985), essa atribuição foi algumas vezes desviada para instâncias que dificultavam e faziam um juízo político das demarcações. Atualmente, as terras indígenas tradicionalmente ocupadas são demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, a Funai, mas o ato administrativo de demarcação é atribuição exclusiva do Presidente da República.

O processo administrativo é iniciado pelo conhecimento da Funai de uma terra indígena a ser demarcada ou um pleito, seja dos próprios índios, de suas organizações ou de entidades não-governamentais. Alguns atos de outros órgãos do Estado, vinculados à União ou aos estados, como a construção de empreendimentos e projetos de reforma agrária ou constituição de áreas ambientalmente protegidas, também podem deflagrar o início do procedimento. As demarcações, nesse caso, são de fundamental importância para definir se há alguma sobreposição territorial ou impactos nas terras indígenas e na vida da comunidade.

Conhecidos os pleitos e a urgência da demarcação, a administração pública tem o poder discricionário de iniciar o processo ou não. Infelizmente, os recursos não são ilimitados (técnicos e financeiros) e não há força política para deflagrar todos os processos demarcatórios numa mesma ocasião, não obstante as terras indígenas devessem ser demarcadas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. O mandamento constitucional do artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias não foi cumprido, mas é preciso ressaltar que

esse prazo previsto constitucionalmente não pode ser usado contra o direito indígena de ter demarcadas suas terras, direito esse declarado constitucionalmente como imprescritível. Tal prazo não é peremptório, mas norma programática, que já se encontrava no artigo 65 do Estatuto do Índio, com intuito de impelir o poder público a promover em tempo razoável a demarcação. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a impossibilidade do prazo previsto ser limitador dos direitos indígenas:

Quanto ao prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para a conclusão da demarcação de terras, atente-se para a circunstância de que não se mostrou peremptório, somente revelando ante a natureza da matéria – demarcação de terras –, o desejável implemento em espaço razoável. Surge extravagante proclamar que, ultrapassado o período de cinco anos a partir da promulgação da Carta Federal, ter-se-ia como impossibilitada a demarcação. Implicaria a permanência de incerteza incompatível com a almejada segurança jurídica. Mais extremado ainda é o entendimento de que, descumprida a dilação constitucional, consolidadas restaram as situações de fato ou de direito existentes quanto à propriedade dos imóveis, esvaziando-se a regra do inciso XI do artigo 20 da Constituição Federal, segundo a qual são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. A disposição transitória é norteadada pelo que se contém no corpo permanente da Carta, não havendo campo para empregar-se a ela envergadura superior. Excluo, assim, a tomada do prazo de cinco anos, previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como de decadência.

(MS n. 24.566/DF - Ministro Relator Marco Aurélio - DJU 28.05.04)

A carência de recursos materiais e humanos para realizar as demarcações de terras indígenas força a administração pública a exercer plenamente a discricionariedade administrativa, para ordenar as terras a serem demarcadas. A pretensão levada pelo Ministério Público Federal através do ajuizamento de ação civil pública com o objetivo de ver demarcada esta ou aquela terra indígena leva a que o Poder Judiciário interfira no juízo discricionário da administração, o que não é legítimo, já que apenas a administração possui a visão total de quantas são as terras indígenas a serem demarcadas, quantas solicitações existem, e, principalmente, quais

são os recursos à sua disposição. Deve, contudo, ser transparente e fundamentar suas decisões para que se possa exercer o controle de sua atividade.

O procedimento costuma se iniciar com a designação de grupo de trabalho de servidores públicos ou especialistas fora dos quadros da administração através de portaria do presidente da Funai. Necessariamente, o trabalho desenvolvido por esse grupo, que deverá ser coordenado por antropólogo qualificado, é principalmente o estudo antropológico de identificação da terra indígena, que comprovará o atendimento dos requisitos constitucionais e fundamentará o procedimento. Além do antropólogo, poderão compor o grupo outros profissionais, servidores ou não, que complementarão o estudo antropológico com informações históricas, sociológicas, jurídicas, cartográficas, ambientais e fundiárias necessárias para a identificação da terra indígena.

Interessante notar para este trabalho que, segundo determina a Portaria 14/96 do Ministério da Justiça, o relatório circunstanciado de identificação e delimitação, que fundamenta o reconhecimento de uma terra indígena, deve trazer o histórico da ocupação da terra indígena, a explicitação dos critérios do grupo para localização, construção e permanência das aldeias e a área por elas ocupadas, além dos tempos das atuais localizações, tudo de acordo com os valores do grupo étnico envolvido.

A condicionante *t* prevista na decisão do acórdão da Raposa Serra do Sol assegura a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios. É uma medida que visa a garantir a participação dos entes federados numa definição que importa aos seus territórios, que, a juízo teórico, deveria trazer maior qualidade ao estudo e à discussão, na realidade é uma séria dificuldade às demarcações de terras indígenas. Os governos estaduais e municipais são geralmente cooptados pelas elites agrárias e têm posição absolutamente antiindígena. Se hoje já pressionam o Poder Executivo e o Poder Judiciário a serem contrários a muitas das demarcações de terras indígenas, sua participação no procedimento de demarcação só pode ser vista como empecilho ao reconhecimento dos direitos indígenas.

E, de qualquer modo, o Decreto n. 1.775/96 sempre possibilitou a participação dos estados, municípios e quaisquer outros interessados (órgãos públicos, comunidade científica, organizações não governamentais etc.) para contribuir como o grupo técnico e com o procedimento de demarcação. É corrente para realização do levantamento fundiário ou para a avaliação das benfeitorias, numa etapa posterior do procedimento, que o grupo de trabalho conte com a participação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra ou dos órgãos fundiários estaduais.

O levantamento fundiário de que fala o Decreto é peça de fundamental importância, devendo ser obrigatoriamente realizado pelo grupo técnico responsável pelos estudos antropológicos. Constitui-se de levantamento cartorial e físico das propriedades, posses ou ocupações e de suas benfeitorias.

Realizados os estudos de identificação - que podem ser bastante difíceis em razão de resistência dos pretensos proprietários da terra ou de falta de informação sobre a situação fundiária da área estudada -, o grupo técnico apresenta o relatório circunstanciado dos trabalhos realizados para o órgão indigenista oficial, analisando a existência ou não de ocupação tradicional da terra indígena, devendo propor, ainda que preliminarmente, a área a ser delimitada. A Funai pode aprová-lo, mandar realizar complementações ou mesmo rejeitá-lo, decidindo inclusive sobre o mérito da proposta. Se aprovado, um resumo do relatório, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, deve ser publicado em quinze dias no Diário Oficial da União e nos diários oficiais dos estados onde se localiza a área sob demarcação, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel. Da publicação contam-se noventa dias para precluir o direito de estados e municípios em que se localize a terra sob demarcação e demais interessados de apresentar contestações ao procedimento perante o órgão indigenista. A contestação pode conter todas as provas e alegações jurídicas e de fato, incluindo títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório.

Hoje é entendimento do Supremo Tribunal Federal que o Decreto 1.775/96 obedece ao art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes:

Tendo sido editado o Decreto n. 1.775/96, que garantiu o contraditório e a ampla defesa também aos proprietários que já estavam com seus imóveis demarcados como terras indígenas desde que o decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, e, portanto, estando ainda em curso a demarcação, ficaram prejudicados o incidente de inconstitucionalidade relativamente ao Decreto n. 22/91 e a alegação de cerceamento de defesa.

(MS n. 21.649 - Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma - DJU 15.12.2000)

Mais recentemente:

Como bem ficou ressaltado na ementa do MS 21.649, o Decreto 1.775/96 não viola o princípio da ampla defesa. Em verdade, essa nova norma veio corrigir erros do decreto anterior que disciplinava a matéria

(...)

Poder-se-ia cogitar de violação da ampla defesa se o decreto não estabelecesse prazo algum ou mesmo se estabelecesse um prazo exíguo para os interessados que tiveram seus processos de demarcação iniciados antes do advento do decreto de 1996. Não é o caso.

O direito à ampla defesa, como típico direito à organização e procedimento, concede uma margem maior de apreciação ao legislador, cabendo ao Judiciário apenas controlar os casos em que fique patente violação do seu núcleo essencial. No caso, diante de situações fáticas não similares, o Presidente da República teve a cautela de conceder a todos os interessados o direito de se manifestar dentro de prazos razoáveis. O prazo de 90 dias, após a publicação do decreto, é suficiente para que os interessados se manifestem acerca da demarcação. Até se presume que, pelo fato de os processos de demarcação terem sido iniciados antes do decreto, os interessados ao menos já se haviam mobilizado a fim de contestar aspectos referentes à demarcação.”

(MS n. 24.045-8 - Rel. Joaquim Barbosa - DJ 05.08.2005)

Outras decisões do Supremo Tribunal Federal, implícita ou explicitamente¹⁰⁸, são pela constitucionalidade do Decreto n. 1.775/96. Decisões do Superior Tribunal de Justiça também reconhecem a constitucionalidade do procedimento, como é o caso do voto sobre a Terra Indígena Yvy-Katu:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. PORTARIA 1.289/ 2005, QUE DECLAROU DE POSSE PERMANENTE DO GRUPO INDÍGENA GUARANI ÑANDEVA A TERRA INDÍGENA YVY-KATU. TERRITÓRIO DEMARCADO QUE ENGLOBA FAZENDAS DE PROPRIEDADE DOS IMPETRANTES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. ANÁLISE SUFICIENTE DAS CONTESTAÇÕES APRESENTADAS PELOS IMPETRANTES. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COM O ATO IMPETRADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO PELA VIA ELEITA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Esta Primeira Seção, quando do julgamento do MS 10.269/DF, Relator para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki (DJ de 17.10.2005), reconheceu a ausência de nulidades no processo administrativo que culminou com a edição do ato ora impetrado, ou seja, a Portaria 1.289/2005, que declarou de posse permanente do grupo indígena Guarani Ñandeva a Terra Indígena Yvy-Katu.

2. No caso dos autos, não houve cerceamento de defesa, tampouco ocorreu violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois o processo administrativo foi regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96), oportunizando-se o acesso aos autos e o oferecimento de defesa pelos impetrantes, cujas contestações foram exaustivamente analisadas pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, pela Procuradoria Federal Especializada e pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.

¹⁰⁸ Exemplo é o voto da Ministra Ellen Gracie no MS n. 23.862, DJ 26.03.2004.

3. A demarcação das terras pertencentes tradicionalmente aos índios não representa violação de direitos fundamentais dos atuais proprietários particulares dos imóveis. Pelo contrário, significa o devido cumprimento de disposições constitucionais e legais em favor dos antigos ocupantes das terras (CF/88, art. 231 e seguintes; Lei 6.001/73 e Decreto 1.775/96).

4. Conforme parecer apresentado pela FUNAI, “o fato da cadeia dominial do imóvel não apresentar vícios significa apenas que seus atuais titulares não agiram de má-fé. Isto, porém, não elimina o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a recorrer ao emprego nas fazendas para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de sua vida e de sua unidade como grupo diferenciado”.

5. Segurança denegada.

(MS n. 10.994/DF - Rel. Min. Denise Arruda - DJU de 27.03.2006)

O órgão indigenista tem, então, sessenta dias para analisar as contestações, oferecendo seu parecer, e encaminhar o procedimento, se não providos os recursos, para o ministro da Justiça. Admitidas as razões dos recursos, o órgão indigenista poderá rever sua decisão, sanando os vícios do procedimento, ou mesmo mudando seu juízo de aprovação do território e a conclusão de cumprimento dos requisitos constitucionais para o reconhecimento da terra indígena. Recebendo o procedimento administrativo, o ministro da Justiça poderá, em trinta dias, desaprovar a identificação e retornar os autos ao órgão federal de assistência ao índio, decisão que deverá ser fundamentada no não atendimento do disposto no § 1º do artigo 231 da Constituição e demais disposições pertinentes. Poderá, também, prescrever todas as diligências necessárias para a regularização de eventuais vícios procedimentais, determinar o esclarecimento de pontos ou acrescentar elementos.

Por fim, a terra tradicionalmente ocupada por índios é declarada por portaria do ministro da Justiça, que determina a demarcação administrativa da área. Área que é descrita em estudo cartográfico realizado no procedimento e que indica as coordenadas geodésicas de seus limites, transcritos, ainda que brevemente, no corpo da própria portaria. Essa descrição realizada na portaria é sempre uma descrição

aproximada da terra indígena, que carece de confirmação na demarcação física. A portaria ministerial tem o efeito declaratório da terra como indígena. Ela não é bastante para reconhecer formalmente o direito do índio a sua terra tradicional, mas simples etapa do procedimento¹⁰⁹.

A execução da demarcação física é realizada com a vistoria detalhada da área, momento em que são identificadas as localizações dos marcos descritos na portaria, utilizando-se atualmente para o trabalho equipamentos de medição topográficos e geodésicos de precisão. Realizada a demarcação física, ela é homologada através de decreto presidencial, ato final do procedimento que reconhece juridicamente uma nova terra indígena. A homologação é o ato administrativo que atesta a legalidade de todo procedimento, de caráter meramente declaratório e não constitutivo, pois não cria, extingue ou modifica relações jurídicas. Apenas reconhece a ocupação indígena e a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras, sua extinção e sua não-produção de efeitos jurídicos. Extingue-se qualquer título de propriedade sobre a área demarcada, que passa a ser um bem da União. Ato contínuo deve ser o registro em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União e no registro imobiliário da comarca da situação das terras, como manda o artigo 6º, do Decreto n. 1.775/96.

A demarcação devidamente homologada também autoriza a retirada dos ocupantes não-índios da terra indígena. Os ocupantes não-indígenas devem sair assim que a terra indígena for homologada, pois o usufruto das terras passa a ser exclusivo dos índios que a habitam, podendo haver retirada compulsória. No caso de oposição à retirada, a União, através da Funai e de seus órgãos auxiliares, como o Departamento de Polícia Federal, deverá notificar os ocupantes para sair pacificamente, podendo usar de seu poder de polícia administrativo para fazer respeitar os comandos da lei. A retirada deve ser seguida, para equacionar os conflitos e o problema social, de reassentamento dos ocupantes em propriedades adquiridas

¹⁰⁹ Avançando ainda mais no reconhecimento da terra indígena, o seguinte acórdão “*Delimitada a área da propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade, apesar de não ter sido ainda demarcada, eis que ‘a demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terra é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira’.*” (TRF 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n. 2001.36.00.008004-3, Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, publicado em 19.04.2004)

para a reforma agrária, quando se tratar de pequenos posseiros e proprietários e for possível legalmente. O reassentamento deverá ser realizado pelo órgão fundiário federal, atualmente o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra:

Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

3.2.5 Meio Ambiente

A natureza é idealizada pela sociedade urbana como espaço no qual o homem nunca interferiu, guardando um equilíbrio que se altera com a sua interferência. Essa idealização também opera no sentido de serem os povos indígenas protetores do meio ambiente por excelência, pois convivem com a natureza de forma sustentável. O outro lado da ideologia moderna é a natureza como recurso natural e o homem um sujeito que a domina.

Ideologias à parte, os povos indígenas, como todos os seres humanos, dependem dos recursos presentes no meio ambiente para seu bem-estar e para sua reprodução física e cultural. Toda formação cultural tem como sua base o meio ambiente. Por outro lado, a natureza não determina o comportamento das populações de forma inexorável, deixando espaço para que elas desenvolvam processos adaptativos ao meio ambiente em que se encontram. Já se decretou que a natureza intocada é um mito moderno, pois a natureza é sempre conformada pelas ações humanas: são tantas as naturezas quanto são e as culturas. A relação dos povos indígenas é muito mais complexa que seu estereótipo de povos da floresta que ainda caçam com arco e flecha. São muitas as realidades que vão de terras indígenas como periferias de cidades interioranas, loteamentos entre os indígenas, plantações agrícolas intensivas, muita criação de gado, exploração econômica extrativa sustentável e insustentável, caça e pesca para subsistência ou para o comércio regional etc. Os povos indígenas vivem uma constante mudança e ajustamento no meio ambiente que é a base de suas vidas, com a introdução de novas tecnologias.

A diversidade de povos indígenas e suas situações é a base para pensar as terras indígenas como espaços de vivência completa do índio e reprodução de sua cultura e vida. Assim, o meio ambiente das terras indígenas é regulado numa visão da natureza em função do ser humano, os recursos ambientais das terras indígenas são reservados para que os índios possam apropriar-se deles para a permanência e reprodução de sua cultura e de sua vida.

Na identificação e demarcação das terras indígenas o Estado deve ter em vista que os espaços territoriais são, não só aqueles de habitação, mas os utilizados para as atividades produtivas tradicionais ou não tradicionais (coleta, caça, pesca, agricultura, pecuária, extração de recursos naturais para o comércio), e os imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários (cabeceras dos rios, as matas, as florestas, os campos).

Vê-se que a medida para identificar uma terra indígena, além da habitação permanente, está intimamente ligada ao meio ambiente. Estabelecendo como premissas que os recursos ambientais são finitos e a reprodução da vida depende deles, pode-se chegar à conclusão de que, ao se garantirem recursos ambientais na medida do que cada comunidade entenda por necessário, garantir-se-á a própria reprodução da vida e da cultura indígena.

Ao final, o mais importante, o meio ambiente é definido segundo a cultura de cada comunidade indígena. O reconhecimento e a utilização dos recursos naturais presentes nas terras indígenas devem respeitar a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas protegidas pelo *caput* do art. 231 da Constituição.

Dessa forma, de nada adiantaria prever a garantia dos recursos ambientais para a reprodução da cultura e da vida indígena se eles pudessem ser explorados por terceiros. Assim, os recursos naturais garantidos aos índios são os presentes nas terras indígenas, de forma exclusiva. Seria uma decorrência lógica do *caput* e do § 1º do art. 231, como o é o uso dos frutos da terra aos proprietários do bem, considerando as comunidades indígenas como senhoras e proprietárias das suas

terras. Contudo, sendo as terras indígenas de propriedade da União, a Constituição fez bem em prever o usufruto exclusivo das duas riquezas naturais:

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

A Constituição brasileira reconhece os direitos dos povos indígenas brasileiros aos recursos naturais sem nenhum antagonismo com a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção 169 da OIT.

Contudo, nem todos os recursos naturais das terras indígenas têm os indígenas como usufrutuários. Apenas as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes são de usufruto dos índios que as ocupam. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas não seguem a norma de usufruto exclusivo, pois excepcionalizado pelo próprio art. 231 da Constituição.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais são de propriedade da União, sempre (CF/88, art. 20, incs. VIII e IX), estejam em terras indígenas ou propriedade pública ou particular. De forma geral, os recursos hídricos podem ser bens da União (CF/88, art. 20, inc. III) ou dos estados (CF/88, art. 26, incs. I, II e III). Por serem eles bens de importância social e estratégica, que recusam a apropriação apenas para o bem-estar individual, seu controle é feito pela União ou pelos estados, razão pela qual seu usufruto não foi previsto exclusivamente aos índios.

Por serem bens encontrados em terras indígenas, mas que devem ser apropriados apenas para satisfação de necessidades sociais, o seu aproveitamento só pode ser efetivado com a autorização do Congresso Nacional (inc. XVI do art. 49 e § 3º do art. 231 da CF/88), ouvidas as comunidades afetadas.

O Estatuto do Índio também prevê a exclusividade das riquezas naturais e de todas as utilidades presentes nas terras indígenas:

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

O Estatuto do Índio não estabelece exceções ao usufruto dos índios, nesse ponto, portanto, não recepcionado pela Constituição. Descreve o usufruto como a percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim do produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades (art. 24). Inclui no usufruto o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais (§ 1º do art. 24), o que, obviamente, também não foi recepcionado pela nova Constituição, tendo em vista os §§ 2º e 3º do art. 231.

O usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos encontrados nas terras indígenas só encontra limitações de conteúdo em relação aos aproveitamentos hidráulicos e a pesquisa e lavra de recursos minerais, sob autorização do Congresso. Todas as outras formas de uso dos recursos naturais das terras indígenas se destinam aos indígenas, pela regra da exclusividade do solo, rios e lagos prevista no § 2º do art. 231 e pelo respeito presente no *caput* da organização social de cada povo indígena.

Contudo, o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. Relevante interesse público da União que é previsto no § 6º do art. 231 como ressalva à nulidade dos atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O interesse público da União carrega, a princípio, todos os valores e interesses presentes na Constituição (interesses econômicos, ambientais, sociais, individuais etc.). Esses valores e interesses se chocam nos casos concretos, cabendo ao aplicador do direito ponderar os valores constitucionais e decidir com respeito à organização social, aos costumes, às crenças, às tradições e aos direitos sobre a

ocupação da terra indígena. Para essa operação, a própria Constituição determina que uma lei complementar seja a guia, que determine quais os valores e interesses são protegidos, e que diga quando, onde e como os direitos dos povos indígenas sucumbem ao relevante interesse da União e quais as garantias que são previstas quando das excepcionalidades. Esse é o mesmo entendimento do Ministério Público Federal.

Ainda que o STF entendesse que o Judiciário pode suplantiar a ausência da lei complementar, certamente a decisão vincularia apenas o caso em julgamento, sem possibilidade de que a decisão extrapolasse o conflito concreto, pois na definição de cada situação os valores e interesses são diversos, têm pesos diversos e devem ser aplicados de forma distinta. A restrição do direito fundamental dos povos indígenas de utilizarem os recursos naturais presentes nas suas terras deveria observar na maior medida possível os princípios e regras presentes no art. 231 da Constituição.

Pois bem, se forem aplicadas as condicionantes presentes na decisão da PET 3.388/RR relativas à exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas o Supremo Tribunal Federal estará legislando com força de lei complementar para prever a instalação de:

- *bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico;*
- *equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação.*

Isso numa clara afronta, não só à Constituição de 1988, mas também à Convenção 169, que deveriam guiar a interpretação da restrição do direito indígena ao usufruto exclusivo dos recursos naturais de suas terras.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Pior, o aproveitamento dos recursos naturais das terras indígenas se dará sem consulta às comunidades indígenas (direito que se encontra em tantos artigos da Declaração e da Convenção 169), negando aos índios o direito que todos brasileiros têm: uma reparação (indenização ou reassentamento em área equivalente). É assim violado o direito previsto na Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas da ONU:

Artigo 28

1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.

2. Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indenização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada.

Com relação a outras limitações em relação ao usufruto exclusivo das riquezas naturais em relação ao seu modo de utilização ou à regulamentação ambiental no uso das riquezas presentes nas terras indígenas, tendo em vista que a Constituição protege a organização social, os costumes e tradições indígenas, a forma de utilizar qualquer recurso natural é protegida enquanto ela for compatível com esses atributos. Dentro ou fora das terras indígenas, a produção consoante com a organização social, os costumes e tradições indígenas jamais deve ser limitada. A

caça, a pesca, a agricultura, a pecuária, o extrativismo e a produção de artesanato ou quaisquer outras atividades não podem sofrer restrições, pois são amparadas constitucionalmente.

As regras que norteiam essas atividades devem ser as regras dos próprios povos, pois, segundo Antonio Carlos Diegues, elas revelam uma relação cultural que geralmente leva à manutenção dos próprios recursos:

Esses sistemas tradicionais de manejo não são somente formas de exploração econômica dos recursos naturais, mas revelam a existência de um complexo de conhecimentos adquiridos pela tradição herdada dos mais velhos, de mitos e símbolos que levam à manutenção e ao uso sustentado dos ecossistemas naturais (2000:85).

No mesmo sentido é a opinião de Juliana Santilli:

Vê-se, portanto, que a Constituição protege o modo de vida tradicional dos povos indígenas, e que suas atividades tradicionais, desenvolvidas e compartilhadas ao longo de gerações, e reproduzidas segundo usos, costumes e tradições indígenas, estão claramente excluídas da possibilidade de aplicação das normas incriminadoras previstas na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). Atividades tradicionais como caça, pesca e extrativismo, ainda que realizadas mediante o emprego de técnicas, métodos, petrechos ou substâncias não permitidas pela legislação ambiental, estão isentas das penas cominadas aos crimes ambientais (2004:24).

Aos índios, também é facultada a exploração de suas riquezas de forma não-tradicional, para qualquer finalidade, inclusive a obtenção de bens e serviços necessários que eles não são capazes de produzir, ou mesmo para adquirir reservas financeiras para eventualidades. A permissão para exploração das riquezas presentes nas terras indígenas de forma não-tradicional está também presente legalmente no art. 24 do Estatuto do Índio:

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem como ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

Contudo, esse tipo de exploração das riquezas naturais deve seguir a normatização ambiental, pois ela é destinada a moderar e racionalizar a exploração econômica, já que o meio ambiente é essencial à qualidade de vida e um direito de todos os cidadãos brasileiros. Incumbe ao Estado, pelo art. 225 da Constituição, a sua preservação através de uma intensa atividade legislativa e regulamentar. Segundo Helena Regina Lobo da Costa:

A diversidade entre os povos indígenas deve ser reconhecida, não se podendo impor a todos eles um determinado modo de vida, baseado na caça, pesca, agricultura de subsistência e extrativismo, tido como 'costumes tradicionais'.

Por outro lado, não se pode ignorar que os territórios indígenas abrigam parcela significativa dos recursos naturais brasileiros, cuja proteção não apenas é fundamental em termos ambientais, mas também para a própria sustentabilidade do modo de vida social, econômico e cultural dos povos indígenas.

O equilíbrio entre estes dois valores – autonomia dos povos indígenas e proteção ao meio ambiente – deve pautar a aplicação do direito neste âmbito (2009:108).

Não se pode ignorar que alguns grupos indígenas cedem à exploração irregular de suas áreas, sendo que atividades como a extração de madeira, garimpo e arrendamento das terras para a agricultura e pecuária não são raras, muitas vezes até com a participação e o empreendedorismo dos próprios indígenas. A permissão dos índios para o desenvolvimento de atividades ilegais dentro de suas áreas dificulta a fiscalização pelos órgãos responsáveis. Muitas vezes, ainda, essas atividades contam com a corrupção dos órgãos públicos. Raras vezes a exploração das riquezas naturais das terras indígenas foi realizada de maneira regular, com o controle e acompanhamento do Estado para proteção dos direitos indígenas.

A exploração dos recursos das terras indígenas deve, em primeiro lugar, ser uma reivindicação dos próprios interessados, não uma imposição dos órgãos governamentais ou de demandas externas. Diante do usufruto exclusivo, a exploração deve ser realizada sempre pelos próprios índios, podendo, no entanto, contar com a parceria de terceiros.

O controle do Estado, através da regulamentação da atividade, é uma exigência do art. 225 da Constituição. Por isso, a exploração deve respeitar a legislação existente, obedecendo às limitações legais. Contudo, tendo em vista as peculiaridades da organização social dos povos indígenas seria essencial a elaboração de uma política específica aos povos indígenas que respeitasse a cultura indígena (seus conhecimentos e técnicas de manejo), sua liberdade e autodeterminação.

A possibilidade de exploração das terras indígenas está hoje parcialmente regulada pelo Código Florestal ou Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, que, em seu art. 3º expressamente equipara as terras indígenas à pequena propriedade ou posse rural familiar. O recém-aprovado Código Florestal trouxe uma nova diretriz para esta questão, ao sepultar a ideia de terra indígena como área de preservação permanente e possibilitar a exploração das riquezas das terras indígenas seguindo a mesma lógica de todas as terras do Brasil. Em todos os âmbitos, aliás, o novo Código Florestal reduziu, de forma sem precedente na história recente do país, a proteção do meio ambiente, o que certamente afetará de forma dramática os povos indígenas num futuro próximo, de maneira semelhante a que a expansão da fronteira agrícola os afetou até hoje.

Por sua relevância ambiental, as terras indígenas são tratadas pelo Decreto 5.758, de 13 de abril de 2006, como integrantes do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas - PNAP, cujo objetivo para as terras indígenas é *estabelecer um programa nacional de conservação e uso sustentável da diversidade biológica em terras indígenas com os órgãos governamentais competentes, comunidades e organizações indígenas*. Também quando as terras indígenas possuírem características naturais relevantes, o Estado pode criar unidades de conservação da natureza, com fundamento no § 1º do art. 225 da Constituição e na Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. Esse regime jurídico, como será visto, impõe restrições à utilização das terras indígenas pelos índios no regime ditado pelo Código Florestal.

Mais adequada às diversas situações de exploração das riquezas das terras indígenas e à necessidade de conservação de áreas ambientalmente relevantes

pelas próprias comunidades indígenas, foi a instituição da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas - PNGATI, pelo Decreto n. 7.747, de 5 de junho de 2012. A gestão territorial das terras indígenas tem como objetivo garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas, assegurando a integridade do patrimônio indígena, a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações dos povos indígenas, respeitando sua autonomia sociocultural, nos termos da legislação vigente. Uma legislação condizente com o art. 231 da Constituição e que traz como diretrizes à Funai e ao Ministério do Meio Ambiente:

- I. - reconhecimento e respeito às crenças, usos, costumes, línguas, tradições e especificidades de cada povo indígena;*
- II. - reconhecimento e valorização das organizações sociais e políticas dos povos indígenas e garantia das suas expressões, dentro e fora das terras indígenas;*
- III. - protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações, assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas e as perspectivas de gênero e geracional;*
- IV. - reconhecimento e valorização da contribuição das mulheres indígenas e do uso de seus conhecimentos e práticas para a proteção, conservação, recuperação e uso sustentável dos recursos naturais imprescindíveis para o bem-estar e para a reprodução física e cultural dos povos indígenas;*
- V. - contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas;*
- VI. - proteção territorial, ambiental e melhoria da qualidade de vida nas áreas reservadas a povos indígenas e nas terras indígenas;*
- VII. - proteção territorial e ambiental das terras ocupadas por povos indígenas isolados e de recente contato;*

- VIII. - *implementação da PNGATI para povos e comunidades indígenas, cujas terras se localizam em área urbana, naquilo que seja compatível, e de acordo com suas especificidades e realidades locais;*
- IX. - *proteção e fortalecimento dos saberes, práticas e conhecimentos dos povos indígenas e de seus sistemas de manejo e conservação dos recursos naturais;*
- X. - *reconhecimento, valorização e desenvolvimento da gestão ambiental como instrumento de proteção dos territórios e das condições ambientais necessárias à reprodução física, cultural e ao bem-estar dos povos e comunidades indígenas;*
- XI. - *garantia do direito à consulta dos povos indígenas, nos termos da Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, promulgada pelo Decreto no 5.051, de 19 de abril de 2004;*
- XII. - *reconhecimento dos direitos dos povos indígenas relativos a serviços ambientais em função da proteção, conservação, recuperação e uso sustentável dos recursos naturais que promovem em suas terras, nos termos da legislação vigente; e*
- XIII. - *promoção de parcerias com os governos estaduais, distrital e municipais para compatibilizar políticas públicas regionais e locais e a PNGATI.*

Uma política que certamente nasce com boas intenções, mas que encontrará obstáculos na falta de recursos materiais e humanos da Funai, na pressão de vários setores do governo, do Legislativo, do Judiciário e da sociedade que atualmente parecem pretender restringir direitos indígenas, quando, vale repetir, em suas atividades tradicionais as comunidades indígenas só devem encontrar limites na utilização dos recursos naturais presentes em suas terras nas normas vindas de sua organização social, seus costumes, crenças e tradições.

Para outras formas de exploração a legislação ambiental brasileira deve ser aplicada, de forma adaptada à organização social, costumes, crenças e tradições dos povos indígenas. Faltam necessárias regulamentações que especifiquem as particularidades necessárias aos regimes jurídicos ambientais gerais.

Esse é um quadro legal que emoldura uma crescente ação de diversos grupos para estimular o crescimento do país através do maior aproveitamento dos recursos naturais, inclusive os presentes em terras indígenas, ao mesmo tempo que impõe um regime mais severo na sua utilização pelas comunidades indígenas visando à conservação do meio ambiente. Por outro lado, elas continuam a trabalhar suas riquezas de acordo com suas prioridades, protegendo-as da exploração de terceiros, e lutando pela autonomia de pensar seu desenvolvimento com o exercício da exclusividade de aproveitamento do meio ambiente.

3.2.5.1 Unidade de conservação da natureza sobreposta à terra indígena

Existe uma identidade de sentido, uma convergência, entre a preocupação com a preservação do meio ambiente e o reconhecimento de uma sociedade pluriétnica. O respeito a diferentes formas não-capitalistas de vida demonstra que são possíveis relações de apropriação da natureza pelo ser humano que não a apropriação privada e intensiva levada pelo modelo capitalista. É comprovado que a política de demarcação de terras indígenas é bastante eficiente para a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A única forma de demonstrar cientificamente essa afirmação, que parece fazer parte do senso comum, está na análise dos dados sobre a Amazônia. Cerca de 98% da extensão total das terras indígenas no Brasil está na Amazônia Legal. Essa região político-jurídico-administrativa é formada por aproximadamente 22% de terras indígenas e 25% de áreas de proteção que integram o SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação. As terras indígenas e unidades de conservação (federais ou estaduais) formam um mosaico de proteção do meio ambiente, que se estende inclusive internacionalmente para outras áreas em países vizinhos. Existe uma sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas em 3% do território a envolver 7% da área das terras indígenas (Márcio SANTILLI, 2010:12).

Diversos estudos sobre a supressão florestal na Amazônia (NUNES, 2010) mostram que a taxa de deflorestação interna nas áreas protegidas é menor nas

terras indígenas (algo próximo a 1% na série histórica) que as comparadas com as unidades de conservação de proteção integral (1,2%) ou de uso sustentável (6%). Estão compreendidas nesse resultado, ainda, algumas áreas dentro de terras indígenas que foram desmatadas anteriormente ao processo de reconhecimento por invasores. Resultado impressionante que é creditado à proteção ativa de dos territórios pelos próprios povos indígenas.

Ou seja, os valores da preservação do meio ambiente e do reconhecimento e respeito ao direitos territoriais dos indígenas já convive harmoniosamente na grande maioria das áreas ocupadas tradicionalmente. Se na prática essa convivência é possível, cabe agora analisar se a criação de áreas para preservação do meio ambiente sobrepostas aos territórios tradicionais indígenas é medida correta.

A conjunção das terras indígenas com unidades de conservação, na maior parte dos casos, atinge apenas parte das terras indígenas. A previsão de duas proteções especiais, cujos objetivos são diversos, mas não antagônicos, um de garantir a vida e a cultura de um povo e outro o de preservar espaços com atributos ecológicos importantes, gera a dificuldade de compatibilizar regimes diferentes, com conflitos e incongruências.

A interação tradicional dos povos indígenas com o meio ambiente é considerada atualmente exemplo de preservação e promoção da biodiversidade. As terras indígenas estão localizadas em biomas importantes e são menos suscetíveis a uma exploração econômica mais predatória, como as levadas pelas empresas agropastoris.

Mas, se 98% do território total reconhecido às diversas comunidades indígenas está localizado na Amazônia Legal, em outras partes do país, as terras indígenas são territórios pequenos e conservam os últimos conjuntos de importância em certos biomas. Pela eficácia na preservação ambiental ou por serem as derradeiras áreas, é forçoso reconhecer que existe e se intensificará o interesse ambiental pelas terras indígenas.

É inegável que a Constituição Federal de 1988 tem como valores a serem reconhecidos e protegidos o meio ambiente ecologicamente equilibrado e os povos indígenas, suas terras e seus costumes. A questão da sobreposição é bastante delicada, pois, se um interesse meritório serve de razão e justificativa para medidas de preservação do meio ambiente, uma ingerência indevida e um constrangimento a direitos constitucionais assegurados aos povos indígenas parecem acompanhar a criação de certas unidades de conservação sobrepostas a terras indígenas. São duas as políticas que se mostram, num primeiro momento, conflitantes com a política indigenista. Em primeiro lugar, a constituição de unidades de conservação posteriormente à identificação e demarcação de terras indígenas. A segunda é um controle institucional dos órgãos ambientais nas terras indígenas.

Soma-se a essa ingerência uma história conturbada que antecede a positivação de ambas as políticas públicas. Pode-se voltar à década de 1930 e ao surgimento de delimitações por decreto de áreas territoriais de interesse ambiental. O surgimento dos parques nacionais, moldados nas formas da política de criação de áreas naturais protegidas nos Estados Unidos¹¹⁰, trouxe uma ideia subjacente à proteção do meio ambiente, qual seja, de que pedaços do mundo natural em seu estado primitivo podem ser preservados da interferência humana. Essas ilhas paradisíacas serviriam à contemplação e ao reverenciamento da natureza no seu estado primeiro. Mas, a natureza em estado puro não existe: todas as áreas, mesmo as mais “preservadas” foram manipuladas pelos homens. Ora, a ideologia, a prática e a legislação de criação dos parques e das unidades de conservação no Brasil previam e preveem a retirada das populações que as habitam.

Dessa forma, áreas como o Parque Nacional do Monte Pascoal, o Parque Nacional do Araguaia e o Parque Nacional do Xingu são emblemáticas na convivência e nos conflitos da sobreposição de áreas protegidas e territórios tradicionais indígenas. Essas áreas foram criadas no início do movimento de proteção de áreas ambientais, sendo o Parque Nacional do Monte Pascoal criado em 1961, o Araguaia em 1959 e o Xingu em 1961. O modelo de parques nacionais sem

¹¹⁰ A criação do primeiro parque nacional do mundo, no século XIX, *Yellowstone*, é o marco dessa política, que teve sua penetração no Brasil na década de 1930 e foi intensificada nas décadas de 1960-1979 (DIEGUES, 2000:16).

moradores para a preservação ambiental obedeceu a uma visão que pretende beneficiar apenas valores estéticos das populações urbanas. Paisagens, florestas, grandes rios, cachoeiras e outras belezas cênicas foram preteridas às áreas fundamentais para a relação das populações tradicionais e da natureza. A criação dos parques nacionais não levou em conta os povos que ocupavam as áreas. Esses povos foram invisíveis por muito tempo. Passaram-se os anos, o meio ambiente do entorno dos parques foi completamente modificado pelas frentes de expansão da sociedade brasileira, as matas cederam seu lugar aos pastos e plantações, e os povos foram confinados em sua circulação apenas às áreas públicas e às franjas de mata das propriedades privadas. A relação entre as populações indígenas e o meio ambiente, que antes era harmônica, passou a sofrer inúmeros constrangimentos, inclusive dos órgãos ambientais responsáveis pela administração das áreas protegidas.

Outra dinâmica na delimitação dos territórios indígenas, diferente da atualmente prevista pela Constituição Federal de 1988, aliada a uma disputa intragovernamental e a uma transigência indevida na definição territorial, somaram os parques e as terras indígenas, quando os territórios se sobrepunham. Os conflitos em diversas das áreas sobrepostas é geralmente o resultado da degradação ambiental, da restrição dos territórios tradicionais dos povos indígenas e da opção por executar uma política preservacionista que exclui o componente humano e cultural da natureza.

Os posicionamentos hoje encontrados dos ambientalistas, dos defensores dos povos indígenas, dos diversos órgãos governamentais, das organizações não-governamentais e dos especialistas, vão desde a incompatibilidade extremada da sobreposição, passando pela ocupação das unidades de conservação por povos indígenas, chegando à revogação das unidades de conservação com a criação de terras indígenas. Essa intolerância reflete-se, sobretudo, na falta de interlocução entre os interessados, que impossibilita, em muitos casos, a definição das questões, com prejuízo do meio ambiente e dos povos indígenas.

Existem saídas jurídicas e muitas experiências que trazem a compatibilidade dos interesses constitucionais. Para assegurar a efetividade do direito

ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o § 1º do art. 225 da Constituição incumbe ao poder público e à coletividade:

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Pois bem, a realização da política ambiental por meio do estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos está regulamentada pela Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC.

Por haver dois mandamentos constitucionais fundamentais com a mesma força e imperatividade, a proteção de áreas ambientalmente relevantes e o reconhecimento dos povos indígenas e seus territórios, existe uma necessidade de compatibilizá-los. A superposição de unidades de conservação e terras indígenas é uma dupla afetação jurídica de um mesmo espaço territorial. Contudo, em alguns casos, a dupla destinação se mostra legal ou empiricamente inviável, seja pelo modelo de unidade de conservação adotado ou pela ação dos agentes estatais no sentido da incompatibilidade.

Na prática, algumas unidades de conservação foram criadas sobre territórios já ocupados por povos indígenas, mas que ainda não tinham sido reconhecidos. A criação dessas unidades desprezou a existência dos povos indígenas e seus direitos assegurados constitucionalmente, numa imposição de um modelo preservacionista que ignora a ocupação humana anterior. Aqui é de se rememorar o caráter puramente declaratório do procedimento de identificação e demarcação de uma terra indígena, pois ocupada tradicionalmente antes de o Estado reconhecê-la formalmente como tal. Criada uma unidade de conservação sobreposta a um território tradicionalmente ocupado por índios e ainda não reconhecido formalmente, imediatamente surge uma pressão e um controle estatal sobre as atividades dos índios. Agentes do Estado, ainda que motivados por um valor jurídico relevante, desconsideram ou pretendem limitar direitos indígenas constitucionalmente

protegidos, como o direito à posse permanente de suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes.

Problema maior pode ser encontrado quando a criação de unidades de conservação é utilizada com desvio de finalidade no sentido da limitação dos direitos indígenas e da negação da existência da posse dos territórios tradicionais indígenas. A criação de unidades de conservação é utilizada, também, como argumento contrário à identificação e demarcação de terras indígenas pela União, suscitando uma incompatibilidade inexistente juridicamente. Muitas vezes, os descumprimentos das limitações ilegais, corolários da implantação das unidades de conservação, levados por indígenas em suas atividades tradicionais, são usados em campanha difamatória, na qual se reforça a falta de limites para ação indígena e sua não-adequação ao mundo contemporâneo. Cria-se uma proibição para atingir uma determinada população que tradicionalmente realiza as atividades proibidas.

Existe, sim, a possibilidade de conciliar a proteção dos territórios indígenas (e dos próprios povos indígenas) e a proteção de espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos para atingir a proteção do meio ambiente. Para definir juridicamente a compatibilidade, surge a necessidade de enfrentar a legislação que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. É necessária, dessa forma, a análise da tipologia das unidades de conservação, divididas entre unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável.

As unidades de proteção integral têm como objetivo básico, de acordo com o § 1º do art. 7º da Lei 9.985/2000, preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais. São espaços territoriais, cujo principal objetivo é a preservação da natureza no estado em que ela se encontra. A presença de humanos não é admitida, pois seu pressuposto é o de que qualquer atividade humana reflète de forma predatória nas características do meio ambiente a ser protegido. Assim, criada uma unidade de conservação de proteção integral, todas as propriedades privadas em seus limites devem ser desapropriadas e a presença humana deve ser eliminada. Elas são classificadas em:

*1. **Estação Ecológica** – É a unidade de conservação mais restritiva, cujo objetivo primordial é a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas (Lei 9.985/00, art. 9º). É proibida a visitação pública, exceto quando com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico (art. 9º, § 2º). São possíveis alterações em seu ecossistema no caso de restauração de ecossistemas modificados; manejo de espécies com o fim de preservar a diversidade biológica e coleta de componentes dos ecossistemas com finalidades científicas (art. 9º, § 4º);*

*2. **Reserva Biológica** – Tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais (art. 10). De igual forma, é proibida a visitação pública, exceto quando com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico (art. 10, § 2º);*

*3. **Parque Nacional** – É um tipo de unidade de conservação que serve para a contemplação humana, que aplica a idéia original dos parques nacionais norte-americanos, pois tem como objetivo a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico (art. 11). A presença humana é aceita, mas na forma de visitação pública sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas fixadas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento (art. 11, § 3º);*

*4. **Monumento Natural** – Também é unidade de conservação de caráter contemplativo, cujo objetivo é preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica (art. 12). Admite-se sua constituição por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários (art. 12, § 1º), caso contrário a área deve ser desapropriada (art. 12, § 2º);*

*5. **Refúgio de Vida Silvestre** – Tem o objetivo primordial de garantir e proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou*

migratória (art. 13). Pode ser constituído também por áreas particulares (art. 13, § 1º).

As unidades de conservação de proteção integral, como se pode ver, implicam restrições ou limitações que parecem incompatíveis com a posse permanente e o usufruto das riquezas naturais existentes nas terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, nem sempre essa incompatibilidade é verificada. É o caso da sobreposição do Parque Nacional do Monte Roraima e da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, onde a área sobreposta, o Monte Roraima, é protegida pela cultura dos povos indígenas Makuxi, Ingariçó, Patamona, Wapixana e Taurepang, que o consideram um lugar sagrado, sem nenhuma habitação indígena, onde vivem seus deuses e que deve ser protegido. Existe aí um manejo realizado não por normas e punições, mas pelas crenças dos povos indígenas. O exemplo mostra que a incompatibilidade da letra fria da lei deixa de existir se as mentes forem abertas para um sistema construído com a experiência dos povos indígenas para a preservação ambiental.

Já as unidades de uso sustentável, de acordo com o § 2º do art. 7º, da Lei 9.985/00, têm como objetivo compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais. À primeira vista, as unidades de uso sustentável permitem a ocupação humana. Inclusive, alguns tipos de unidade de conservação de uso sustentável admitem a presença no interior da área escolhida de propriedade privada de terras e certo desenvolvimento de atividades econômicas. As unidades de uso sustentável são classificadas em:

*1. **Área de Proteção Ambiental** – área extensa, com certo grau de ocupação humana, dotada de atributos importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas. Tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais (art. 15). É constituída por terras públicas ou privadas, que poderão sofrer restrições de uso;*

*2. **Área de Relevante Interesse Ecológico** – é uma área, em geral, de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local*

e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza (art. 16). Também pode ser constituída por terras públicas ou privadas;

*3. **Floresta Nacional** – área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas. Seu objetivo básico define-se no uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas (art. 17). É área pública onde é permitida a permanência de populações tradicionais;*

*4. **Reserva Extrativista** – utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade (art. 18). É bem de domínio público, com o uso concedido às populações extrativistas;*

*5. **Reserva de Fauna** – área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos (art. 19). É bem de domínio público, excluídas todas as propriedades privadas e qualquer ocupação humana;*

*6. **Reserva de Desenvolvimento Sustentável** – abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica (art. 20). Tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente desenvolvidos por estas populações. São bens de domínio público, com uso destinado às populações tradicionais;*

*7. **Reserva Particular do Patrimônio Natural** – área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.*

As Áreas de Proteção Ambiental, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável, como se pode

ver em suas definições, admitem a presença humana e o desenvolvimento de atividades econômicas. As demais unidades de conservação, por não tolerarem a presença humana, sofrem as mesmas ressalvas feitas às unidades de proteção integral.

Se cada unidade de conservação, ao ser criada e instituída, não pretender fulminar os direitos constitucionais dos índios, deve sofrer adaptações para que a sobreposição seja admitida. A própria lei que institui o SNUC prevê que existam superposições e que elas devam ser regularizadas:

Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação.

Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas.

Um dos objetivos específicos do Plano Estratégico para Áreas Protegidas, instituído pelo Decreto 5.758/2006, é *solucionar os conflitos decorrentes da sobreposição das unidades de conservação com terras indígenas e terras quilombolas com o respeito às especificidades e restrições das terras indígenas.*

A Lei seguiu a tradição de impor inviáveis prazos quando é sabida a complexidade do problema. As diretrizes previstas legalmente, até hoje, sequer foram discutidas, tendo em vista certa incompatibilidade entre algumas das posições dos órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista e, mais, pelas incompatibilidades serem vindas do relacionamento diário e negocial entre autoridades e povos indígenas. Mas, segundo a lei deveria ser instalado um grupo de trabalho com a difícil incumbência de analisar as superposições, prever os problemas que ainda irão surgir e elaborar normas para os equacionar.

Por consequência, se a lei determina que as superposições sejam regularizadas, duas possibilidades iniciais exigem uma escolha prévia. Se o tipo de unidade não pode ser compatibilizado com a existência dos índios e de suas

atividades, o decreto de sua criação deve ser revogado, por contrariar o § 6º do art. 231 da Constituição¹¹¹. Aqueles tipos de unidades de conservação que são criados para limitar os direitos indígenas ou para que um órgão público dispute com o órgão indigenista federal a primazia de exercer o poder de polícia na mesma área ou cujas finalidades sejam diversas das aceitas legalmente devem ser revogados. Mas, a inconstitucionalidade da sobreposição não nasce na previsão da legislação infraconstitucional, mas na escolha política do tipo de unidade de conservação, e sua imposição ao mundo por ato administrativo governamental. Não aceitar a proteção das normas previstas na lei que institui o SNUC não é negar eficácia à norma contida no inc. III do § 1º, do art. 225 (GUIMARÃES, 2006:6).

Se a superposição é admitida¹¹², inclusive legalmente, passa-se a pensar em diretrizes e normas para sua convivência. Parte-se do pressuposto óbvio de que qualquer superposição deve aceitar a presença do índio e de seu direito de posse das terras e usufruto das riquezas naturais, de acordo com o § 2º do art. 231 da Constituição. Por outro lado, parece cristalino que a dupla afetação traz restrições à exploração da área da terra indígena pela unidade de conservação no regime de pequena propriedade ou posse rural familiar da Lei 12.651/12, o novo Código Florestal. Outro requisito essencial é o aproveitamento dos conhecimentos indígenas no manejo e gestão dos recursos naturais das unidades de conservação. A preservação do meio ambiente deve ser uma atitude procurada de forma consensual, sem imposições de planos de manejos pelos órgãos governamentais a quem sempre trabalhou aquele meio ambiente. A procura do consenso requer a participação dos índios na definição de seu futuro e aqui é importante rememorar o valor da autonomia dos povos indígenas. Os povos indígenas têm direito de serem ouvidos quando da construção das diretrizes e normas para a coexistência, o que se vê também presente no art. 57 da Lei do SNUC. Não só ouvidos, mas de terem suas ideias levadas em conta e aplicadas.

Os esforços no sentido do cumprimento da lei foram concretizados com duas iniciativas. Em 2000 foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial

¹¹¹ Tem-se o exemplo da revogação da Estação Ecológica por previsão do decreto de homologação da Terra Indígena Enawenê-Nawê.

¹¹² Em sentido contrário Abi-Eçab (2008).

(GTI), através da Portaria 261 MMA/MJ, composto por representantes dos Ministérios do Meio Ambiente e da Justiça, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, da Funai, da 4ª e 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Meio Ambiente e Povos Indígenas e Minorias, respectivamente). O Conselho Nacional de Meio Ambiente – Conama – também criou, em 2000, um Grupo de Trabalho formado paritariamente com representantes de entidades ambientalistas e indigenistas (RAMOS, 2004:16). Ambos os grupos apenas formalizaram a posição aparentemente antagônica e conflitante dos representantes.

Uma solução ideal seria a previsão na Lei do SNUC de algum tipo de unidade de conservação que efetivasse legalmente a superposição. Foi proposta, na época da elaboração da lei, pelo Instituto Socioambiental (SANTILLI, 2004:13), a reserva indígena de recursos naturais como possibilidade de conservação de uso sustentável. O próprio Estatuto do Índio prevê, em seu art. 28, a figura do “parque indígena”, provavelmente inspirado no Parque Indígena do Xingu, área de proteção sociocultural e ambiental:

Art. 28. Parque Indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

§ 1º Na administração dos parques serão respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios.

§ 2º As medidas de polícia, necessárias à ordem interna e à preservação das riquezas existentes na área do parque, deverão ser tomadas por meios suasórios e de acordo com o interesse dos índios que nela habitam.

§ 3º O loteamento das terras dos parques indígenas obedecerá ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem como às normas administrativas nacionais, que deverão ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas.

A norma foi recepcionada pela Constituição e poderia ser utilizada para adequar os valores da proteção dos povos indígenas e do meio ambiente. O poder de polícia, instrumento de que dispõe o Estado para garantir que os valores constitucionais e legais sejam respeitados, é, nesse caso, de titularidade do órgão indigenista federal. Talvez a não utilização dessa figura deva-se à disputa de poder entre órgãos ambientalistas e indigenistas. As próprias comunidades indígenas, em primeiro lugar, e a Funai já protegem áreas ambientalmente relevantes e que devem ser preservadas em terras indígenas. É notório que a fiscalização das terras indígenas obtém sucesso pela constante participação de seus interessados, os índios. Por esse motivo, em condições normais, o poder estatal deve ser utilizado por meios suasórios, de forma negociada e consensual, a fim de que não se restrinja a ação e os direitos dos índios com a justificativa de proteção do meio ambiente. A proteção pelas unidades de conservação dos territórios indígenas é realizada, principalmente, contra o assédio e as invasões de terceiros, com constante apoio das comunidades indígenas. A própria lei do SNUC prevê a gestão participativa a fim de valorizar a sociodiversidade:

Art. 26. Quando existir um conjunto de unidades de conservação de categorias diferentes ou não, próximas, justapostas ou sobrepostas, e outras áreas protegidas públicas ou privadas, constituindo um mosaico, a gestão do conjunto deverá ser feita de forma integrada e participativa, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação, de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional.

A última solução criada legalmente está prevista em diversos decretos de homologação das terras indígenas, como nos casos de Raposa Serra do Sol e Inãwébohona, a administração partilhada das áreas do Parque Nacional do

Monte Roraima e do Parque Nacional do Araguaia entre a Funai, o Ibama e a comunidade indígena¹¹³. Por meio dos decretos de homologação, os Ministérios da Justiça e do Meio Ambiente apresentam plano de administração dos parques nacionais que estão superpostos às terras indígenas.

Mas a decisão na PET 3.388/RR recusou o caminho da participação, do diálogo e da negociação. Sua parte dispositiva estabeleceu as condicionantes **h**, **i** e **j** que tratam exatamente da sobreposição de unidades de conservação e terras indígenas. No caso concreto, com toda afinidade de regimes jurídicos e sem nenhum problema na administração do Parque Nacional do Monte Roraima com as comunidades indígenas da Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental;

i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental;

j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

O usufruto indígena fica sujeito à "*responsabilidade*" do ICMBio. Seria controle? Será sob o paradigma do reconhecimento e respeito à organização social, costumes, tradições, crenças, línguas e ocupação tradicional indígena? Da mesma forma, entre duas gestões por órgãos públicos, vinda da dupla afetação, o STF escolheu a primazia do ICMBio, quando poderia fixar a dupla administração na medida da competência de cada órgão, de forma não excludente. Por que a primazia de uma administração sobre a outra?

¹¹³ No caso do Parque Nacional do Monte Roraima a administração deverá ser realizada em conjunto com o povo indígena Ingarikó. Conferir decreto de homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, de 15/04/2005; o Parque Nacional do Araguaia deve ser administrado em conjunto com os povos Javaé, Karajá e Avá-Canoeiro. Conferir decreto de homologação da Terra Indígena Inãwébohona, de 18/04/2006.

A decisão também impõe ao controle do ICMBio a admissão de visitantes e pesquisadores, sem fazer qualquer ressalva aos direitos dos povos indígenas, afinal, as unidades de conservação sobrepostas são também terras indígenas. Mas, na prática o órgão ambiental federal sabe que é impossível administrar qualquer unidade de conservação sobreposta a terra indígena sem a participação e o diálogo com as comunidades indígenas. Especificamente na Raposa Serra do Sol, em 2011, foi formado o Conselho Consultivo do Parque Nacional do Monte Roraima, unidade de conservação gerida pelo ICMBio localizado em Roraima, juntamente com o Povo Ingarikó.

A decisão do STF parece acirrar conflitos, mas é uma proposição tão vaga que acaba tendo efeitos bastante restritos para definir todos os caminhos possíveis de compatibilização das questões ambientais e indígenas. Essa compatibilização de regimes, de interesses e aspirações só é equacionada em cada caso de sobreposição, no diálogo e negociação de cada questão.

3.2.5.2 Licenciamento ambiental e povos indígenas

O novo ciclo de investimentos da década de 2000-2010, a intensificação da ocupação humana e a maior exploração econômica das Regiões Norte e Centro-Oeste têm o seu reflexo no aumento do planejamento e da construção de empreendimentos de infraestrutura no Brasil. Muitos desses empreendimentos afetam os povos indígenas e o meio ambiente de seus territórios.

São usinas hidrelétricas, barragens, canais, hidrovias, portos, linhas de transmissão de eletricidade, estradas de rodagem, ferrovias, gasodutos, aterros sanitários, uma infinidade de ações humanas que trazem impacto ambiental e social. Se o último período de grande crescimento experimentado pelo Brasil nas décadas de cinquenta a setenta, com investimentos maciços em grandes obras de “integração nacional”, como as usinas de Itaipu, Tucuruí e as barragens do Rio São Francisco e a Transamazônica, não foi acompanhado pela avaliação sobre seus impactos ambientais e sociais, a atual preocupação com o meio ambiente parece levar a novos paradigmas.

Deve-se muito aos movimentos sociais o nascimento da atual preocupação com o meio ambiente e o respeito às populações atingidas por essas obras.

Como naquela época, continua um dogma da teoria econômica que o investimento estatal ou privado em obras de infraestrutura aumente a produção de bens e serviços, faça crescer a economia e, por fim, traga bem-estar à população. Contudo, a população brasileira parece não ter acesso equitativo às benesses desse desenvolvimento, muito pelo contrário, os que menos ganham com esse crescimento são, invariavelmente, mais desrespeitados em seus direitos quando da construção dos empreendimentos.

As políticas governamentais e os investimentos privados em obras de infraestrutura causam impacto direto ou indireto nos povos indígenas e em suas terras por todo o Brasil. O modelo elétrico calcado na construção de grandes usinas e pequenas centrais hidrelétricas, que se propugna ser a melhor matriz energética devido a seus baixos impactos ambientais, é hoje o principal foco de contrariedade e revolta dos povos indígenas. Alegam, com razão, que as comunidades não são ouvidas; que os empreendimentos construídos fora das terras indígenas, mas em rios que as atravessam, afetam o meio ambiente e as próprias comunidades indígenas de forma muito mais gravosa que apresentado nos estudos de impacto ambiental; que a Funai é acuada dentro do governo federal para cancelar esses projetos; que as medidas mitigatórias e compensatórias previstas quando da emissão de licenças não são cumpridas pelas empresas concessionárias. O licenciamento de outras obras de infraestrutura também parece ir no mesmo caminho, evitando a participação e as reivindicações dos povos indígenas.

Outra questão que aflige os povos indígenas é a agressiva atividade do agronegócio, que escapa a uma análise ambiental de seu conjunto. A atividade em si é bastante degradadora, pois a monocultura substitui qualquer cobertura vegetal remanescente numa apropriação exaustiva do solo e das águas, com o uso intensivo de defensivos agrícolas que poluem os rios e o solo. Por outro lado, são feitas estradas, ferrovias e hidrovias para escoar a produção agrícola intensiva e monocultora. Não há, até hoje, um acompanhamento global dessa política/atividade, o

processo de licenciamento cuida apenas do impacto de cada obra individualmente considerada, o que mostra que a legislação ambiental não é suficientemente abrangente. Os impactos e as pressões do agronegócio são poderosos, pois muitas populações já sentem a contaminação de seus rios, a pulverização de defensivos na população, a mudança nos microclimas regionais, o aumento no número de doenças respiratórias e de envenenamentos, enfim, um decréscimo na qualidade de suas vidas. E o agronegócio avança na desregulamentação de sua atividade ao refazer o Código Florestal para desproteger o meio ambiente e pressionar pela restrição do reconhecimento das terras indígenas, inclusive com o projeto de emenda constitucional 215.

O art. 225 da Constituição impõe ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente. O poder público tem a incumbência de tomar as providências enumeradas nos incisos do § 1º para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

As competências na proteção do meio ambiente são divididas em nível constitucional e infraconstitucional, pelos mais diversos órgãos ambientais dos entes da Federação, seja na Administração direta ou indireta. E dois dos principais instrumentos do poder de polícia administrativo, previstos pela legislação ambiental, são colocados à disposição dos órgãos ambientais pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, para que os objetivos de preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente sejam atingidos: a avaliação de impacto ambiental e o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Assim, qualquer obra ou atividade potencialmente ou efetivamente causadora de significativa degradação do meio ambiente das terras indígenas deve passar por licenciamento ambiental. Antes de continuar a análise é necessário diferenciar duas realidades distintas para que se estabeleçam as competências ambientais. As obras e empreendimentos a serem realizados no interior das terras indígenas, e suas restrições constitucionais já analisadas, e os realizados fora das terras indígenas.

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental (art. 10 da Lei 6.938/81) localizados nas terras indígenas, devem ser licenciados pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, órgão ambiental federal, devendo ser ouvida a Funai no que se refere à questão indígena e suas peculiaridades. A competência do Ibama se justifica pelo interesse da União em controlar os empreendimentos que afetem terras de sua propriedade e interesses que são os seus, como definido constitucionalmente.

Os empreendimentos e atividades potencialmente impactantes às comunidades indígenas e suas terras localizados fora das terras indígenas obedecem à

repartição de competências sobre o licenciamento ambiental. Como regra geral, definida pela Lei 6.938/81, o processo de licenciamento deve correr no órgão ambiental estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama (art. 10). Contudo, deslocada fica essa competência para o órgão federal ambiental quando as atividades e seus impactos tiverem determinadas características como serem de grandes projetos de infraestrutura que envolvam impactos em mais de um estado ou nas atividades do setor de petróleo e gás na plataforma continental. Também em qualquer processo de licenciamento da obra ou atividade que potencialmente cause impacto nas comunidades indígenas ou em suas terras, os órgãos ambientais estaduais ou federais ambientais devem consultar a Funai para que ela elabore o componente indígena do estudo de impacto ambiental¹¹⁴.

Essa competência para o acompanhamento do licenciamento ambiental é de certa forma amparada na legislação indigenista, como a Lei 5.371/67 que cria a Funai e exige dela medidas para proteção dos povos indígenas. Ou ainda, pelo Decreto 1.141/94, que dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às comunidades indígenas, destacando-se seu artigo 9º, que prevê a realização de diagnóstico ambiental para conhecimento da situação e de controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente modificadoras do meio ambiente, de modo a garantir a manutenção do equilíbrio necessário para a sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas.

O chamado componente indígena do licenciamento ambiental são os estudos, medidas de mitigação, de compensação e/ou indenizações que envolvam as comunidades e terras indígenas ao longo do processo de licenciamento ambiental.

A participação da Funai (e também da Fundação Cultural Palmares - FCP, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN e do Ministério da Saúde) nos processos de licenciamento ambiental de competência federal, a cargo do Ibama, foi regulamentada na Portaria Interministerial 419, de 28 de outubro de 2011. Interessante notar que essa Portaria nasceu para facilitar a concessão das licenças ambientais aos projetos de infraestrutura, principalmente

¹¹⁴ Ver cartilha da Funai, *Licenciamento ambiental e comunidades indígenas*, 2011.

àqueles previstos no Programa de Aceleração do Crescimento¹¹⁵ do governo federal. Para isso, restringiu os prazos para a manifestação dos órgãos responsáveis pelos estudos, análises, avaliação e posicionamento quanto à viabilidade ou não dos empreendimentos que afetam os povos indígenas, os quilombolas e as áreas de preservação ambiental.

Segundo a Portaria 419/2011 o Ibama encaminha à Funai solicitação de manifestação com a finalidade de elaborar termo de referência cujo conteúdo contemple estudos sobre os impactos no meio ambiente das terras e comunidades indígenas, isso se os empreendimentos forem previstos em terra indígena ou apresentarem elementos que possam gerar dano socioambiental direto no interior da terra indígena, respeitados os limites da tabela a seguir:

T i p o l o g i a	Distância (KM)	
	Amazônia Legal	Demais Regiões
Empreendimentos Lineares (exceto rodovias):		
Ferrovias	10 km	5 km
Dutos	5 km	3 km
Linhas de Transmissão	8 km	5 km
Rodovias	40 km	10 km
Empreendimentos Pontuais (portos, mineração e termoeletricas):	10 km	8 km
Aproveitamentos Hidrelétricos (UHEs e PCHs):	40 km Ou Área de contribuição direta ou reservatório acrescido de 20 km a jusante	15 km Ou Área de contribuição direta ou reservatório acrescido de 20 km a jusante

A Funai tem quinze dias consecutivos para sua manifestação, sob pena de preclusão e consolidação do termo de referência, tendo ou não sido apresentado o conteúdo que disponha sobre a questão indígena.

¹¹⁵ Para a magnitude da intervenção do Programa de Aceleração do Crescimento na vida dos povos indígenas ver *As obras de infraestrutura do PAC e os povos indígenas da Amazônia brasileira* (INESC, 2012).

Apresentado o Estudo de Impacto Ambiental, realizado em cumprimento do conteúdo descrito no termo de referência, a Funai deverá se manifestar em até 30 dias, com a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou empreendimento em terras indígenas, bem como com a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos. Se a manifestação não acontecer o processo continua seu andamento, sem prejuízo da concessão das licenças. Como se pode concluir da análise da Portaria o tempo de intervenção e análise da Funai é limitado a 90 dias.

A pergunta que se faz é: esse prazo geral, sob pena de preclusão, é suficiente para análise técnica da Funai e para a consulta dos povos indígenas (dentro do procedimento de análise técnica, que não pode ser confundida com a consulta prévia)?

Esses prazos e os demais procedimentos regulados pela Portaria 419/2011, que atingem transversalmente os povos indígenas, não são respeitosos às suas organizações sociais, línguas, costumes e tradições. Para acelerar o crescimento do país os direitos dos povos indígenas são sacrificados. Empreendimentos podem atingir muitas pessoas e vastas regiões. Há comunidades indígenas em locais distantes e de difícil acesso. O licenciamento ambiental é um procedimento que deveria ser cuidadoso com o meio ambiente e com as populações atingidas. É previsto como profundamente participativo, com possibilidade de amplo acesso aos seus procedimentos e estudos, e com obrigatoriedade de audiências públicas após o estudo de impacto ambiental para lhe dar publicidade. Deveria ser plural e assim permitir prazos adequados para cada caso concreto. Os documentos deveriam ser traduzidos para as línguas indígenas, para que as comunidades pudessem acompanhar as questões que lhes afetam, formar um juízo e decidir sobre o assunto de forma autônoma. Ou seja, no confronto entre agilidade e direitos fundamentais saem perdendo os direitos fundamentais dos povos indígenas.

A Funai sequer dispõe de profissionais suficientes para atender os prazos impostos, pois são 17 profissionais para analisar 400 processos relacionados a

obras que afetam povos indígenas em todo Brasil¹¹⁶. Se todo o serviço público federal passou por uma reformulação de quadro de pessoal, com a realização de concursos e aumento de salários, a Funai foi uma das últimas a iniciar seu processo, que caminha a passos lentos. E se verá na parte de política indigenista, a estruturação do órgão até agora é completamente atabalhoada e ineficiente. Por essas razões a Portaria foi severamente atacada pelas organizações indígenas¹¹⁷ e indigenistas¹¹⁸.

A Funai, através da Instrução Normativa 1/2012, com modificações efetuadas pela IN 4/2012, estabelece as normas sobre a sua participação no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades potencial e efetivamente causadoras de impactos ambientais e socioculturais que afetem terras e povos indígenas. O seu art. 6º parece demonstrar que o impacto em terras indígenas atrai a competência federal para o licenciamento ambiental para o Ibama, medida necessária para se evitar licenciamentos estaduais e municipais que produzem seus efeitos, mas são ilegais por não avaliarem de forma adequada os impactos da atividade ou obra nas terras e povos indígenas. A norma é um exemplo quando enumera os valores que ditarão a análise e foi muito bem redigida na medida da legislação e do respeito aos povos indígenas, apenas não prevendo a necessidade de tradução dos procedimentos para os idiomas indígenas.

Outro ponto bastante sensível é qual a melhor oportunidade para a consulta prévia da comunidade indígena. Considerando que ela deve subsidiar decisão de autoridade pública sobre o aproveitamento da terra indígena e de seus recursos naturais, como foi visto mais acima neste capítulo, o processo de licenciamento ambiental é um dos momentos de fazer essa consulta prévia. O momento adequado parece ser aquele posterior ao resultado final dos estudos ambientais, quando todas as informações e os documentos podem levar à manifestação embasada dos povos indígenas e à decisão final do Congresso e,

¹¹⁶ Órgãos de assistência a indígenas e quilombolas não têm pessoal para cumprir novos prazos de licenciamento (ISA, 2011).

¹¹⁷ Perversidade e Autoritarismo: Governo Dilma edita portarias de restrição e desconstrução de direitos territoriais indígenas e quilombolas (2011).

¹¹⁸ Sobre os retrocessos do governo Dilma na agenda socioambiental, (Instituto Socioambiental et al., 2012).

paralelamente, do órgão ambiental. Momento que é o mesmo da audiência pública, mas com ela não pode ser confundida, pois é destinada a um público mais amplo.

Por fim, analisados os estudos de impacto por pareceres técnicos e as manifestações da consulta prévia e das audiências públicas, é definido se o empreendimento é viável ou não. Se for constatada a viabilidade ambiental do empreendimento é elaborado, o plano básico ambiental, que indica as ações para controlar os impactos negativos e otimizar os impactos positivos, incluindo aqueles sobre as terras e as comunidades indígenas. O licenciamento tem seu resultado final nas licenças expedidas pelo órgão ambiental em três fases: prévia, de instalação e de operação. O cumprimento da licença e das condicionantes impostas ao empreendedor são acompanhadas pelo órgão ambiental e pela Funai.

3.2.5.3 Recursos hídricos

Os recursos hídricos (mar, rios, igarapés, lagos, cachoeiras, baías etc.) são recursos naturais necessários ao bem-estar das comunidades indígenas, mas seu aproveitamento é exceção ao usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional.

Para o aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas, a Constituição exige autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, e que lei complementar disponha sobre o relevante interesse público da União motivador de tais atividades.

Sobre a aprovação do Congresso e a consulta aos povos indígenas, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região os entendeu necessariamente precedentes a qualquer ato administrativo, mesmo os estudos preliminares:

Constitucional. Processual civil. Ação civil pública. Julgamento do Mérito pelo Tribunal (Cpc, art. 515, § 3º. Redação da Lei 10.352/01). Hidrovia Paraguai-Paraná. Autorização do Congresso Nacional que se faz indispensável diante da

*concretude das intervenções efetivadas a título de “estudos” (CF, art. 231, § 3º).
Apelação provida.*

1. O processo foi extinto sem julgamento do mérito. Está, portanto, apto a ter seu mérito apreciado por este Tribunal, uma vez que, além de versar sobre matéria exclusivamente de direito, encontra-se devidamente instruído (CPC, art. 515, § 3º, com a redação da Lei 10.352/01).

2. “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.” (Constituição Federal, art. 231, § 3º).

3. Interpretação teleológica da norma leva à conclusão de que não importa se a ação do Estado se dá sob o título de “estudo” ou de efetivo “aproveitamento dos recursos hídricos”. Intervenções concretas ao bem estar das comunidades indígenas, ainda que sob o nome de “estudos”, só podem ser efetivadas se precedidas da necessária autorização do Congresso Nacional.

4. A intervenção do Congresso Nacional no processo de implementação da hidrovía, por afetar diretamente interesses indígenas, não pode ser postergada para momento imediatamente anterior à execução das obras que se realizarão a fim de implantá-la. Precedentes do TRF/1ª Região.

5. Apelação do Ministério Público Federal provida.

6. Pedido julgado procedente (art. 515, § 3º do CPC).

(TRF – 1ª Região – Ap. Cív. 1999.01.00.068811-3/MT – Relª. Desª. Fed. Selene Maria de Almeida – DJU 29.07.2005)

A previsão da oitiva da comunidade indígena, relembra-se, também pode ser encontrada no art. 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) 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;

E a Convenção 169 da OIT conduz a uma interpretação mais ampla da Constituição, pois inclui os aproveitamentos de recursos hídricos que afetem as comunidades indígenas, mesmo que estejam fora dos limites das terras indígenas. Concordando com o alargamento da interpretação definido por convenções internacionais, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal:

Ora, a Convenção 106 da OIT incorporou-se ao direito brasileiro desde 1965: suas regras complementariam, assim, com a mesma supremacia normativa, o art. 7º, XV, da Constituição.

Ainda, porém, que não queira o Tribunal comprometer-se com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de se presumir, em Constituição tão ciosa de proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.

(STF - ADI 1.675/MC – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 19.05.2003)

Infelizmente, o Congresso tornou sua autorização uma etapa apenas burocrática, quando deveria ser uma grande chance para decisão democrática embasada em estudos e posições de diversos setores sociais, já que postergou a consulta prévia a uma etapa localizada junto aos estudos ambientais e antropológicos realizados no licenciamento ambiental. Foi assim no Decreto legislativo que autorizou o aproveitamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte:

Art. 2º. Os estudos referidos no art. 1º deste decreto deverão abranger, dentre outros, o seguinte:

I – Estudo de Impacto Ambiental – EIA;

(...)

III – Estudo de natureza antropológica, atinentes às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas¹¹⁹.

Esse decreto legislativo teve sua constitucionalidade questionada na ADI 3.352, que não foi julgada em seu mérito em razão do entendimento de que o decreto é ato de efeito concreto, razão pela qual não pode se submeter ao controle de constitucionalidade pelo STF. Porém, em decisão no recurso de Agravo de Instrumento¹²⁰, em sede de Ação Civil Pública¹²¹, a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida acolheu as razões do Ministério Público Federal e sustentou sua anterior decisão¹²², segundo a qual:

Não resta esclarecida, ainda, a questão do momento em que devem ser ouvidas as comunidades indígenas direta ou indiretamente atingidas pelo empreendimento a ser implantado nas terras que ocupam, afigurando-se razoável, como bem salientou o MM. Juízo a quo na decisão que deferiu a medida liminar, a interpretação do art. 231, § 3º, da CF, no sentido necessária oitiva das comunidades afetadas previamente à edição da autorização legislativa a que alude o dispositivo constitucional em comento.

Vale salientar que a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto 5.051/04, prevê, em seu art. 6º, a obrigatoriedade da consulta às comunidades interessadas cada vez que forem previstas a edição de normas legislativas ou atos administrativos que possa diretamente afetá-los.

Os povos indígenas devem ser ouvidos para participarem da tomada de decisões políticas sobre seu futuro. A consulta influencia o debate, propicia o embate democrático sobre a questão e influencia a decisão. No entanto, a decisão acima foi suspensa¹²³ pela Ministra Ellen Gracie, quando exercia a Presidência do STF, para permitir que a consulta das comunidades indígenas afetadas pela

¹¹⁹ Decreto Legislativo 788, de 13.07.2005.

¹²⁰ Agravo de Instrumento 2006.01.00.017736-8/PA, interposto no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

¹²¹ Ação Civil Pública 2006.83.90.3000711-8, ajuizada na Justiça Federal de Altamira/PA.

¹²² Agravo de Instrumento 2006.01.00.016442-0/PA.

¹²³ Suspensão de liminar 125.

construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu fosse realizada no procedimento de licenciamento ambiental conduzido pelo Ibama.

Outra exigência constitucional, mesmo que não prevista no § 3º do art. 231, é o necessário processo de licenciamento ambiental com estudo de impacto ambiental e social, já que, para atingir a compatibilização da exploração com o respeito aos povos indígenas, é sempre necessário um estudo de caráter social e antropológico que leve em consideração os impactos da atividade na organização social, nos costumes, nas crenças e tradições de cada povo indígena afetado e da ocupação espacial do território e sua relação com seus habitantes.

Não são os constitucionais, entretanto, os únicos requisitos para o aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas, já que a Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que fundou a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, pretendendo compatibilizar os diversos interesses sociais na exploração dos recursos hídricos, estabelecendo princípios, objetivos, critérios e competências para exploração dos recursos hídricos. A água é reafirmada como um bem de domínio público, recurso natural limitado e dotado de valor econômico. Sua gestão deve priorizar o uso múltiplo e ter como base territorial sua bacia hidrográfica.

São de cinco ordens os integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, a saber: o Conselho Nacional de Recursos Hídricos; os conselhos de recursos hídricos dos estados e do Distrito Federal; os comitês de bacia hidrográfica; os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais e municipais cujas competências se relacionem com a gestão dos recursos hídricos; as agências de água. A Funai deve ser representada, pela cota garantida à União, nos comitês de bacia hidrográfica cujo território abranja terras indígenas (Lei 9.433/97, art. 39, § 3º). A principal atribuição dos comitês de bacia hidrográficas é aprovar o plano de recursos hídricos da respectiva bacia hidrográfica. Mas, as principais autoridades do Sistema são os representantes do Poder Executivo federal e estaduais, pois a elas cabe a outorga de direitos de uso de recursos hídricos.

Estão sujeitos ao regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos (Lei 9.433/97, art. 12):

- A derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo no processo produtivo;
- A extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo no processo produtivo;
- O lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de diluição, transporte ou disposição final;
- O aproveitamento dos potenciais hidroelétricos;
- Os outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

3.2.5.4 Mineração em terras indígenas

A mineração é das atividades humanas mais impactantes no meio ambiente. A mineração, na história do Brasil, também é uma constante ameaça aos povos indígenas. Maior ameaça advém da disputa territorial que a atividade provoca entre exploradores e comunidades indígenas. A atividade extrativa mineral forma, ao lado da pecuária, da extração de drogas da floresta e da atividade caucheira, frentes históricas de expansão da sociedade brasileira sobre os territórios indígenas. Tribos indígenas com pouco contato ou isoladas tiveram seu primeiro encontro com o não-índio através do confronto com exploradores dos recursos minerais. Esse primeiro contato, inúmeras vezes acabou e ainda acaba com o genocídio de populações inteiras, pois os índios são os grandes óbices para a ocupação territorial.

A cobiça pelos minérios mostrou seus efeitos em segundo plano numa relação de dependência que se formava com o explorador, pela troca desigual de permissão para exercer a atividade minerária com a cessão de bens aos índios.

Outra grave questão é a prostituição ligada à atividade extrativista, que, por ser desenvolvidas em regiões remotas e por ser majoritariamente masculina, frequentemente explora mulheres indígenas. O relacionamento, não raras vezes, é violento, com casos de estupro e, na melhor das hipóteses, o casamento com garimpeiros e o futuro abandono da família quando o minério se esvai.

A comunidade indígena não fica indiferente à mineração, muitas vezes sendo usada como força de trabalho ou provedora de gêneros de primeira necessidade à atividade. Em raras oportunidades, os indígenas exploram seu próprio território, o que não deixa de gerar consequências também catastróficas, como uma desigualdade social provocada pela obtenção de recursos e dinheiro. De qualquer forma, foram raros casos em que os índios tiveram papel central na exploração de recursos minerais.

Além das óbvias consequências sociais que a mineração causa no seio das comunidades indígenas, a atividade de exploração mineral impacta severamente o meio ambiente das regiões afetadas. Os danos ambientais são irreversíveis e irreparáveis se a atividade não for controlada, chegando a desconfigurar a formação geológica do território, a modificar o curso e a qualidade das águas dos rios explorados, que recebem a enxurrada de terra e minério das áreas de mineração. No aproveitamento mineral realizado em terras indígenas, esses danos ambientais têm uma abrangência maior e mais grave, pois se transfiguram em danos sociais ao atingirem o *habitat* de um povo rompendo seu equilíbrio socioambiental.

A Constituição sabiamente reconheceu os impactos da atividade de exploração mineral em terras indígenas e a necessidade de limitá-la. Reconheceu, também, a importância do patrimônio mineral e sua influência no desenvolvimento socioeconômico do Brasil.

Dessa forma, a Constituição impôs um regime jurídico específico à exploração mineral em terra indígena para compatibilizar os interesses na exploração mineral e na proteção dos índios, em profunda coerência com os dispositivos constitucionais que asseguram aos índios sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Esse regime específico, previsto no § 3º do art. 231, difere do regime geral que é delineado pela Constituição para a exploração mineral fora das terras indígenas. Impõem-se algumas medidas e ações reconhecendo a diversidade cultural dos povos indígenas e seu direito à autodeterminação, ou seja, o direito de desenvolver autonomamente seu modo de vida e escolher o *status* de povos diferenciados.

De nada adiantaria declarar o respeito aos povos indígenas se o Estado pudesse permitir que a exploração mineral, uma atividade degradante ambientalmente e arbitrariamente transformadora do modo de vida dessas comunidades, inclusive com a verdadeira invasão do território tradicionalmente ocupado, fosse autorizada em terras indígenas sem restrições específicas que adequassem a atividade à proteção dos povos indígenas.

A exploração mineral é tratada pela Constituição como atividade controlada pelo Estado, já que, de forma desregrada, ela atingiria bens caros a toda sociedade brasileira e que são juridicamente protegidos, como o meio ambiente, a valorização do trabalho, a propriedade privada e sua função social etc.

Para proteger os princípios inscritos no art. 170 da Constituição, o Estado atua como agente normatizador e regulador dessa atividade econômica, exercendo a função de fiscalizador, planejador e incentivador da atividade minerária. Como agente normatizador da atividade econômica, é privativa da União a competência para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais, consoante o inc. XII do art. 22 da mesma Constituição.

É um arcabouço de atividades que a Constituição coloca à disposição do Estado brasileiro, para que possa ter um papel ativo de controle da atividade econômica de exploração de recursos minerais. Não poderia ser diferente, principalmente quanto à necessidade de rígida fiscalização, pois à União é dada a propriedade de todos os recursos minerais encontrados no Brasil, inclusive os do subsolo:

Art. 20. São bens da União:

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Os recursos minerais, onde quer que se encontrem, são imaginariamente deslocados de sua base física e geológica e considerados como propriedade da União. São textualmente considerados distintos do solo para efeito de exploração ou aproveitamento, de forma que os proprietários das áreas onde qualquer minério seja encontrado ou qualquer outro interessado não alegue sua propriedade (art. 176, CF/88).

A União poderá explorar os recursos minerais diretamente, através da constituição de empresas estatais com essa finalidade, bem como autorizar ou conceder a pesquisa e a lavra desses recursos a terceiros. A autorização e concessão da pesquisa e lavra de recursos minerais somente deverão ser dadas no interesse nacional, a brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, critérios esses que pedem a definição de sua regulamentação por lei federal, conforme o previsto no § 1º do art. 176:

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação do § 1º dada pela Emenda Constitucional 6, de 1995)

O § 2º ainda garante ao proprietário das terras onde forem encontrados minérios, como contrapartida à propriedade dos recursos minerais serem

da União e poderem ser concedidos a terceiros interessados, participação no resultado da lavra, de acordo com o que a lei dispuser.

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

Outra restrição é o prazo imposto pelo § 3º à autorização de pesquisa, não havendo, também, possibilidade de que as autorizações e concessões de lavra sejam cedidas e transferidas sem prévia anuência da União. Infraconstitucionalmente, o Decreto-lei 227, de 28 de fevereiro de 1967, ou Código de Mineração, estabelece as regras para o aproveitamento e exploração de recursos minerais, devendo ser apresentada nova regulamentação para a mineração em breve¹²⁴.

Todas essas restrições impostas à atividade minerária também, em certa medida, são impostas ao índio, se ele pretender explorar recursos minerais. Como já foi visto, o art. 231 em seu § 3º, é claro ao afirmar que os recursos minerais são excluídos do usufruto exclusivo das comunidades indígenas sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. A União Federal é proprietária de todos os recursos minerais existentes no Brasil, seja em terra indígena ou não, e sua exploração só poderá ser feita mediante autorização do governo federal.

A Constituição Federal não restringe a atividade de mineração em terras indígenas apenas aos índios, o que é uma reivindicação do movimento indígena. Ela permite que terceiros interessados também possam, mediante autorização governamental, exercer a pesquisa e lavra de recursos minerais.

A previsão contida no Estatuto do Índio, e repetida no Decreto 88.985, de 10 de novembro de 1983, que possibilita as atividades de garimpagem, faiscação e cata de recursos minerais pelos povos indígenas nas terras que ocupam, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. A norma colide frontalmente com o § 1º do art. 176 e com o § 3º do art. 231, que trazem a exigência de lei a

¹²⁴ Licenças de mineração estão suspensas até o novo código (BORGES e RITTNER, 2012).

regulamentar qualquer atividade de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas, estabelecendo as condições específicas dessa atividade.

A não-recepção do art. 44 da Lei 6.001/73, ou Estatuto do Índio, e do Decreto 88.985/83, não é unânime nos trabalhos e pareceres técnicos que enfrentaram o assunto até o presente momento. Apesar de o autor discordar do posicionamento sobre a possibilidade jurídica do garimpo em terras indígenas por índios¹²⁵, importante mencionar a visão de Fernando Mathias Baptista sobre a compatibilização entre o garimpo indígena e as regras constitucionais, argumentando que se incluiria dentre as atividades de usufruto exclusivo das riquezas contidas no solo das terras indígenas. Não estaria, portanto, sujeito à vedação constitucional mencionada, tampouco à regulamentação infraconstitucional, destinada à atividade e mineração empresarial em terras indígenas que envolvem o aproveitamento de recursos minerais do subsolo (MATHIAS, 2005:131).

Deve-se ressaltar que, mesmo que se entenda recepcionada a legislação pelo ordenamento constitucional vigente, ainda assim faltaria a necessária regulamentação por parte do órgão de indigenista oficial, de acordo com a atribuição delegada pelo Decreto referido.

A reivindicação dos povos indígenas por mais alternativas sustentáveis de atividades econômicas, que melhorariam a sua condição de vida, é justa e necessária. Contudo, a exploração dos recursos minerais em terras indígenas hoje não está regulamentada, o que traz a impossibilidade dessa atividade, seja por terceiros ou pelos próprios índios. A falta de balizas claras, e impostas por lei, como quer a Constituição, impossibilita a exploração de recursos minerais. No mesmo sentido é o pronunciamento de Juliana Santilli:

"o procedimento e a forma como essas exigências devem ser cumpridas dependem de regulamentação, através de lei ordinária a ser aprovada pelo Congresso Nacional. E, até que o Congresso Nacional aprove lei regulamentando o cumprimento de tais exigência constitucionais, nenhuma atividade minerária pode ser desenvolvida em terra indígena" (2005:131).

¹²⁵ No mesmo sentido Hariessa Cristina Villas Boas (2005:121) e José Afonso da Silva (1992:71).

Uma lei deve definir o procedimento administrativo de autorização de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas, principalmente como e quando o Congresso Nacional aprovará a exploração; quando e de que forma as comunidades indígenas devem ser ouvidas; se terão poder de vetar as atividades; os critérios e condições da exploração; quanto e de que forma deverá ser a participação das comunidades indígenas no resultado da lavra etc.

A legislação anterior à Constituição de 1988 sobre mineração em terras indígenas não contém as especificidades e exigências agora previstas constitucionalmente. Por essa razão, a legislação infraconstitucional brasileira anterior não é válida para regulamentar a atividade de exploração mineral em terras indígenas. Em parte, a norma contida no § 3º do art. 231 tem aplicabilidade negativa imediata, pois impossibilita qualquer atividade a ela contrária. Além das normas, os atos jurídicos de qualquer espécie realizados na vigência de ordenamento jurídico anterior que conflitem com a Constituição são viciados, ou inconstitucionais. Por conseguinte, quaisquer procedimentos administrativos instaurados em sede da legislação anterior à Constituição são viciados, pois não descritos em legislação infraconstitucional, ainda não editada e prevista como condição indispensável para a exploração de recursos minerais.

Assim, os requerimentos de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas e devem ser indeferidos de plano tendo em vista a inexistência de procedimento que atenda às exigências constitucionais.

Os órgãos da Administração Pública sequer poderiam aceitar seu protocolo, porque não sabem nem ao menos se serão competentes para analisá-los ou mesmo se serão sede dos procedimentos. Esses requerimentos, solicitações ou interesses minerários, por fim, não geram qualquer direito individual ao interessado, ao passo que na legislação minerária marcam prioridade para, no futuro, exercer a atividade.

Uma outra dificuldade está na abordagem das autorizações de exploração dos recursos minerais expedidas aos particulares antes da Constituição Federal de 1988. Essas autorizações concederam direitos de pesquisar e lavrar

minérios em uma determinada área, que integra o patrimônio dos autorizados, transmudando-se em verdadeiros direitos adquiridos. Ainda assim P, devem ser declarados nulos, pois, mesmo que expedidos antes da Constituição, tornaram-se contrários ao § 3º e devem ser declarados nulos e extintos de acordo com o § 6º do art. 231. No mesmo sentido:

E não se pode alegar quaisquer direitos adquiridos contra a Constituição. O texto constitucional não estabeleceu quaisquer ressalvas ou exceções às exigências feitas em relação às terras indígenas. Portanto, os interessados em minerar em terras indígenas devem se adaptar às novas regras, desligando-se por completo da sistemática anterior de requerimentos ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) (SANTILLI, 1993:147).

Como em relação aos recursos hídricos, a consulta da comunidade indígena, prévia a qualquer ato administrativo e, principalmente, anterior à autorização do Congresso Nacional, é imprescindível, bem como o licenciamento ambiental.

Não só em razão da Convenção 169 mas, também, em sede constitucional, à comunidade indígena é assegurado o direito de participar dos resultados da lavra dos recursos minerais. É mandamento que depende de regulamentação, pois a forma de participação pode ter inúmeras configurações. A começar, deve-se pagar um valor indenizatório pelas instalações, pelos recursos naturais e pela área ocupada da terra indígena pelo não-índio. Outra forma de participação é um percentual sobre o faturamento ou lucro dos não-índios sobre a exploração, valor que deverá ser definido pela possibilidade de cada tipo de exploração.

Outra questão a ser considerada é se a regulamentação deveria fixar um limite territorial *a priori* para a exploração mineral. A ideia é estabelecer um limite percentual máximo para a exploração da terra indígena. Essa ideia, apesar do objetivo de limitar a atividade, não parece ser adequada, tendo em vista as inúmeras realidades e dimensões territoriais. Um limite sempre estabelece não um máximo, mas uma regra a ser observada. Estabelecer, por exemplo, 1% da terra indígena como explorável, além de permitir sempre esse percentual, pode significar uma exploração

de milhares de hectares em uma terra indígena de grandes dimensões e uma área ínfima em outra, que impossibilite a exploração de um recurso muito importante. O ideal é que esse limite seja verificado caso a caso no estudo social e antropológico, que definirá, por exemplo, a necessidade de compra de terras num montante equivalente ou superior à área explorada quando se tratar de uma terra indígena de dimensões reduzidas.

Mesmo que não previsto constitucionalmente, é de ser pensado um regime de extrativismo mineral indígena, para que haja uma maior possibilidade dos próprios índios, quando interessados, serem os executores da exploração mineral. O extrativismo mineral seria importante para aperfeiçoar uma exploração que já é realizada - ainda que ilegalmente - em diversas terras indígenas pelos próprios índios.

A atividade deveria ser restrita e exclusiva apenas aos índios da comunidade indígena situada na terra indígena em que fossem encontrados os recursos minerais. Outra medida interessante seria abertura da possibilidade dos índios efetivarem a exploração sob regime empresarial, nas suas mais diversas formas, exclusivamente ou em sociedade com empresas privadas, assim como acontece em outros países. As empresas indígenas deveriam ter condições facilitadas para a realização da exploração ou participação na licitação ou leilão da autorização para a exploração.

Por fim, as restrições aqui descritas são dirigidas não só à aplicação do direito ao caso concreto, no âmbito de competência dos Poderes Executivo e Judiciário. São mandamentos ao legislador constitucional e infraconstitucional quando da edição de normas sobre mineração em terras indígenas.

3.2.5.5 Biodiversidade e conhecimento tradicional

Existe uma forte ligação entre a diversidade de espécies e de grupos humanos etnicamente distintos. A diversidade biológica ou biodiversidade é, segundo a definição presente na Convenção da Diversidade Biológica da ONU, a variabilidade

entre os organismos vivos de todas as origens, incluindo os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte; compreende a diversidade dentro de cada espécie, entre as espécies e dos ecossistemas.

Cada grupo humano desenvolve um modo de relacionamento e transformação do meio ambiente. As sociedades tendem a manipular o ambiente que as rodeia com novas espécies e novas relações sociais delas derivadas. São chamadas de conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica as técnicas de ação sobre o meio desenvolvidas para melhor satisfação das necessidades e vontades do ser humano. São conhecimentos não-científicos essenciais para a utilização do meio ambiente, já que seus detentores aprendem empiricamente a complexidade da natureza.

Os povos indígenas brasileiros são bastante responsáveis pela diversidade biológica encontrada no Brasil. Muitas plantas e animais foram domesticados após gerações de manipulações para servirem ao ser humano como fonte de alimentação. As plantas, animais e substâncias naturais também são utilizadas pelos pajés e curandeiros para o tratamento de doenças físicas e espirituais. De muitas formas, os povos indígenas são capazes de manejar os recursos naturais das terras indígenas de maneira sustentável, pois baseados num conhecimento empírico complexo sobre os ciclos lunares, as rotas migratórias das espécies, as áreas que devem ser preservadas para a reprodução animal e vegetal, a qualidade da terra para plantação etc. Esses conhecimentos foram necessários para transformar as terras indígenas e seus recursos naturais nos moldes como hoje elas são. Ou seja, se elas preservam recursos naturais ímpares, tal se deve à forma como os índios a manejam. São inúmeros estudos científicos que comprovam serem os povos indígenas e as populações tradicionais os responsáveis por muito da diversidade biológica dos ecossistemas brasileiros.

Juridicamente, a Convenção sobre a Diversidade Biológica impõe, em seu art. 8º, item “a”, aos signatários, o dever de “estabelecer um sistema de áreas

protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica”. Outro dever previsto é o de

respeitar, preservar e manter o conhecimento, as inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

A Convenção da Diversidade Biológica é o principal resultado da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, fruto da conferência popularmente chamada de ECO 92. O Brasil aprovou-a por meio do Decreto Legislativo n. 2, de 03 de fevereiro de 1994, tendo sido promulgada pelo Decreto 2.519, de 16 de maio de 1994.

Pode-se ver, ao mesmo, tempo, no art. 8º, o reconhecimento do saber dos povos indígenas e tradicionais e sua utilização por outros. Abre-se a possibilidade, depois descortinada no art. 15, do acesso a recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais. O outro lado da moeda, também contemplada pela Convenção, é a possibilidade de proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, com vistas à repartição justa e equitativa de sua utilização. Como bem nota Cristiane Derani, a proteção do patrimônio genético (um dos atributos da biodiversidade) e do associado conhecimento tradicional abre, assim, a possibilidade para a apropriação privada de um bem intangível e coletivo:

A força de expansão do mercado dirige-se ao patrimônio ambiental apropriado por produções sociais fora-do-mercado, cujas relações sociais e patrimoniais estão fundadas nas escolhas coletivas e na ação transformadora do meio, não mediada pelo equivalente monetário (2002:152).

Não é sem razão que o debate internacional sobre essa questão tem sede também no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS¹²⁶, acordo esse negociado na Organização

¹²⁶ Trade-related aspects of intellectual property rights, no original em inglês.

Mundial do Comércio e que se afigura instrumento bastante útil para as empresas interessadas no acesso ao patrimônio genético das comunidades tradicionais e povos indígenas.

No Brasil, a apropriação pelo mercado do conhecimento da natureza desenvolvido pelas comunidades tradicionais e os povos indígenas se deu com a edição da Medida Provisória 2.052, de 29 junho de 2000¹²⁷. Essa norma previa, em seu art. 14, o acesso às terras indígenas no caso de relevante interesse público sem a prévia anuência das comunidades indígenas, garantindo-lhes apenas o direito prévio de informação e a repartição de benefícios. Por ter sido bastante questionada, foi substituída pela Medida Provisória 2.186-16, de 24 de agosto de 2001, que regulamenta o inc. II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal de 1988 e os arts. 1º, 8º, alínea “j” do art. 10, alínea “c” do art. 15, e itens 3 e 4 do art. 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica.

A Medida Provisória não regulamenta o patrimônio genético humano e define patrimônio genético como informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva. Outra definição importante para essa análise é a do conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.

A Medida Provisória quer regulamentar o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização. Como se afirmou anteriormente, a norma legitima a apropriação privada de um patrimônio que pertence a todos (patrimônio genético) ou a uma coletividade (conhecimento tradicional), seguindo a tradição jurídica, através da formalização

¹²⁷ Para o histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados no Brasil, conferir Nurit Bensusan (2003).

contratual: o contrato de utilização do patrimônio genético e de repartição de benefícios.

Ao mesmo tempo, é criado o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN, órgão da União, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, responsável principalmente por coordenar a política específica; estabelecer normas, critérios e diretrizes para as atividades; deliberar e acompanhar as atividades de acesso; anuir nos contratos de utilização. Inicialmente o CGEN era composto apenas de representantes de órgãos governamentais, pela previsão do Decreto 3.945, de 28 de setembro de 2001, não possuindo nenhum representante das populações afetadas. Hoje, além da Funai, Ministério Público Federal e a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira - COIAB participam da composição do CGEN.

A proteção oferecida em relação à apropriação do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, garante às comunidades indígenas:

- *Decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais¹²⁸ (o que não poderá obstar a preservação, a utilização e o desenvolvimento do conhecimento);*
- *Ter indicada a origem do acesso em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações;*
- *Impedir terceiros não-autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração;*
- *Impedir terceiros não-autorizados de divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações;*
- *Perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente (benefícios esses definidos pelo art. 25).*

Por fim, em relação à regulamentação da matéria, há o Decreto 4.339, de 22 de agosto de 2002, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Dois princípios nele inscritos são caros aos povos indígenas. O primeiro reconhece que a manutenção da diversidade cultural nacional é importante para pluralidade de valores na sociedade em relação à biodiversidade, sendo que os povos indígenas, os quilombolas e as

¹²⁸ Para um aprofundamento do direito de decidir sobre o uso ou não do conhecimento tradicional: Laurel Firestone, *Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos* (2003).

outras comunidades locais desempenham um papel importante na conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira. O segundo garante que o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais fica na dependência do consentimento prévio de seus detentores.

Internacional e nacionalmente parece que um regime jurídico de apropriação/proteção começa a ganhar forma. Esse regime é o baseado no de marcas e patentes (ver o § 4º do art. 8º da Medida Provisória) e tem sua sede nos fóruns para o comércio internacional, especificamente, em relação aos direitos de propriedade intelectual, no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS (SHIVA, 2001:23 e ss).

Os direitos enumerados acima são outorgados às comunidades indígenas e tradicionais em razão do interesse em acessá-los. Todo o sistema foge das formas e práticas culturais das sociedades desapropriadas. O acesso e transferência da tecnologia utilizada servirão para produção de bens destinados ao mercado, o que torna a alteração da estrutura social das comunidades inevitável, pois o mercado vai até elas para se apropriar dos conhecimentos tradicionais e oferece em troca seus valores homogêneos, como o dinheiro, a propriedade privada, a individualização, o direito e a negação da multiculturalidade. Novamente se cria todo um arcabouço jurídico que não reflete as verdadeiras preocupações dos povos indígenas, numa parafernália incompreensível para os não-iluminados. O regime criado pela Medida Provisória traz, como consequência, uma série de incongruências e dificuldades (DERANI, 2002), que acabam resultando na sua não aplicação.

Uma saída alternativa seria a criação de um sistema *sui generis* de proteção da biodiversidade, do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado (SANTILLI, 2002:89)¹²⁹, focado na autodeterminação das populações tradicionais.

¹²⁹ A literatura científica internacional trata do tema de forma ampla, conferir como exemplos LESKIEN, Dan; FLITNER, Michel (1997).

3.2.6 Etnodesenvolvimento

Desafio que nasce para muitos povos indígenas é reconquistar sua sustentabilidade econômica. Em muitas comunidades, as atividades tradicionais como a coleta, caça, pesca, agricultura, trocas, artesanato, transformação, olaria, criação de animais ou a extração de recursos naturais e o pequeno comércio com a sociedade local eram suficientes para garantir o seu modo de vida. É inegável que o aumento demográfico das populações indígenas, o maior contato com a sociedade envolvente e o desenvolvimento do país trazem novas necessidades e anseios das comunidades indígenas. As atividades tradicionais ou o salário recebido pela venda do trabalho são recursos limitados para atenderem as comunidades indígenas.

Muitos caminhos são pensados e executados pelos povos indígenas para auferir renda e transformá-la em bens, serviços e comodidades. Contudo é essencial considerar a existência de limitações de ordem cultural e material. Comunidades que ocupam terras indígenas exíguas, índios que vivem na cidade, povos cujas terras tradicionais são insuficientes em recursos para sua existência e das futuras gerações, enfim, uma infinidade de situações que determinarão quais as possibilidades de desenvolvimento econômico.

Muito comum é imputar às comunidades indígenas uma determinada fórmula de desenvolvimento. Primeiro tentou-se transformar os indígenas em trabalhadores rurais, agora busca-se vê-los como defensores da floresta, ou, em outro extremo, utilizar-se a lógica etnocentrista e capitalista de que o índio deve explorar ao máximo os recursos colocados a sua disposição. Para pensar sobre sustentabilidade econômica dos povos indígenas não se deve projetar as angústias sociais sobre os povos indígenas. O princípio maior, aqui também é o respeito à autodeterminação dos povos indígenas, ou seja, o acatamento das necessidades definidas pelos próprios sujeitos do desenvolvimento.

Dessa forma, não há uma lista de atividades permitidas e proibidas aos povos indígenas, mas atividades mais praticadas por eles e tentativas promissoras de novos caminhos.

A mais importante atividade é sem dúvida a produção agrícola e pecuária, seja para subsistência, para venda do excedente da produção tradicional ou mesmo para a produção voltada para o mercado. Como foi dito, a produção agropecuária no contexto do mercado está hoje genericamente regulamentada pelo novo Código Florestal, ou Lei 12.651/12, que equipara as terras indígenas às pequenas propriedades ou posses rurais familiares para todos os fins, inclusive para instituição e preservação da reserva legal e áreas de preservação permanente. A única excepcionalidade prevista pelo § 2º do art. 38 é a permissão de uso de fogo em vegetação pelas populações tradicionais e indígenas.

3.2.6.1.1 Parceria rural e arrendamento de terras indígenas

Uma forma de exploração bastante comum no mundo rural e no direito agrário brasileiro são os arrendamentos e parceria rural. A exploração das terras indígenas vez ou outra gera polêmica pela proibição do arrendamento e pela sua proximidade com a parceria. O arrendamento de terras indígenas foi e continua sendo uma realidade na história da relação dos índios com seus exploradores, tendo, muitas vezes, os arrendatários transformado-se em proprietários dos territórios indígenas. Igreja, Estado e poderes locais tiveram uma participação ativa na gestão das terras indígenas e na sua usurpação. Como se viu, a ocupação tradicional era reduzida a aldeamentos, para que as terras indígenas fossem liberadas à exploração agrícola. Os responsáveis pela proteção dos índios eram os seus confinadores e gestores do patrimônio, pois aos índios não existia a possibilidade de gerir seus próprios bens.

Para que a usurpação do território indígena deixasse de ser uma constante, o ordenamento brasileiro criativamente desenhou as terras indígenas como bens da União, entendimento que começa a ser reconhecido como previsto, ainda que não expressamente, na Constituição de 1946, mas que se consolida na Emenda de

1969. Mas o arrendamento ainda era possível, como exceção, mesmo após a promulgação do Estatuto do Índio, que o proibiu no art. 18¹³⁰. O arrendamento de terras indígenas para a exploração de madeira e para a atividade agropecuária era uma regra nos tempos do Serviço de Proteção ao Índio e nem mesmo o Estatuto do Índio foi tão rigoroso com sua extinção. Proibido expressamente pela Constituição de 1988 quando define como exclusivo o usufruto das terras indígenas para as comunidades que as habitam, ainda hoje o arrendamento se verifica, mas, por ser ilegal, por vezes é mascarado em contratos de parceria.

Juridicamente, a questão da parceria rural e do arrendamento não é de grande complexidade, entretanto, há uma tênue separação entre uma prática e outra, o que torna bastante difícil sua distinção.

A parceria rural, de acordo com o Estatuto da Terra é

o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos seguintes riscos:

I - caso fortuito e de força maior do empreendimento rural;

II - dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais estabelecidos no inciso VI do caput deste artigo;

III - variações de preço dos frutos obtidos na exploração do empreendimento rural. (art. 96, § 1º)

¹³⁰ **Art. 62.** Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 3º Em caráter excepcional e a juízo exclusivo do dirigente do órgão de assistência ao índio, será permitida a continuação, por prazo razoável, dos efeitos dos contratos de arrendamento em vigor na data desta Lei, desde que a sua extinção não acarrete graves consequências sociais.

Quanto ao arrendamento rural, é bastante assemelhado à locação, em que o possuidor ou proprietário propicia ao arrendatário a cessão da terra, a fim de explorá-la economicamente, remunerando-se o arrendador com uma parte da produção ou em dinheiro. Ao passo que nos contratos de arrendamento o proprietário recebe retribuição certa, na forma de aluguel, sem participar dos riscos do negócio, nos de parceria o proprietário divide com parceiro o resultado e os riscos do empreendimento. Mas, enquanto no arrendamento o arrendatário tem o usufruto das terras, na parceria agrícola, este se mantém com os indígenas.

Mas o combate aos arrendamentos que existem hoje na ilegalidade, e que trazem uma concentração de renda e exclusão de parcelas da comunidade das riquezas de uma terra indígena, chegando inclusive em trazer a miserabilidade, esbarra na falta de alternativas suficientes para garantir a sustentabilidade econômica dos povos indígenas.

Para diferenciação da parceria agrícola e do arrendamento, é necessária a análise dos contratos e da realidade em cada caso concreto. O olhar do antropólogo e do advogado é fundamental. As parcerias agrícolas são legais, pois não atingem o mandamento constitucional do usufruto exclusivo das terras indígenas e de seus recursos naturais. Ao contrário, a parceria encontra seu fundamento no próprio art. 231 da Constituição, pois é necessário que as terras indígenas sejam utilizadas para as atividades produtivas indígenas e base para sua reprodução física e cultural. O usufruto exclusivo é mantido, os índios continuam senhores de suas terras e firmam alianças para produzir¹³¹.

Esclarecedor é o entendimento do usufruto exclusivo de Carlos Frederico Marés Filho (1998:122): *“O usufruto exclusivo quer dizer somente que não é transferível para qualquer apropriação individual e que os resultados de qualquer uso ou trabalho ou renda será sempre coletivo, da comunidade indígena que coletivamente do resultado pode dispor”*.

¹³¹ É muito comum a parceria pecuária: os índios recebem o gado para dele tratar e dividem os frutos desse tratamento.

Interpretação restritiva à possibilidade de parcerias afrontaria, sem nenhuma justificativa legal, o princípio da igualdade e o art. 11 da Convenção 169:

Os programas agrários nacionais deverão garantir aos povos interessados condições equivalentes às desfrutadas por outros setores da população para fins de:

b) a concessão de meios necessários para o desenvolvimento das terras que esses povos já possuam.

Os contratos de parceria não necessariamente devem ter a chancela de qualquer órgão público, pois os índios são capazes juridicamente e livres para firmarem qualquer ato negocial, sem qualquer aprovação ou interveniência. A proibição do arrendamento deve ser encarada como garantia dos povos indígenas de usufruírem de seu território de maneira plena. Dessa forma, cabe à União proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios (CF, art. 231), através do exercício do poder de polícia dentro de terras indígenas pela Funai, que deve expulsar os arrendatários no caso de verificar o arrendamento proibido por lei, ou pela ação judicial do Ministério Público na sua competência constitucional para proteger os povos indígenas.

3.2.6.1.2 Manejo florestal

Muitas terras têm uma cobertura florestal importante para preservação da biodiversidade, que também podem comportar a exploração comercial de forma legal. Comunidades indígenas já comercializaram e continuam comercializando ilicitamente parte de seu patrimônio florestal com madeireiros. O manejo florestal é atividade que pode servir como possibilidade na construção de uma nova sustentabilidade econômica para os povos indígenas. Existia uma grande controvérsia sobre a possibilidade da exploração dos recursos florestais das terras indígenas, questão que parecia ter sido resolvida pela previsão da possibilidade de *exploração dos recursos florestais em terras indígenas a ser realizada pelas*

comunidades indígenas em regime de manejo florestal sustentável prevista no revogado Código Florestal¹³².

Mas a norma do Estatuto do Índio já previa a possibilidade de exploração dos recursos:

Art. 46. O corte de madeira nas florestas indígenas, consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra “g” e § 2º, do art. 3º, 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.

De redação ultrapassada e questionável em sua legalidade, o artigo deve ser interpretado à luz do usufruto exclusivo das terras indígenas previsto constitucionalmente e da legislação ambiental mais recente, que possibilita o aproveitamento das terras indígenas como se fossem pequenas propriedades rurais, protegendo as áreas de preservação permanente (PANKARARU, 2006) ou áreas sobrepostas às unidades de conservação da natureza.

Continua aberta a possibilidade, então, da exploração de recursos naturais das terras indígenas, como a extração de recursos florestais. A atividade é regulamentada pelo novo Código Florestal, que permite a exploração de recursos florestais sob a forma de manejo florestal sustentável. Manejo florestal sustentável é definido pelo inciso VII do art. 3º como a *administração da vegetação natural para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras ou não, de múltiplos produtos e subprodutos da flora, bem como a utilização de outros bens e serviços.*

O plano de manejo florestal sustentável deverá ser elaborado pelas comunidades, de acordo com sua organização social, costumes e tradições, sendo analisado e aprovado pelos órgãos ambientais competentes, que deverão, de acordo com o § 6º do art. 31 da Lei 12.651/12, estabelecer procedimentos simplificados de

¹³² Art. 3º-A, acrescentado pela Medida Provisória 2.166/04 à revogada Lei 4.771/65.

elaboração, análise e aprovação dos referidos planos. A permissão da exploração pelos índios de seus recursos da flora, principalmente os florestais, pode ser uma política mais adequada de controle da exploração ilegal da madeira em terras indígenas, pois cria um comprometimento da própria comunidade, que é diretamente beneficiada pela ação.

3.2.6.1.3 Serviços ambientais e REDD+

Remunerar quem, direta ou indiretamente, preserva o meio ambiente é o objetivo do pagamento por serviços ambientais. O meio ambiente preservado tem maior valor econômico e social que a grande maioria das suas explorações. As chuvas, as águas dos rios e reservatórios do subsolo, a biodiversidade de plantas e animais, a qualidade do ar, o clima, a polinização por insetos, são insumos ou serviços prestados pela natureza à produção econômica.

Central quando se fala em meio ambiente é a importância das terras indígenas, principalmente por corresponderem a quase 13% do território brasileiro e 22% da área da Amazônia legal. A cobertura vegetal quase toda preservada, a resistência contra a deflorestação e o manejo das terras indígenas refletem, em escala nacional, no regime de chuvas, na qualidade do ar e na qualidade e quantidade das águas dos rios. As terras indígenas também formam um mosaico de áreas de preservação com importante papel de contenção ao avanço da deflorestação da Amazônia.

Mais dramático é pensar que a agricultura e o uso inadequado do solo, pela derrubada e queima da cobertura vegetal, respondem por 75, 91 e 94 % do total de emissões dos principais gases responsáveis pela mudança climática, CO₂, CH₄ e N₂O respectivamente (MCT, Inventário Brasileiro de Emissões Antrópicas de Gases de Efeito Estufa, 2009), tornando o Brasil o quinto maior emissor no mundo. Estimativas sobre o estoque de carbono contidos nas terras indígenas amazônicas levam a afirmar que, se os indígenas decidissem utilizar suas terras no regime aplicado às propriedades privadas, pelo qual se pode desmatar o mínimo de 20% da

área, o que é legalmente possível, isso representaria 460% dos gases que o Brasil pretende voluntariamente reduzir até 2020. Consequentemente, a fiscalização e conservação ambiental das terras indígenas é de suma importância para o meio ambiente brasileiro, para a disponibilidade de água e para a agricultura e por essa razão deve ser reconhecida e premiada.

Para os povos indígenas cujas terras são ameaçadas pela expansão do desmatamento em seu entorno, o pagamento por serviços ambientais, inclusive pelo esforço na redução de emissões por desmatamento e degradação, pode auxiliar financeiramente a fiscalização e proteção das terras indígenas e de seus recursos naturais.

Nos últimos anos foram formulados alguns programas internacionais, públicos e privados para remunerar quem conserva o meio ambiente. Apesar de não existir uma lei federal instituindo uma política nacional de pagamento por serviços ambientais, que aguarda aprovação no Congresso Nacional, muitas iniciativas inovadoras surgem no Brasil em nível estatal federal e estadual. Quase todos os programas governamentais ou não sobre pagamentos de serviços ambientais estão vinculado às políticas sobre mudanças climáticas, que procuram atingir a meta voluntária brasileira de redução de emissões em até 38,9% para 2020. Algumas experiências-piloto sob um mercado de créditos de carbono, no âmbito do mecanismo de desenvolvimento limpo previsto pela Convenção do Clima da ONU, e um mercado voluntário de certificados de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal - REDD+.

Destaca-se, em âmbito federal, o Fundo Nacional sobre Mudanças no Clima, instituído pela Lei 12.114/2009 e regulado pelo Decreto 7.343/2010, e o Programa de Apoio à Conservação Ambiental (Bolsa Verde), instituído pela Lei 12.512/2011 e regulado pelo Decreto 7.572/2011. Nas políticas estaduais deve-se destacar o pioneirismo do programa Bolsa Floresta, do estado do Amazonas, e o Sistema de Incentivo a Serviços Ambientais do estado do Acre. Os estados do Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo

também possuem legislações sobre pagamento de serviços ambientais (SANTOS, IMAZON, 2012).

Atividades de reflorestamento deveriam ser as mais estimuladas, tendo em vista que elas reconstituem as terras indígenas e seus biomas, absorvendo carbono pelo crescimento das florestas. O reflorestamento está regulamentado abaixo da Convenção do Clima da ONU, podendo gerar certificados (Reduções Certificadas de Emissões - RCEs) no âmbito dos mecanismos de desenvolvimento limpo (MDL) comercializáveis no mercado oficial. Tanto reflorestamentos como as reduções de emissões por desmatamento evitado (REDD+¹³³) podem, hoje, mesmo na ausência de uma regulamentação internacional ou nacional, serem comercializados no mercado voluntário de certificados de carbono.

A ideia central do mecanismo REDD+ é recompensar financeiramente os esforços, não obrigatórios e verificáveis, dos países em desenvolvimento em reduzir suas emissões de gases provocadores das mudanças climáticas vindas de desmatamento e degradação florestal (VALLE e YAMADA, 2010:81).

Os povos indígenas brasileiros, por serem ocupantes de extensas áreas de florestas quase que inteiramente preservadas e sofrerem intensa pressão de desmatamentos no entorno das terras indígenas, são fortíssimos candidatos a participarem do mercado voluntário de pagamento pela redução de desmatamento¹³⁴. Duas são as recentes experiências em terras indígenas brasileiras nesse sentido: Sete de Setembro do povo Paiter ou Suruí¹³⁵, Alto Rio Guamá do povo Mundukuru.

Os indígenas são juridicamente capazes, têm o usufruto das riquezas das terras indígenas, inclusive da sua cobertura vegetal, sendo assim os titulares dos

¹³³ No âmbito da Convenção de Clima da ONU, a sigla REDD+ contempla ações em países em desenvolvimento de: redução das emissões provenientes de desmatamento, redução das emissões provenientes de degradação florestal, ações para fortalecimento de conservação, manejo florestal sustentável e aumento de estoque de carbono.

¹³⁴ Para análise jurídica sobre os créditos de carbono em terras indígenas conferir *Créditos de carbono gerados em Terras Indígenas: uma análise jurídica sobre sua titularidade* (VALLE e YAMADA, 2010).

¹³⁵ Para detalhes dessa experiência, ver *Projeto Suruí: promovendo a capacitação dos povos indígenas para um acordo informado sobre o financiamento de REDD* (OLANDER et al, 2010), e *Aspectos jurídicos do Projeto de Carbono Suruí* (SALES et al, 2010).

benefícios econômicos do pagamento de serviços ambientais ou dos créditos de carbono e não é necessária qualquer intervenção de órgãos estatais nessas relações.

Mas para que sejam juridicamente válidas tais relações, é importante que as comunidades indígenas sejam amplamente informadas; que se lhes respeitem sua autonomia decisória, suas organizações, instituições e representações sociais e políticas; que seja reconhecida a titularidade coletiva; que os projetos sejam devidamente contabilizados e estruturados. A Funai, pressionada por reportagens que denunciavam o comércio ilegal de créditos de carbono de terras indígenas, posicionou-se em 2012, acompanhada de outras organizações não governamentais, com o documento *Povos Indígenas e REDD+ no Brasil: Considerações Gerais e Recomendações*.

Enfim, essas iniciativas apontam um futuro de oportunidades aos povos indígenas de auferirem renda por suas atividades tradicionais e pela fiscalização das terras indígenas. Sobretudo, colocam o incentivo monetário à preservação do meio ambiente como alternativa ao sistema restritivo, repressivo e sancionatório, que oprime ideologicamente os povos indígenas.

3.2.6.1.4 Turismo

Outra alternativa ainda incipiente é a atividade turística em terras indígenas. Aproveitando a beleza cênica e o interesse nacional pela cultura e modo de vida dos índios, algumas comunidades já realizam projetos-piloto para receber e acomodar turistas em suas aldeias. São experiências que não contam com nenhuma amparo ou ajuda governamental, tendo em vista as restrições e a repercussão da atividade no meio indígena e indigenista, muitos se colocando frontalmente contrários a ela.

Por outro lado, muitos governos estaduais e empresas têm assediado as comunidades para desenvolver atividades turísticas em terras indígenas. São acordos propostos de pesca em terra indígena, de construção de pousadas, de

visitações organizadas por empresas de turismo, enfim, uma sorte de atividades movidas pela indústria do turismo para utilizar as terras e a cultura indígena. No entanto, esse assédio, ainda que encontre alguma concordância da comunidade (fundamentalmente obrigatória), encontra também alguns limites legais.

Os dois primeiros limites para a atividade turística em terras indígena são, sem sobra de dúvida, a posse das terras indígenas e o usufruto exclusivo dos índios sobre suas riquezas naturais. Não pode o não-índio construir qualquer empreendimento nas terras indígenas, à exceção dos casos já relatados e em que a atividade turística não está enquadrada. Hotéis, pousadas, habitações, *camping*, enfim, qualquer prédio ou ocupação só é possível se for realizado pelos índios. A exploração das riquezas naturais por não-índios também é vetada pelo art. 231 da Constituição. Dessa forma, é proibido ao não-índio arrendar ou alugar terras ou edifícios em terras indígenas, como já foi mencionado, e, também, usufruir das águas, da madeira, dos peixes e da flora das terras indígenas. A atividade de caça e pesca em terras indígenas fica restrita aos índios, sendo esse o mandamento do § 1º do art. 18 da Lei 6.001/75, o Estatuto do Índio. Fica claro aqui quão importantes são as garantias constitucionais aos índios e suas terras.

Outra restrição prevista pelo Estatuto do Índio, agora de caráter penal, proíbe que se utilize o índio ou a comunidade indígena como objeto de propaganda turística:

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

II – utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena – detenção de dois a seis meses;

Muitos confundem esse crime com uma proibição geral para a atividade turística envolvendo terras indígenas e índios. Mas o que o Estatuto do Índio quer punir é o uso indevido da imagem indígena, seja ela como fotografia ou a exploração dos próprios índios como objeto turístico, e de suas criações artísticas indevidamente por terceiros. Quer resguardar o índio e a sua comunidade da exploração de sua manifestação cultural e de sua imagem, de forma que não sejam caracterizados como atração exótica.

A atividade turística, desenvolvida pela própria comunidade indígena é uma alternativa econômica lícita e viável. Apenas, para que se cumpra a norma presente no caput do art. 231 e em toda a legislação indigenista, deveriam ser necessários cuidados como estudos, plano de manejo e visitação e zoneamentos da terra indígena para definir os impactos do turismo, quais poderão ser as atrações visitadas, quantas pessoas o meio ambiente suporta sem que seja impactado etc. Os problemas a serem enfrentados e pensados como a produção de lixo, alimentação sem contaminação, responsabilidade do Estado, acidentes e resgate, bebidas, cigarro e drogas levados pelos turistas devem ser preocupações tanto do órgão indigenista federal como da comunidade interessada em realizar as atividades.

3.2.7 Cultura

Cada povo indígena e cada comunidade possui valores, filosofias, histórias, línguas, crenças, costumes, tradições e manifestações artísticas que os distinguem dos demais e da sociedade em geral. O Brasil é um país em que muitas culturas, etnias, povos, comunidades formam sua população, ao contrário da ideia geral do povo brasileiro como a fusão de negros, brancos e índios. São inúmeras línguas (a par de a língua oficial ser o português), territórios distintos, meio ambientes variados, religiões e cultos específicos, ritmos, enfim, concepções de ser e estar no mundo que tornam a riqueza cultural do país imensa. Essa profusão de culturas é chamada de multiculturalidade.

O desafio de valorizar e proteger as diversas culturas brasileiras passa obrigatoriamente pela educação, que é o processo de aprendizagem e transmissão dos modos culturais de ser, estar e agir de uma sociedade. Se a educação em geral e a educação indígena em especial ganha amplo tratamento pelo Direito, a proteção das manifestações e bens culturais não escapa também do tratamento jurídico, com a finalidade última de manter vivas as diversas culturas existentes. Sendo a cultura um processo dinâmico que renova diariamente as tradições e

costumes, a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas reconhece as manifestações passadas, presentes e futuras dos povos indígenas:

Artigo 11

1. Os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais. Isso inclui o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.

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

Atualmente, mais que valorizar a multiculturalidade como valor absoluto e intrínseco, procura-se justificar a tutela das culturas pela proteção de bens que poderão ser comercializáveis no mercado. Mas a valorização e proteção das culturas é antes um direito coletivo do que individual, ambos protegidos por um regime de direito público, tendo em vista sua finalidade.

Na história da legislação brasileira, o primeiro diploma a proteger direitos culturais foi o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, fruto da batalha do escritor Mario de Andrade. Outro diploma de interesse para os povos indígenas é a Lei 3.924, de 26 de julho de 1961, que considera como monumento arqueológico ou pré-histórico os testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como os sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias, grutas, lapas, abrigos, cemitérios, sepulturas, aldeamentos, estações ou cerâmios, ou seja, qualquer local em que se encontrem vestígios de ocupação humana com valor arqueológico.

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo da Educação, da Cultura e do Desporto, trouxe em dois artigos a obrigação do Estado de garantir a todos os direitos culturais:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Como se pode ver, tanto no § 1º do art. 215, como no *caput* do art. 216, a Constituição reconheceu a multiculturalidade do País, prevendo como obrigação do Estado proteger as manifestações culturais populares, indígenas, afrobrasileiras e de outros grupos formadores da sociedade brasileira. Ao art. 215 a

Emenda Constitucional 48, de 2005, acrescentou a previsão sobre o Plano Nacional de Cultura:

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II – produção, promoção e difusão de bens culturais;

III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV – democratização do acesso aos bens de cultura;

V – valorização da diversidade étnica e regional.

Além das previsões genéricas de proteção à cultura, e da previsão da cultura indígena como parte do patrimônio cultural brasileiro, o *caput* do art. 231 da Constituição Federal de 1988 é previsão específica de reconhecimento e proteção das culturas indígenas. O mesmo artigo, ao reconhecer os direitos territoriais, em seu § 1º, estabeleceu como um dos parâmetros da definição do território de ocupação tradicional a extensão necessária à reprodução cultural de cada comunidade indígena (LEITÃO, 1993:228).

Como parte da valorização cultural e da diversidade étnica do Brasil, o art. 215 previu a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. O dia 19 de abril foi escolhido, pelo Decreto-lei 5.540, de 02 de junho de 1943, para ser o Dia do Índio.

A Convenção 169 reconhece em todo seu corpo e impõe aos estados a proteção das culturas indígenas, seus valores e práticas sociais, religiosas e espirituais e de suas terras como bases materiais de sua cultura, exigindo, em seu art. 4º, que sejam adotadas medidas especiais para salvaguardar as culturas dos povos indígenas.

No Brasil, além da tradicional proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, recentemente uma série de medidas foram previstas para salvaguardar as culturas dos povos indígenas. As maiores delas, sem dúvida, são as ligadas à educação, ao respeito às línguas, religiões e crenças indígenas e à apropriação da cultura indígena por terceiros, que serão analisadas mais adiante.

Mesmo os instrumentos colocados à disposição pelo Decreto-lei 25/37 para a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional já não eram suficientes, pois só era prevista a proteção de bens materiais e tinha-se tornado necessário identificar e valorizar os bens culturais de natureza processual e dinâmica (OLIVEIRA, 2005:28), mais conhecidos como patrimônio imaterial. Nesse sentido sobreveio o Decreto 3.551, de 04 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e cria o Programa Nacional do Patrimônio. O primeiro patrimônio imaterial indígena registrado no Livro de Registro das Formas de Expressão, sob responsabilidade do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, é a Arte Kusiwa (técnica de pintura e arte gráfica própria da população indígena Wajãpi, do Amapá). O registro foi solicitado pelo Conselho das Aldeias Wajãpi, com apoio do Museu do Índio – Funai. O patrimônio é importante não só para organizar as tradições e processos culturais das mais diversas comunidades indígenas brasileiras, mas para fazer prova dos conhecimentos tradicionais associados ou não à biodiversidade.

Finalmente, mais importante que proteger as manifestações culturais, a sociedade e o Estado tem uma série de mecanismos para valorizar e promover as manifestações culturais e artísticas dos povos indígenas¹³⁶. São muitos e variados os exemplos como: o Fundo Nacional de Cultura e os incentivos fiscais¹³⁷, ambos previstos na Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991; o Programa Cultura Viva, do Ministério da Cultura, com seus pontos de cultura indígena; o Prêmio de Culturas Indígenas do Ministério da Cultura e sua possibilidade de inscrição oral; a Colegiado Setorial das Culturas Indígenas e o representante indígena no Conselho Nacional de Cultura; os museus sobre os povos indígenas que compõem o Sistema Nacional de

¹³⁶ Ver o Plano Setorial de Culturas Indígenas do Ministério da Cultura.

¹³⁷ Editais de Culturas Indígenas com recursos da Petrobras e diversas publicações e trabalhos sobre povos indígenas financiadas com recursos de renúncia fiscal.

Museus, sendo os mais conhecidos Museu do Índio da Funai e o Memorial dos Povos Indígenas do Distrito Federal.

3.2.7.1 Línguas

Os limites de uma língua são os limites do mundo. Quanto mais rica é a vivência, o contato com outras culturas, o desenvolvimento de um povo, mais abrangente será sua língua. Cada objeto tem uma palavra correspondente, que classifica e descreve o objeto conhecido. Se um povo indígena conhece dez tipos de peixe, dez vão ser as palavras, admitidas as composições, para descrevê-los. As línguas dão nome a peixes, árvores, acidentes naturais, comidas e os mais diversos objetos. Entretanto, a língua não é um amontoado de nomes de objetos, elas descrevem tempos, emoções, significados lógicos, condições, qualidades, enfim, as relações sociais ditam a capacidade de uma língua de descrever o mundo vivido e imaginado pelas pessoas. As línguas são e constituem os diversos direitos, fenômenos comunicativos como descritos por muitos teóricos do direito.

O Brasil possui aproximadamente 305 grupos étnicos, contudo, nem todos os povos indígenas possuem uma língua própria, tendo muitos deles a perdido pela assimilação e substituição pelo português ou por outras línguas indígenas. Muitas línguas indígenas foram extintas com a imposição do aprendizado exclusivo do português ou pela simples extinção dos seus povos. Ainda assim, o Brasil é um país de diversidade linguística inigualável, podendo ser encontradas cerca de 180 línguas faladas no País, principalmente na região amazônica. As línguas indígenas brasileiras podem ser divididas em 41 famílias, dois troncos linguísticos e 10 línguas consideradas isoladas (RODRIGUES, 1993). Porém essa diversidade é acompanhada pelo reduzido número de falantes, podendo variar de no máximo 40.000 índios da etnia Guarani-Kaiowá a dois últimos indivíduos falantes da língua Juma, praticamente extinta. Novos estudos ou mesmo o contato com povos isolados tendem a descobrir línguas ainda não identificadas.

Muitas dessas línguas correm risco de extinção, visto que seus falantes se restringem aos indivíduos mais velhos das tribos. Muitos adolescentes e crianças, seja pelo contato maior com a sociedade envolvente e seus produtos culturais, como a música, pelo preconceito que sofrem ou pela educação oficial quase exclusiva em português, deixam de falar a língua indígena. O fascínio pelo mundo do branco e a cultura brasileira também é uma grande ameaça às línguas indígenas. Por outro lado, povos que perderam sua língua originária se esforçam dramaticamente para congregarem-se em torno dessa característica cultural fundamental. São tentativas de revitalizar ou mesmo recriar uma língua que foi perdida. A língua é tida por antropólogos como fator essencial de identidade indígena.

Por toda essa importância das línguas em relação ao universo cultural dos povos indígenas, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 231, reconhece e protege as línguas faladas pelos índios. Mas a previsão genérica não é suficiente para garantir a educação na língua indígena e, por isso, o § 2º do art. 210 garante que *o ensino fundamental deve ser ministrado na língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.*

Reconhecer as línguas indígenas pressupõe sua utilização. O contrário seria apenas um reconhecimento formal *versus* uma imposição do idioma oficial. A(s) língua(s) do ensino devem ser uma escolha do próprio povo indígena, o único sujeito que pode definir suas reais necessidades. O bilinguismo é manifestação da política integracionista já ultrapassada, pois pressupõe que a educação na língua portuguesa é essencial. O direito de permanecer íntegro na sua cultura, de escolher ser educado apenas na língua tradicional, é manifestação do direito dos povos indígenas de serem autônomos. Esse direito, além de estar reconhecido pela Constituição, é também previsto na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Artigo 14

1. Os povos indígenas têm o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativos, que ofereçam educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e de aprendizagem.

Um povo indígena, ao perder sua língua, é atingido frontalmente, pois toda a sua cultura, sua visão cosmológica do mundo perde sua base comunicativa. Sua inadaptabilidade ao mundo se acentua, pois a adaptação a outra língua não é imediata. Gerações são necessárias para adequar o raciocínio lógico à nova língua. Morta a língua, a música, literatura, poesia, folclore e narrativa, também se perdem.

Houve um grande salto qualitativo com as novas práticas educacionais que incentivam o ensino na língua indígenas, com materiais escolares e professores ministrando suas aulas nas línguas indígenas de cada povo. Todavia, a educação indígena ainda se ressentida da descentralização, eis que é encargo de estados e municípios executá-la, sendo que muitos deles não têm preparo para tanto. Assim, o principal problema da educação baseada na língua indígena é a incapacidade e desqualificação dos agentes do Estado.

Cabe ao Estado oferecer a possibilidade de uma educação na aldeia, com base na língua e nas práticas tradicionais, com materiais didáticos e paradidáticos na língua indígena e com professores indígenas responsáveis por transmitir não só a língua, mas a cultura de um povo. Os indígenas devem ser os formuladores da política educacional, garantindo uma adaptabilidade de cada escola e programa educacional aos anseios e à cultura de cada tribo e etnia.

A Convenção 169 traz importante regulamentação da Constituição sobre a utilização das línguas indígenas.

Artigo 28

1. Sempre que viável, as crianças dos povos interessados deverão aprender a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no seu grupo. Quando isso não for possível, as autoridades competentes consultarão esses povos com vistas a adotar medidas que permitam a consecução desse objetivo.

2. Medidas adequadas deverão ser tomadas para garantir que esses povos tenham a oportunidade de se tornar fluentes na língua nacional ou em um dos idiomas oficiais do país.

3. Medidas deverão ser tomadas para preservar e promover o desenvolvimento e a prática das línguas indígenas dos povos interessados.

No entanto, a utilização das línguas indígenas ultrapassa o âmbito da educação. O Plano Nacional de Cultura, instituído pela Lei 12.342, de 2 de dezembro de 2010, define como estratégias e ações do Estado brasileiro:

- *Estimular a tradução e a publicação de obras literárias brasileiras em diversas mídias no exterior, assim como de obras estrangeiras no País, ampliando o repertório cultural e semântico traduzível e as interações entre as línguas e valores, principalmente as neolatinas e as indígenas do continente americano.*
- *Mapear, preservar, restaurar e difundir os acervos históricos das culturas afro-brasileira, indígenas e de outros povos e comunidades tradicionais, valorizando tanto sua tradição oral quanto sua expressão escrita nos seus idiomas e dialetos e na língua portuguesa.*
- *Realizar programas de promoção e proteção das línguas indígenas e de outros povos e comunidades tradicionais e estimular a produção e a tradução de documentos nesses idiomas.*

Para cumprir com sua competência inscrita no art. 3º da mesma Lei 12.342/10, de garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, com relação as línguas indígenas, o Decreto 7.387, de 9 de dezembro de 2010, instituiu o Inventário Nacional da Diversidade Linguística. Sob gestão do Ministério da Cultura, o inventário é um instrumento de identificação, documentação, reconhecimento e valorização das línguas portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, entre eles os diversos povos indígenas brasileiros.

Pode-se concluir do que foi visto no art. 231 da Constituição, na Convenção 169 e no Plano Nacional de Cultura, que todas as relações do Estado com os povos indígenas devem sempre levar as línguas indígenas em conta. Dever-se-iam reconhecer formalmente as línguas indígenas, aceitando-as em documentos oficiais e manifestações políticas e jurídicas válidas. A Declaração da ONU e a Convenção 169, exigem que os processos de consulta sejam feitos nas línguas indígenas. O Judiciário, em todos os processos que envolvam povos indígenas, deveria aceitar a intermediação de tradutores e antropólogos capazes de estabelecer um diálogo que não é entre indivíduos, mas entre culturas distintas. Quem já residiu em um outro país sabe que a

língua carrega a cultura de um povo e que qualquer tradução restringe a compreensão e expressão do mundo que o cerca.

Fora das esferas institucionais oficiais, o preconceito em relação às línguas indígenas ainda é latente. Nas cidades próximas às terras indígenas, a língua indígena ainda é desconsiderada e o português é a língua imposta aos povos indígenas. Ainda há um longo caminho para que o reconhecimento às línguas indígenas seja uma realidade e o Estado tem o dever de protegê-las e, sobretudo, de promovê-las.

3.2.7.2 Religião

Cada povo indígena tem um conjunto de crenças e formas de religiosidade que devem ser respeitadas e protegidas. As crenças e religiões são aqueles atributos que situam o indivíduo na sociedade e no mundo, mexem com a espiritualidade, revelam um sentido para a vida. Desde os primeiros contatos dos povos indígenas com diferentes grupos humanos, e suas outras culturas, essa visão de mundo se modifica constantemente, alargando ou restringindo seus horizontes, enriquecendo ou fazendo perder sua identidade, trocando suas características por de outras culturas. Por fazerem parte de culturas únicas, cuja importância intrínseca pede proteção, a Constituição de 1988 trouxe o reconhecimento e o respeito ao todo (cultura) e às partes (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições).

Mas esse respeito, que hoje se encontra previsto constitucionalmente, é proteção contra instituições e indivíduos que utilizaram o desconhecido, as crenças e as religiões indígenas e não-indígenas para dominar e subjugar os povos indígenas. Antes de se pensarem integrantes de um país, os povos indígenas já sentiam o poder temporal de uma instituição religiosa e de sua vontade de catequizar as almas que aqui moravam. Em um misto de fé, ideologia e poder, os jesuítas marcaram os primeiros séculos de invasão portuguesa no Brasil. Os primeiros contatos de muitos povos indígenas foram realizados por missões religiosas jesuíticas e tantas outras. A imposição da religião católica aos povos indígenas modificou

sobremaneira muitas culturas. Contudo, muitos valores, crenças, deuses e religiões continuaram, se não intactos, com suas características parcialmente preservadas.

Infelizmente, ainda hoje as crenças e religiões indígenas são ameaçadas por uma sorte de intolerâncias. A maior é o desprezo pela cultura indígena, suas crenças e manifestações religiosas. Esse menosprezo é fruto da visão do índio como ser inferior e primitivo. Reflete-se em atitudes intolerantes às cerimônias, festas, rituais, tradições, indumentárias e utensílios indígenas.

No entanto, a Constituição, em seu inciso VI, do art. 5º, garante como direito fundamental a inviolabilidade *da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*. Por serem absolutamente inaceitáveis numa época de respeito à multiculturalidade, a discriminação e o menosprezo às religiões e crenças indígenas mereceriam mais atenção da legislação.

A Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas, apesar de não ser norma cogente no ordenamento brasileiro, pode fornecer o desdobramento desse direito indígena também previsto constitucionalmente.

Artigo 12

1. Os povos indígenas têm o direito de manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; de manter e proteger seus lugares religiosos e culturais e de ter acesso a estes de forma privada; de utilizar e dispor de seus objetos de culto e de obter a repatriação de seus restos humanos.

2. Os Estados procurarão facilitar o acesso e/ou a repatriação de objetos de culto e restos humanos que possuam, mediante mecanismos justos, transparentes e eficazes, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas interessados.

O Estatuto do Índio prevê, em seu art. 58, que *escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, sua prática* é crime contra os índios e a cultura indígena. Essa reprovação criminológica é extremamente branda, tendo em vista sua pena baixíssima e a pouca efetividade de sua previsão legal.

Questão delicada é a interferência de entidades religiosas sobre as religiões e crenças indígenas. Se, no passado, a religião católica se impunha com maior veemência, proibindo muitas crenças e atitudes consideradas incivilizadas, alterando de modo radical a cultura dos povos indígenas, hoje, as demais religiões cristãs, principalmente as neopentecostais são as mais agressivas na tentativa de conversão dos índios aos seus dogmas. Sob forma de justificar suas ações catequizadoras em muitas oportunidades, as entidades religiosas se aproveitam da inação do Estado para oferecerem serviços de cunho público e criarem uma ligação umbilical com as comunidades. É cada dia fica mais difícil o Estado proteger os povos indígenas da ação de algumas entidades religiosas que continuam a desrespeitar a cultura indígena, ancoradas num discurso de liberdade religiosa e num poder econômico, midiático e político cada vez maior.

3.2.7.3 Arte

As diversas etnias e comunidades indígenas do país apresentam manifestações artísticas extremamente belas, delicadas e exuberantes, complexas ou simples, espontâneas ou organizadas. São manifestações artísticas como músicas, danças, pinturas, esculturas, representações teatrais, artes figurativas, joias e adereços corporais, artigos unicamente de valor estético ou com uso cotidiano. Explicam acontecimentos vividos, reproduzem forças sociais, passam um conjunto de valores, exprimem a visão de mundo ou mesmo uma percepção estética de determinado grupo. São essenciais tanto para a identidade do povo quanto para sua adaptação a novas realidades. Atualmente, ganham um relevo ainda maior e uma nova dinâmica (LINHARES, 2005:243-253) por serem bens e objetos com valor comercial e possibilidades de rendimentos .

As artes indígenas são protegidas com distintos regimes jurídicos, podendo ser registradas como bens culturais de natureza imaterial¹³⁸, protegidas como patrimônio cultural brasileiro (sendo regulamentado pelo Decreto 3.551, de 04/08/2000) ou sob o regimes de propriedade imaterial, subdivididos em direitos de

¹³⁸ No plano internacional ver a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial aprovada pela Unesco em outubro de 2003 e em vigor a partir de 2006.

propriedade intelectual – incluindo o direito autoral – e direito de imagem, como será visto.

3.2.7.3.1 Direitos de propriedade intelectual e de imagem

Os povos indígenas experimentam cada vez mais um intercâmbio cultural com a sociedade não-indígena. O índio, hoje, assume sua identidade através da afirmação da dignidade de sua cultura, diferenciada do resto da sociedade nacional. Cultura indígena que é, ao mesmo tempo, estranha a uma cultura massificada geral e aceita como parte da riqueza cultural nacional.

A busca da inserção do índio na sociedade também utiliza a cultura como facilitadora do intercâmbio e da afirmação do indígena. As comunidades são as maiores interessadas na visibilidade de suas manifestações, pois garantem a quebra da distância social em que vivem, ao mesmo tempo em que reafirmam os valores sociais que as distinguem.

Nessa lógica, a apropriação da cultura indígena pela sociedade deve ser duplamente protegida. Em primeiro lugar, por ser a criação indígena fruto do amadurecimento de gerações e de vivências únicas, que traz consigo um vínculo muito mais forte que a mera possibilidade de lucro, pois nasce em espaço onde existem valores maiores que os do mercado capitalista; segundo, por ser essa apropriação uma reprodução do desrespeito ao indígena típico das relações interétnicas.

A questão principal que se coloca hoje é se o patrimônio indígena está protegido adequadamente pela dispersa legislação que regulamenta a propriedade intelectual, cujos pressupostos são de um modo de produção capitalista e que desconsidera por completo as peculiaridades da questão indígena.

O sistema de proteção da propriedade intelectual¹³⁹ é pensado como uma criação sobretudo individual. Quando um indivíduo ou indivíduos realizam uma criação artística ou estética, trata-se de obra de autoria individual. O direito é, portanto, de titularidade individual ou de um grupo de pessoas definido e identificável.

O direito do índio sobre sua obra ainda apresenta uma particularidade mais evidente, que não é prevista na legislação de direito autoral. A obra artística indígena pode ser uma criação individual ou conjunta de um grupo definido de pessoas e será protegida como qualquer outra criação artística. Mas, existe uma peculiaridade: a criação de forma coletiva, fruto de um processo geracional e que envolve um número indeterminado de pessoas, fazendo parte de uma manifestação cultural complexa. Os titulares do direito autoral não são facilmente identificados como no tratamento clássico do direito autoral, pois não há como identificar os criadores. As obras são coletivamente produzidas e se distinguem das criações de outros povos e comunidades indígenas e do restante da sociedade brasileira.

Mas, a natureza coletiva surge apenas quando a concepção original da obra derivar de uma criação artística coletiva (padrões estéticos uniformes ou semelhantes, que podem ser reconhecidos pela coletividade indígena e não apresentam alterações relevantes no caráter estético pelos indivíduos que concretizaram a obra).

A proteção dessas criações coletivas indígenas não é adequadamente tratada pelo ordenamento jurídico que pretende proteger as obras artísticas, contudo, por faltar uma melhor proteção, a Lei de Direitos Autorais traz importantes balizas para se entender e construir uma proteção da cultura indígena.

Como as criações artísticas indígenas são frutos da comunidade como um todo e muitas vezes passadas de geração para geração, é importante que essas criações sejam protegidas sem um limite temporal. Os direitos autorais da criação coletiva indígena podem ser interpretadas nesse sentido, pois, se o direito individual autoral é protegido por setenta anos contados do primeiro de janeiro

¹³⁹ Para um resumo do sistema e sua relação com os povos indígenas ver VILLARES (2009).

subsequente ao ano da morte de seu autor, para garantir que os seus sucessores tenham os mesmos direitos patrimoniais, a comunidade titular dos direitos coletivos deve ter seus direitos autorais protegidos enquanto a criação e o criador existirem. Destarte, as obras artísticas indígenas de autoria coletiva não caem em domínio público, garantindo assim o direito da coletividade, independentemente de período de tempo.

É a interpretação que se dá ao art. 45 da Lei 9.610/98:

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Em particular, além de vedar o domínio público das obras produzidas pelo conhecimento étnico e tradicional, a Lei dá a entender que deveriam os conhecimentos étnicos e tradicionais ter uma regulamentação específica.

A obra coletiva não é a única característica da criação indígena que desnuda a incompatibilidade de dois mundos. Questões como a necessidade ou não de consulta prévia para o uso da obra, a representação dos autores, a forma de estabelecer relações contratuais, a remuneração pela utilização, entre outras, dificultam em cada caso a aplicação da Lei de Direitos Autorais¹⁴⁰.

Já os direitos de imagem dos povos indígenas são bastante relacionados com direitos sobre obras artísticas e por isso merecem uma rápida análise nesse contexto. A Constituição, em seu art. 5º, inc. X, determina que a imagem das pessoas é inviolável. Trata-se de um direito personalíssimo, ou seja, exclusivo, que não pode ser transferido ou cedido a terceiro, embora possa ser licenciado e/ou autorizado mediante condições específicas. O titular deve decidir

¹⁴⁰ Para um maior aprofundamento nessas questões consultar Bruno Alberto Paracampo Milco e Gysele Amanajás Soares (1995:187-189), e Fernando Mathias Baptista e Raul Silva Telles do Valle (2004).

sobre o uso de sua imagem para exploração comercial. Esse também é o sentido da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Um conceito ainda não positivado pela legislação é proposto por Fernando Mathias Baptista e Raul Silva Telles Valle¹⁴¹, e tem o nome de imagem cultural, aquela que representa hábitos culturais de determinado grupo, etnia ou povo. Uma pessoa ou um grupo de pessoas em determinadas circunstâncias materializam uma imagem que não é individual, mas coletiva, pois escapa da pessoa e de sua individualidade. É exemplo a foto de pessoas que representam um ritual característico de uma determinada cultura. A titularidade desse direito de imagem é coletiva porque a imagem baseia-se em elementos culturais coletivos. Contudo, ainda resta a obrigação de preservar o direito individual personalíssimo, como em qualquer uso de imagem de pessoas.

De uma forma geral, o uso da imagem depende de autorização do seu titular, sendo possível sua negociação, inclusive onerosa, sobre os requisitos da utilização. Existe uma gama de possibilidades de veiculação e exploração da imagem indígena, podendo ser diferenciada segundo sua finalidade última. A imagem pode ser usada para informação, como meio de difusão cultural e para finalidades comerciais. Quando uma imagem retrata um fato jornalístico, ilustra uma notícia ou publicação informativa, seu uso é livre (não requer sequer autorização dos retratados) e gratuito. Assim estabelecem o direito constitucional à informação e a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67). A necessidade de informação, direito de caráter público e geral numa democracia, sobrepõe-se à proteção individual da imagem. A imagem captada em local público e que retrata uma coletividade não necessita de autorização individual

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 44: “A noção de imagem cultural não existe definida no ordenamento jurídico. Diz respeito à interpretação de um direito constitucional coletivo – o direito à cultura indígena – juntamente com um direito constitucional individual – o direito à imagem – que adite, em sua noção, atributos culturais”.

dos retratados para ser veiculada, desde que esteja dentro dos limites do caráter de notícia. Essa liberdade de informação também é limitada pela intimidade, a honra e a privacidade do fotografado, que devem ser sempre respeitados. São proteções contra a exposição vexatória, imoral ou de crianças e adolescentes, por exemplo. Além das publicações jornalísticas, as imagens podem ser utilizadas sem autorização em publicações didáticas e em livros de cunho histórico ou científico.

A difusão e promoção cultural, aquela que tem a finalidade de informar a população sobre a cultura de determinada coletividade, quando sem fins lucrativos, permite o uso da imagem sem autorização. Todavia, essa relação merece um maior cuidado em relação à finalidade e aos impactos do uso da imagem. Geralmente, atividades de difusão cultural não são oneradas pelo uso de imagens indígenas, numa forma de não mercantilizar uma relação que colabora com os próprios povos indígenas, trazendo benefícios diretos ou indiretos, tais como o reconhecimento de seus direitos e o apoio a suas lutas, atividades tradicionais e projetos comunitários. Mas é necessário que as comunidades indígenas retratadas sejam consultadas diretamente ou por meio de suas instituições representativas na utilização de suas imagens.

No uso de imagem com a finalidade lucrativa, além de autorização expressamente, através das instituições indígenas representativas, exige-se uma repartição justa e equitativa dos benefícios auferidos pelo utilizador. O detentor da imagem a cede mediante condições especificadas contratualmente, sejam elas de cunho restritivo ou de caráter pecuniário.

A Fundação Nacional do Índio – Funai – editou a Portaria 177 que regulamenta os procedimentos administrativos para proteção do direito autoral e de imagem, legislação esta fundada no poder de polícia administrativo e nas funções institucionais estabelecidas legalmente. Norma que tem caráter procedimental para regular de que forma a Fundação deve se colocar frente à apropriação da propriedade intelectual e da imagem dos povos indígenas. É permeada pelo respeito aos valores artísticos e meios de expressão e proteção da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, reconhecendo a capacidade plena, autodeterminação e liberdade

dos povos indígenas. A Portaria poderá ser um passo para uma futura legislação *sui generis* sobre a proteção da cultura indígena.

A Funai organiza os procedimentos de autorização de atividades que envolvam o uso e exploração; coordena cadastro de pesquisadores em área indígena junto ao CNPq; e atua em parceria com o Museu do Índio no registro do patrimônio cultural indígena, inclusive com um banco de imagens próprio, estritamente para pesquisa e divulgação cultural sem fins lucrativos. Pela Portaria, a Funai também pode, quando chamada para tanto, acompanhar a celebração de contratos de uso de imagens, sons e outras criações indígenas, interferindo em prol dos interesses indígenas e do patrimônio cultural brasileiro nos contratos que são evidentemente desvantajosos aos índios. O órgão tem, também, mediado conflitos e encaminhado às instâncias competentes de defesa processual as violações aos direitos indígenas.

3.2.8 Educação

O ensino indígena foi marcado historicamente pelo objetivo de catequização à religião católica e integração pelo trabalho, além de ter sido o instrumento primordial da interferência nas culturas indígenas. Entretanto, com a Constituição de 1988 uma nova legislação descreve um caminho em direção ao pluralismo e à autodeterminação dos povos indígenas. As línguas indígenas e os processos próprios de aprendizagem são reconhecidos e tornam-se direitos dos povos indígenas. Mas, os estados e municípios, responsáveis constitucionalmente por oferecer o ensino infantil e fundamental, continuam incapazes de prover adequadamente a educação indígena. Por melhores que tenham sido os esforços da União para garantir alguma qualidade na educação indígena, em poucos lugares do Brasil os direitos das crianças e jovens ao ensino traduzem-se em práticas que respeitam as organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas.

Graças aos esforços individuais, muitos indígenas hoje completam sua educação no ensino superior, inclusive obtendo títulos de mestrado e doutorado¹⁴².

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a educação como direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205) e aos povos indígenas o respeito por suas culturas (art. 231), o que se traduz numa obrigatoriedade de educação específica que leve em conta seus anseios, sua organização social, línguas, crenças e tradições.

O ensino é estruturado pelo seguinte modelo de competências e atribuições:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (Redação dada pela Emenda Constitucional 14, de 1996)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional 14, de 1996)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (Incluído pela Emenda Constitucional 14, de 1996)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Incluído pela Emenda Constitucional 14, de 1996)

Aos municípios foi dada a atribuição de atuar prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental. A criança inicia sua vida escolar em escolas municipais. Os estados também são responsáveis pelo ensino fundamental, além de atuarem no ensino médio. Coube à União organizar o sistema, financiando instituições próprias de ensino e garantindo a qualidade mínima pela assistência

¹⁴² *Vem do sertão pernambucano a primeira doutora indígena* (JC Online, 2007)

técnica e financeira, mas sendo, principalmente, distribuidora de recursos. Constitucionalmente, os recursos, vindos de suas receitas de impostos e transferências, são assegurados para educação em dezoito por cento do orçamento da União e vinte e cinco por cento dos estados e municípios.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, também, princípios para o ensino:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V – valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII – garantia de padrão de qualidade.

Definidas brevemente as estruturas gerais e seus princípios, é mais interessante para o presente trabalho passar propriamente à análise da educação indígena.

Antes de entrar na análise da legislação sobre educação indígena no Brasil é necessário destacar os padrões internacionais colocados pela Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, começando pelo artigo 13, que dispõe sobre o direito dos povos indígenas de transmitirem o conhecimento de seu povo para as futuras gerações:

Artigo 13

1. Os povos indígenas têm o direito de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas e de mantê-los.

Os artigos 14 e 15 afirmam o direito dos povos indígenas de participar, definir e administrar o conteúdo, o processo de ensino e as instituições educativas, um verdadeiro direito à autodeterminação educacional. Especifica ainda mais esse direito a exigência da educação indígena ser nos idiomas e nos métodos de ensino e aprendizagem dos próprios povos indígenas.

Artigo 14

1. Os povos indígenas têm o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativos, que ofereçam educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e de aprendizagem.

2. Os indígenas, em particular as crianças, têm direito a todos os níveis e formas de educação do Estado, sem discriminação.

3. Os Estados adotarão medidas eficazes, junto com os povos indígenas, para que os indígenas, em particular as crianças, inclusive as que vivem fora de suas comunidades, tenham acesso, quando possível, à educação em sua própria cultura e em seu próprio idioma.

Artigo 15

1. Os povos indígenas têm direito a que a dignidade e a diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações sejam devidamente refletidas na educação pública e nos meios de informação públicos.

2. Os Estados adotarão medidas eficazes, em consulta e cooperação com os povos indígenas interessados, para combater o preconceito e eliminar a discriminação, e para promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e todos os demais setores da sociedade.

A Convenção 169, nos seus artigos 26, 27 e 28, também reconhece os direitos dos povos indígenas de receberem educação em todos os níveis na língua

indígena, desenvolvida, formulada e aplicada em cooperação com os indígenas e voltada às suas necessidades. O objetivo é que os próprios povos indígenas tenham suas instituições e meios de se educarem, que sejam financiados pelos estados e, ao final, responsabilizem-se totalmente pelo seu desenvolvimento.

Na legislação brasileira, o Estatuto do Índio foi a primeira legislação - que continua em vigor - a estatuir normas sobre uma educação diferenciada aos povos indígenas ao prever a adaptação necessária do sistema de ensino nacional às peculiaridades dos índios (art. 48) e a alfabetização na língua do grupo indígena (art. 49).

O Estatuto prevê, ainda, que a educação deve orientar-se para a integração do índio na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais (art. 50). A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o dispositivo, já que afasta o papel integrador da educação em relação aos povos indígenas ao começar a estabelecer, em seu art. 210, que serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Em continuação, o mesmo artigo, prescreveu especificamente que:

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Vê-se que a Constituição estabeleceu o direito dos povos indígenas à educação plural, multicultural e participativa.

Para se entender o sistema educacional oferecido aos povos indígenas é necessário, ainda que rapidamente, enquadrá-lo no Sistema Nacional de Educação. A Seção I do Capítulo III da Ordem Social, que trata do direito à educação, foi regulamentada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB, Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a qual dispõe, sobre o ensino dos povos indígenas:

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilingüe e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I – proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II – garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.

§ 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas.

§ 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos:

I – fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena;

II – manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas;

III – desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;

IV – elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.

§ 3º No que se refere à educação superior, sem prejuízo de outras ações, o atendimento aos povos indígenas efetivar-se-á, nas universidades públicas e privadas, mediante a oferta de ensino e de assistência estudantil, assim como de estímulo à pesquisa e desenvolvimento de programas especiais. (Incluído pela Lei nº 12.416, de 2011)

Os dois artigos da Lei de Diretrizes e Bases transcritos estabelecem como competência da União desenvolver um sistema de ensino indígena. A execução

do serviço no sistema normatizado parece ser repartida, mas a União tem a competência de desenvolver programas de ensino, em conjunto com os órgãos federais de cultura e assistência ao índio. Ao mesmo tempo, a União deverá apoiar técnica e financeiramente estados, municípios e particulares que ofereçam a educação aos povos indígenas. A execução da educação indígena em todos os níveis não é exclusiva de um ou outro ente da Federação, o que traz maiores possibilidades, porém, dilui responsabilidades.

Sandro Lôbo e Rivane Arantes (2006) defendem que a União deveria ser a única responsável pela educação indígena, pois *“isenta-se os povos indígenas das ingerências políticas do ciclo de poder local (latifundiários, madeireiros, empresários, políticos etc.), tão comum nos Estados e especialmente nos municípios onde se localizam as terras indígenas”*. Ademais, a experiência traz que a execução da educação indígena mostra a deficiente capacitação técnica e ausência de interesse político dos estados e municípios em oferecer um sistema de ensino de qualidade, que reforce a autonomia dos povos indígenas. Funcionaria, como será visto, de forma idêntica ao sistema de saúde.

Entretanto, a primeira grande mudança administrativa no sistema de educação depois da Constituição de 1988 foi o Decreto 26, de 04 de fevereiro de 1991, que transferiu ao Ministério da Educação a competência para coordenar as ações referentes à educação indígena em todos os níveis e modalidades de ensino, ouvida a Funai, a quem cabia a atribuição de oferecer a educação indígena no Brasil inteiro. Segundo o Decreto, as ações seriam daquele momento em diante desenvolvidas diretamente pelas secretarias de educação dos estados e municípios. O segundo ato a normatizar a nova configuração foi a Portaria Interministerial do Ministério da Justiça e da Educação 559, de 16 de abril de 1991, que trouxe uma série de princípios e objetivos para a nova proposta para educação indígena.

Assim que assumiu as responsabilidades de coordenar a educação indígena, o Ministério da Educação, através do Conselho Nacional de Educação Indígena (formado por representantes do governo, de organizações não-governamentais e de professores indígenas), produziu, em 1993, um documento com

as “*Diretrizes para a Política Nacional de Educação Indígena*”. No nível federal, através da Coordenação de Educação Indígena do MEC, como nos níveis estaduais e municipais, foram criados órgãos para coordenar e executar a educação escolar indígena.

Vencida a questão da competência, mais relevante é a análise das bases que devem estruturar a educação indígena. Tanto a Constituição como a Lei de Diretrizes e Bases estabelecem que a educação escolar deve respeitar a interculturalidade. Para tanto, a primeira ordem é de se transmitir o conhecimento na língua indígena e no português (art. 210, § 2º, da Constituição). Mas, tendo a autodeterminação como baliza, deve-se respeitar o direito da comunidade de não permitir o bilinguismo. Não só a comunidade deve decidir em que língua ou línguas o ensino será ministrado, mas a forma, o processo de aprendizado utilizado por cada comunidade indígena deve fazer parte do sistema de educação indígena.

A Resolução CNE/CEB nº 3, de 10 de novembro de 1999, fixa as diretrizes para o funcionamento das escolas indígenas. São as escolas indígenas unidades do sistema de educação com normas próprias, localizadas em terras indígenas e que atendem exclusivamente as comunidades indígenas. Têm calendário próprio, ministram aulas na língua indígena e têm na sua gestão a participação da comunidade. É estrutura de ensino pensada para respeitar os saberes e o processo de aprendizagem indígena. Seus professores podem ser indígenas formados na própria escola, oriundos da respectiva etnia e capacitados para a transmissão do conhecimento de seu próprio povo para seus parentes.

Para assegurar a autonomia dos povos indígenas, via o caráter participativo da educação indígena, os programas integrados de ensino e pesquisa, previstos no art. 79 da LDB, devem ser elaborados com a oitiva da comunidade indígena, e terão os seguintes objetivos:

I – fortalecer as práticas socioculturais e a língua materna de cada comunidade indígena;

II – manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas;

III – desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;

IV – elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.

Por fim, no que toca a formação de pessoal para educação indígenas, parece razoável e é prevista legalmente a contratação de professores indígenas para administrar as escolas indígenas e ministrar aulas. O caminho percorrido nesse sentido pode ser duplo, um concurso exclusivo para professores indígenas, da etnia para a qual o ensino vai ser oferecido, ou um concurso específico para professores indígenas. Ambas as propostas enfrentam discursos e entendimentos jurídicos contrários, fundamentados na tese de que os concursos públicos não podem fazer tal distinção a macular o princípio da igualdade. Mas há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a discriminação feita em edital de concurso público não se considera ilegal se o fator de *discrímen* guardar relação de pertinência lógica com a situação fática do caso concreto (RMS 16304/RJ).

Por outro lado, ao determinar que a investidura no serviço público seja realizada mediante concurso público de provas e títulos, o ordenamento jurídico respeitou o princípio da igualdade, que é princípio geral do direito, previsto inclusive em várias passagens da Constituição, destacando-se o *caput* do art. 5º.

Se todas as pessoas devem ser tratadas igualmente pelo Estado, por outro lado, a igualdade não é obstáculo para se reconheçam as diversas realidades e as desigualdades materiais das pessoas. A própria Constituição, em seu art. 37, inc. I, prevê que *os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*. Não garante a Constituição uma igualdade absoluta, mas permite à lei estabelecer requisitos que definam o perfil dos profissionais a serem contratados pela administração.

Tendo em conta a educação formal estatal ter sido um dos meios de integração dos indígenas e instrumento para modificação de suas culturas, aliado ao mandamento constitucional que exige o respeito pelas suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições, a criação de escolas indígenas e uma carreira

específica de magistério, o magistério indígena, são políticas que procuram cumprir as normas constitucionais, notadamente na conjugação dos arts. 210 e 231.

Por fim, o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei 10.172, de 09 de janeiro de 2001, coloca entre seus objetivos e metas *Instituir e regulamentar, nos sistemas estaduais de ensino, a profissionalização e reconhecimento público do magistério indígena, com a criação da categoria de professores indígenas como carreira específica do magistério.*

Não há, assim, qualquer inconstitucionalidade na instituição de um concurso em que os candidatos sejam exclusivamente indígenas. Afinal, os parâmetros constitucionais para a educação indígena e o respeito a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições exigem que o servidor faça parte primordialmente da cultura a ser retransmitida. Há valores de que, mesmo um professor não-indígena que saiba a língua indígena a ser ensinada, não compartilha. O relacionamento entre professor e aluno não seria idêntico.

Em razão do mesmo princípio da igualdade, a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, instituiu reserva de 50% das vagas nos concursos para ingresso nas instituições federais de ensino superior para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Dentro desse universo, deve-se garantir o preenchimento das vagas por indivíduos autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Antes de sua aprovação, mais de 50 instituições de ensino superior federal, e muitas instituições estaduais, já reservavam vagas definidas etnicamente sob inúmeras fórmulas.

Completando o conjunto das principais normas sobre educação indígena, o Decreto 6.861, de 27 de maio de 2009, a regulamenta. Coloca no seu art. 2º, como objetivos da educação escolar indígena, ao lado dos já previstos no art. 79 da LDB:

I - valorização das culturas dos povos indígenas e a afirmação e manutenção de sua diversidade étnica;

VI - afirmação das identidades étnicas e consideração dos projetos societários definidos de forma autônoma por cada povo indígena.

Reconhece a condição específica das escolas indígenas, por possuírem *normas próprias e diretrizes curriculares específicas, voltadas ao ensino intercultural e bilíngue ou multilíngue, gozando de prerrogativas especiais para organização das atividades escolares, respeitado o fluxo das atividades econômicas, sociais, culturais e religiosas e as especificidades de cada comunidade, independentemente do ano civil.*

Sua principal novidade, no entanto, é definir a organização da educação indígena em territórios etnoeducacionais, trazendo uma necessária adequação da divisão político-administrativa do Brasil em respeito aos povos indígenas. Os territórios etnoeducacionais são estabelecidos pelo Ministério da Educação, independentemente da divisão político-administrativa do país, e compreendendo as terras indígenas, mesmo que descontínuas, ocupadas por povos indígenas que mantêm relações intersocietárias caracterizadas por raízes sociais e históricas, políticas e econômicas, filiações linguísticas, valores e práticas culturais compartilhados. Os territórios etnoeducacionais serão as bases para se estabelecer um plano de ação, resultado do planejamento dos órgãos públicos e representantes indígenas para educação indígena, que, por sua vez, definirão o apoio técnico e financeiro da União. Por fim, o Decreto 6.861/10 trata também da formação de professores, do material didático, da alimentação escolar e da formação profissional.

Em resumo, toda legislação relativa à educação indígena prevê o respeito à cultura e à participação dos povos indígenas na formulação e execução da política de educação. Ela permite que as escolas indígenas sejam inseridas no sistema geral e, ao mesmo tempo, respeitem todas as especificidades de cada comunidade indígena, com a utilização da língua indígena, o respeito os conhecimentos tradicionais, utilização de material didático específico preparado pelos próprios

indígenas, calendário adaptado à vida indígena, tenha professores indígenas, currículo e diretrizes próprias, participação da comunidade indígena etc.

A par da previsão legal, a prática da educação indígena está longe da idealizada. As escolas indígenas são mantidas principalmente pelos pequenos municípios em que se encontram as terras indígenas. As longas distâncias, a dificuldade de acesso, o número restrito de alunos e suas especificidades trazem custos maiores e dificuldades para se oferecer educação indígena contínua e de qualidade. Os estados e municípios, liderados por uma elite política ligada a setores colonizadores e predadores dos territórios indígenas, e o pequeno poder político e eleitoral dos povos indígenas tornam a execução das políticas educacionais insensíveis aos direitos dos povos indígena, contrariando todas as regras nacionais.

São inúmeros os problemas encontrados nas escolas indígenas, sendo os principais a inadequação de sua infraestrutura, deficiência no transporte, a carência de professores, a não-universalização do ensino, principalmente do ensino fundamental, mas também no infantil, médio e superior. A falta de qualificação e o preconceito dos professores, aliada ao pouco avanço no que concerne à contratação e formação de professores, junto aos outros fatores acima descritos, traduz-se na baixa qualidade da educação oferecida. Poucas são as secretarias de educação que possuem técnicos para formular e implementar uma política municipal ou estadual de educação indígena.

Os professores, currículos e calendários parecem ser extensão do sistema geral de educação, hoje cada dia mais voltado para a realidade urbana. Nas palavras de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

a educação estatal está concebida como um reprodutor monocultural, o que causa problemas não só aos indígenas, mas também aos ciganos, às comunidades negras e mesmo às rurais, que recebem uma educação 'universal' urbana, havendo em relação aos índios o acréscimo da língua. O multiculturalismo aplicado não raro se traduz em um conteúdo universal expresso em línguas diferentes, o que também é uma imposição, talvez até mais eficiente que o colonialismo cultural (2002: 56).

Dessa forma, as comunidades e povos indígenas estão longe de serem respeitados em sua pluralidade e conquistarem a autodeterminação que lhes foi conferida legalmente, assumindo suas próprias instituições, inclusive a escola indígena¹⁴³. Esse caminhar ainda depende dos estados e municípios, pelo atual sistema, que pouco se mostram capacitados e envolvidos em proporcionar a implementação do sistema imaginado, e à pouca possibilidade de ação da União, que deixou de ser executora das ações para apenas coordenar, incentivar e financiar as novas práticas.

3.2.9 Seguridade Social

Pela definição do art. 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social é *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*. Dessa forma, serão tratados nesse item a atenção à saúde, a previdência e a assistência social em relação aos povos indígenas.

A seguridade social é de responsabilidade do poder público, ou seja, da União, dos estados e municípios, de acordo com suas competências elencadas constitucionalmente. Os objetivos do sistema de seguridade social brasileiro são listados nos incisos do parágrafo único do art. 194 da Constituição. O que importa a este trabalho é situar os povos indígenas nesse sistema, que tem como postulado básico a universalidade, ou seja, todos no país farão jus a seus benefícios, não devendo existir distinções, principalmente entre segurados urbanos e rurais (MARTINS, 2002:77), o que parece prever também a Convenção 169:

Art. 24.

Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.

¹⁴³ No mesmo sentido, conferir GRUPIONE (2006).

Outro postulado é o da seletividade, nos termos do qual a escolha das prestações se dá de acordo com as possibilidades do sistema e das necessidades dos segurados. A lei é que disporá a que pessoas os benefícios e os serviços serão estendidos. Aos índios é garantido o acesso indiscriminado aos benefícios previstos legalmente quando se enquadrarem nos critérios de distribuição, que atualmente acessam inúmeros programas sociais governamentais não-específicos.

3.2.9.1 Saúde

Após o reconhecimento e proteção das terras tradicionais, é provável que o serviço de saúde seja a política pública mais relevante para os povos indígenas. É garantia de sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, pois a alta letalidade das doenças e a dificuldade no atendimento e socorro causam aos índios mortalidade acima da média da população brasileira. As doenças e os problemas de saúde sempre foram os primeiros fatores do decréscimo das populações indígenas. Se antes as doenças pulmonares, a varíola, o sarampo e a gripe eram as mais graves, com a mudança de padrões culturais, outras doenças como a diabetes, as doenças sexualmente transmissíveis como a hepatite e a AIDS e mesmo a dependência de álcool e drogas trazem apreensão. A malária, em suas várias formas, apesar de na maioria dos casos não ser mortal, também assola muitos povos indígenas. Finalmente, as moléstias carenciais podem ser encontradas em muitos grupos que perdem seu sistema de adaptação ecológico-alimentar, têm graves problemas de alcoolismo, adotam vidas mais sedentárias e modificam seus hábitos alimentares tradicionais, o que requer atenção qualificada do sistema.

A saúde é um direito fundamental do ser humano e uma questão bastante complexa que envolve diversos fatores, tais como a educação, alimentação, meio ambiente, moradia, saneamento, trabalho, lazer, renda, acesso a bens e tratamento médico-hospitalar etc. Em quase todos os países do mundo a saúde é uma atribuição estatal, a fim de garantir um nível razoável de bem-estar social. Para a

Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas da ONU, além do acesso aos serviços gerais de um país, os povos indígenas tem direito a:

Artigo 24

1. Os povos indígenas têm direito a seus medicamentos tradicionais e a manter suas práticas de saúde, incluindo a conservação de suas plantas, animais e minerais de interesse vital do ponto de vista médico. As pessoas indígenas têm também direito ao acesso, sem qualquer discriminação, a todos os serviços sociais e de saúde.

2. Os indígenas têm o direito de usufruir, por igual, do mais alto nível possível de saúde física e mental. Os Estados tomarão as medidas que forem necessárias para alcançar progressivamente a plena realização deste direito.

A Convenção 169 trouxe mecanismos participativos na saúde dos povos indígenas:

Artigo 25

1. Os governos tomarão as medidas necessárias que garantam que serviços de saúde adequados sejam disponibilizados aos povos interessados ou que eles sejam dotados dos recursos necessários para desenvolver e presta esses serviços sob a própria responsabilidade e controle para que possam desfrutar do maior nível possível de saúde física e mental.

2. Na maior medida possível, os serviços de saúde deverão ser baseados na comunidade. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar-se-á em consideração suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como seus métodos tradicionais de prevenção, práticas curativas e medicamentos.

3. O sistema de assistência de saúde dará preferência à formação e contratação de pessoal de saúde da comunidade local e enforcará a prestação de serviços de assistência primária, mantendo, ao mesmo tempo, vínculos estreitos com outros níveis de assistência de saúde.

4. A prestação desse serviços de saúde deverá ser articulada a outras medidas sociais, econômicas e culturais adotadas no país.

No Brasil, um novo modelo de saúde pública foi previsto pela Constituição de 1988, que ainda está para ser aplicado em sua integridade:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

Como regra geral, a assistência à saúde é responsabilidade da União, dos estados, dos municípios e da sociedade (CF/88, art. 196). O sistema de saúde é organizado nas bases descritas pela Lei 8.080, de 19 setembro de 1990, instituidora do Sistema Único de Saúde – SUS.

O novo regime foi implementado especificamente aos povos indígenas por uma nova política, materializada pelo Decreto 3.156, de 27 de agosto de 1999, que também trouxe a mudança do prestador de assistência à saúde indígena, do órgão indigenista para a Fundação Nacional de Saúde – Funasa, órgão do Ministério da Saúde. A Medida Provisória 1.911-10, de 24 de setembro de 1999, foi responsável por definir as novas atribuições e por transferir toda a infraestrutura física e cargos administrativos..

A execução das ações da política de assistência à saúde dos povos indígenas foi, então, completamente reformulada, inclusive nos seus instrumentos normativos. Dias após a publicação do Decreto citado, o Congresso Nacional aprovou a Lei 9.836, de 23 de setembro de 1999, que acrescentou dispositivos que instituem o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena à Lei 8.080/90.

Pelo novo sistema, cabe à União o financiamento e execução dos serviços de saúde indígena, hoje ao encargo da Secretaria de Saúde Indígena do Ministério da Saúde, podendo os estados, municípios, organizações governamentais e não-governamentais atuar complementarmente no custeio e execução das ações. As

populações indígenas, no entanto, seguem tendo o direito de usufruir do sistema geral, o Sistema Único de Saúde – SUS, de acordo com suas necessidades, servindo como retaguarda e referência ao especial.

O art. 19-F da Lei 8.080/90 estabelece que deverá ser levada em consideração no modelo a ser adotado para a saúde indígena a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas. O modelo imaginado legalmente deve-se pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando não só os serviços médico-hospitalares, mas a assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

O Subsistema deverá ser descentralizado, hierarquizado e regionalizado (art. 19-G). Sua base primordial são os Distritos Sanitários Especiais Indígenas, os DSEIS, pensados já no art. 8º do Decreto 3.156/99, destinados ao apoio e à prestação de assistência à saúde das populações indígenas. Cada distrito é responsável pela organização dos serviços de saúde de acordo com uma divisão regional de atendimento. A Portaria Funasa 852, de 30 de setembro de 1999, criou 34 distritos sanitários especiais indígenas, estabelecendo também órgãos participativos em sua gestão. Os distritos são definidos territorialmente segundo critérios da população assistida, da área geográfica e do perfil epidemiológico, pela disponibilidade de recursos humanos e materiais e pela acessibilidade às comunidades. São descolados então dos limites territoriais dados pela divisão do Brasil em estados ou municípios, tendo em vista que a distribuição das populações indígenas não se define pelos limites artificiais.

Para o cumprimento adequado do serviço de saúde, o art. 2º do Decreto 3.156/99 estabeleceu diretrizes destinadas à promoção, proteção e recuperação da saúde do índio, com a busca do equilíbrio total das condições da vida indígena, sendo elas:

- *O desenvolvimento de esforços que contribuam para o equilíbrio da vida econômica, política e social das comunidades indígenas;*
- *A redução da mortalidade, em especial a materna e infantil;*

- *A interrupção do ciclo de doenças transmissíveis;*
- *O controle da desnutrição, da cárie dental e da doença periodontal;*
- *A restauração das condições ambientais, cuja violação se relacione diretamente com o surgimento de doenças e de outros agravos da saúde;*
- *A assistência médica e odontológica integral, prestada por instituições públicas em parceria com organizações indígenas e outras da sociedade civil;*
- *A garantia aos índios e às comunidades indígenas de acesso às ações de nível primário, secundário e terciário do Sistema Único de Saúde – SUS;*
- *A participação das comunidades indígenas envolvidas na elaboração da política de saúde indígena, de seus programas e projetos de implementação; e*
- *O reconhecimento da organização social e política, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições dos índios.*

Expressamente, complementando o respeito à organização social, costumes, religião, crenças e tradições dos povos indígenas, o *caput* do art. 2º do Decreto 3.156/99, reconheceu o valor e a complementaridade da medicina tradicional indígena¹⁴⁴.

Prevê, também, toda a legislação sobre a saúde indígena, o direito das populações indígenas de participarem na elaboração da política, dos programas e projetos de implementação. Desde o nível mais alto, o dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional, Estadual ou Municipal de Saúde (Lei 8.080/90, art. 19-H), até a previsão de que as organizações indígenas devem ser executoras das ações para seus povos. Estabeleceu o art. 8º do Decreto 3.156/99 que cada DSEI terá um Conselho Distrital de Saúde Indígena, composto de forma paritária por representantes dos índios assistidos, indicados pelas respectivas comunidades, e por representantes dos órgãos governamentais. O Conselho tem como atribuição aprovar o plano de cada distrito, avaliar a execução das ações e apreciar a prestação de contas dos órgãos envolvidos. Ainda poderão ser criados conselhos locais de saúde, compostos por representante de cada comunidade indígena. Último instrumento normativo a tratar do

¹⁴⁴ Essa complementaridade pode ser observada em *Juntos, médico e pajé evitam a amputação* (SANCHES, 2009).

controle social no subsistema de atenção à saúde indígena é a Portaria do Ministério da Saúde 755, de 18 de abril de 2012.

A possibilidade de participação dos povos e comunidades indígenas na elaboração dos programas e na execução das ações de saúde é uma possibilidade nunca prevista com tal magnitude pela legislação brasileira. E, pela relevância da questão, as comunidades indígenas são profundamente envolvidas e questionadoras do trabalho dos conselhos e distritos de saúde indígena.

Complementando o arcabouço legal que regulamenta a assistência à saúde dos povos indígenas, são dignas de menção as normas infralegais editadas pelo Ministério da Saúde. A principal delas é Portaria do Ministério da Saúde 254, de 31 de janeiro de 2002, que institui a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, que visa a aperfeiçoar o funcionamento e a adequação da capacidade do subsistema, trazendo como principal característica a descentralização dos serviços de saúde. Ao seu lado, a Portaria 70, de 20 de janeiro de 2004, aprova as diretrizes da gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena.

Com clareza, pode-se ver por toda a legislação que a saúde indígena é vista como parte de um complexo de vida, que envolve a gestão territorial, o meio ambiente, a alimentação, o saneamento básico, o atendimento por serviços específicos às comunidades. O conceito de saúde é amplo e, como foi adiantado, as possibilidades de participação são amplas e diversas, chegando-se a prever minuciosamente a possibilidade de os próprios índios serem os agentes de saúde de seus povos (agentes indígenas de saúde), devendo receber treinamento e capacitação para tal tarefa.

Entretanto, há um descompasso visível entre a normatização, que é minuciosa e bastante avançada, e a implementação da política. Mesmo com o orçamento expressivo previsto anualmente para as ações de saúde indígena, o serviço público deixa a desejar. Mas a criação e a centralização da organização e implementação do subsistema de saúde indígena na Secretaria de Saúde Indígena no Ministério da Saúde no final de 2010 representa um avanço. O caminho parece mesmo ser o aperfeiçoamento do subsistema de saúde indígena e sua implementação como disposto em toda a legislação.

3.2.9.2 Assistência Social

A assistência social é definida pela Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 como “*a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social*”. Doutrinariamente, ela é definida como “*um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado*” (MARTINS: 484). No âmbito da administração pública federal não se tem um órgão que tenha exclusividade na assistência social aos povos indígenas. A Funai desenvolve programas assistenciais que compreendem, entre outros, o desenvolvimento comunitário, o atendimento das necessidades básicas de alimentação, programas de desenvolvimento econômico, campanhas educacionais, auxílio ao esporte e lazer. Mas, a assistência aos povos indígenas não é exclusiva da União, podendo estados e municípios terem políticas voltadas para os indígenas, bem como, além da Funai, outros ministérios e órgãos da administração pública federal já executam políticas que beneficiam os povos indígenas. Destaque deve ser dado ao Programa Bolsa Família, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social - MDS, que atende as mais diversas comunidades indígenas garantindo-lhes renda mínima necessária à segurança nutricional e cidadania, e ao recente Bolsa Verde, que foi tratado no item sobre meio ambiente; aos Centros de Referência de Assistência Social - CRAS, do mesmo MDS; e à Carteira Indígena, política do MDS e do Ministério do Meio Ambiente -MMA, voltadas para o combate à fome e gestão ambiental.

O Programa Bolsa Família atinge cerca de 70 mil famílias indígenas¹⁴⁵, que compõem parcela significativa da sociodiversidade dos povos indígenas no país. A distribuição de renda baseada em critérios de renda familiar, que, por um lado, tanto beneficia famílias indígenas, por outro impõe uma

¹⁴⁵ 66.168 famílias indígenas com dados de 2010 (CARVALHO, 2011:99)

homogeneização a esses povos, que elimina as diferenças socioculturais, ao mesmo tempo em que os iguala, pela pobreza, aos demais segmentos da sociedade brasileira (CARVALHO, 2011:99). Essa política, de efeitos significativos nas comunidades indígenas, nunca foi pensada ou discutida com os povos indígenas. Outras carências e riscos sociais, que não a ausência de renda, não são solucionadas pelo Estado, que privilegia e se mobiliza para oferecer uma política massificada de transferência de renda. Não raro esses programas resultam em efeitos impensados, como a mudança da residência dos indígenas beneficiados das terras indígenas para as cidades, o que evita os constantes deslocamentos para acessar os recursos via instituições bancárias oficiais.

3.2.9.3 Previdência Social

A previdência social estabelece um sistema contributivo de proteção social, proveniente da sociedade e de seus participantes, com base na relação de trabalho, que tem o escopo de segurar os cidadãos de situações como a maternidade, nascimento, desemprego, incapacidade, invalidez, prisão, idade avançada, tempo de serviço e morte.

A previdência social é prevista nos arts. 201 e 202 da Constituição Federal de 1988, sendo parte da seguridade social e assim deve obediência aos seus princípios e regras. A previdência social é organizada sob a forma de regime geral, de filiação obrigatória, de caráter contributivo e mutualista, observados critérios que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial (CF/88, art. 201), atendendo os termos da lei.

O índio é um beneficiário da previdência social quando exerce ou exerceu atividade remunerada. Ele é considerado inscrito quando cadastrado na previdência social, sendo o contrato e a carteira de trabalho provas dessa inscrição. O Estatuto do Índio, a Lei 6.001/73, já previa que o regime geral de previdência social seria aplicado ao trabalhador indígena:

Art. 55. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

No mesmo sentido é o art. 24 da Convenção 169, que determina a extensão da seguridade social aos povos indígenas. No Brasil, a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata dos benefícios da previdência social, e o Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999, o regulamento da previdência social, trazem profundo impacto aos povos indígenas por regulamentarem a aposentadoria por idade do trabalhador rural.

Prevista no inc. I do art. 39 e no art. 143 da Lei 8.213/91, a aposentadoria por idade é devida ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, reduzidos para 60 e 55 anos para os trabalhadores rurais. A redução para a aposentadoria rural se fundamenta no trabalho mais penoso desenvolvido e na menor expectativa de vida no meio rural. O trabalhador rural empregado ou autônomo e o segurado especial podiam requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 anos, contados a partir da vigência da lei, desde que comprovassem o exercício de atividade rural no período anterior ao requerimento. O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior a dezembro de 2010 (prazo limite para concessão da aposentadoria estabelecido pela Lei 11.718, de 20 de junho de 2010), seria computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, exceto para efeito de carência (Lei 8.213/91, art. 55, § 2º).

Esse benefício foi concedido ao índio que desenvolveu atividade rural, sendo uma das provas dessa condição, não a única, a declaração da Funai sobre seu trabalho no campo. É um benefício que, apesar de individual, pois exclusivo do beneficiário, é aproveitado na maioria das vezes como um provento a ser distribuído coletivamente ou mesmo no núcleo de cada família. Traz, mesmo que de forma transversa, pois não é uma política destinada exclusivamente aos povos indígenas, uma distribuição de renda e recursos raramente vista na política indigenista. O benefício chega em dinheiro ao beneficiário final, dando-lhe autonomia para gerir e contribuindo para a diminuição da pobreza e insegurança das comunidades indígenas.

3.2.10 Conflito com a lei penal

As relações dos povos indígenas com a sociedade e o Estado brasileiro por vezes é corretamente mediada pela delimitação de espaços e direitos. Como foi visto até agora, parece bastante aceitável que os povos indígenas tenham um tratamento diferenciado, em maior ou menor grau, por muitas normas do Direito, cuja finalidade é preservar sua vida, cultura e identidade diferenciada.

No entanto, essa relação entre os diversos grupos étnicos e sociais é e sempre foi marcada por conflitos sobre diferentes questões, sendo que algumas têm intensidades e características que atraem a aplicação de normas e processos jurídicos por instituições criminais. Exatamente nesse momento o Estado revela de forma mais dramática sua incapacidade de tratar adequadamente a questão indígena.

A norma penal e as instituições criminais, a princípio, deveriam proteger os bens e valores mais relevantes de toda a sociedade. Mas, *historicamente, o processo pelo qual a burguesia tornou-se no curso do século XVIII a classe politicamente dominante foi mascarado pelo estabelecimento de um explícita, codificada e formalmente igualitária estrutura jurídica, tornada possível pela organização de um regime parlamentar representativo. Mas o desenvolvimento e a generalização de mecanismos disciplinares constituíram o outro, no lado obscuro desse processos. A forma jurídica geral que garantia um sistema de direitos que era igualitário em princípio, foi apoiado por esses mecanismos pequeninos, cotidianos e físicos, por todos os sistemas de micropoder que são essencialmente não-igualitário e assimétricos que nós chamamos as disciplinas (FOUCAULT, 1977:222).*

Em outras palavras, o sistema jurídico liberal tem o Direito Penal como instrumento disciplinador e controlador da sociedade, funcional para a manutenção das forças historicamente determinadas, que se apoderam do Estado e o integram, transformando-o no braço armado de seus interesses. O poder de controlar a vida e a liberdade dos cidadãos é a finalidade real do Direito Penal, evidentemente dirigido à opressão dos excluídos, marginalizados, desprovidos de poder. Esse

processo é mascarado na proteção da sociedade e na garantia da paz, pela escolha de condutas tipificadas e reprimidas como crime.

as fontes legitimadoras do poder punitivo e os discursos que as sustentam, evoluem, se modificam, se sofisticam, mantendo, porém, algumas constantes deles inseparáveis: o maniqueísmo que divide as pessoas entre 'boas' e 'más' e, assim, permite formar a idéia do 'criminoso' ou do 'delinqüente', visto como um 'outro', diferente e contraposto aos 'cidadãos de bem'; a idéia do crime como um fenômeno dado, estático, natural, expressão de desvios individuais; a idéia de punição, materializada na pena, como uma resposta necessária a tal desvio, variando apenas as explicações apresentadas para tal suposta necessidade (as diversas teorias que buscam uma finalidade para a pena – retribuição, prevenção geral ou especial, prevenção negativa ou positiva – encontrando seu denominador comum em tal suposta necessidade); o sistema penal como um instrumento voltado para a proteção dos indivíduos, para a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, para o fornecimento de segurança, paz, tranqüilidade.

Essas falsas idéias, que extraem sua força ideológica especialmente da satisfação proporcionada pelo encontro de indivíduos que cumpram o papel de 'bodes expiatórios', conseguem encobrir o caráter puramente político e historicamente eventual da seleção de condutas que, apresentadas como conflituosas ou socialmente negativas, são objeto da lei penal – por isso, sendo chamadas de crimes e proibidas sob a ameaça de uma pena –, encobrindo ainda a realidade de que a pena é mera manifestação de poder (KARAM, 2010:140)

O outro (aqui, no caso, o indígena, preguiçoso, caçaceiro, imprevisível e violento) é escolhido como exemplo por sua inadequação jurídica e social. Alienada de seu contexto social, fragmentada e casuística, é impossível à persecução penal perceber e compreender que determinadas condutas somente são tidas como crime em razão do conflito interétnico instaurado.

A criminalização de indígena não encontra obstáculo algum hoje no Brasil. As instituições penais (policiais, delegados de polícia, promotores e juizes) impõem uma legislação, um julgamento e um sistema punitivo (juiz de execução, penitenciárias) que desconhecem as culturas, as formas de organização e os costumes indígenas. Os indígenas são julgados com profundo preconceito, na maioria dos casos negando-lhes qualquer tratamento específico que leve em consideração as

peculiaridades sobre o conhecimento do significado da lei, os condicionamentos culturais ou o entendimento do caráter ilícito de sua conduta (CALDERÓN, 2001:128). Falta a necessária percepção e reconhecimento de que grande parte dos crimes tem como pano de fundo um conflito interétnico.

Os crimes que mais chocam e atraem atenção são aqueles que envolvem índios como autores e brancos como vítimas. A análise dos casos reflete o conflito interétnico, mas as apurações desconsideram a motivação do crime e são levadas para um caminho contrário, procurando, não a elucidação do fato, mas a identificação dos culpados. Perde-se, assim, a necessária compreensão do contexto histórico, dos atos englobados na sucessão de acontecimentos conflituais, para uma limitada visão de criminalidade.

Os indivíduos são criminalizados e os povos indígenas são atingidos por vias transversas apenas quando suas condutas afrontam o poder da sociedade brasileira. Ou seja, de todas as ações realizadas pelos índios e suas comunidades, a aplicação do Direito Penal só é verificada em relação àquelas que merecem uma disciplina e controle aos olhos dos não-índios¹⁴⁶. Já a vida dos povos indígenas e seus conflitos internos nunca foram interessantes ao ordenamento jurídico nacional e continuam sendo regulados por ordenações sociais das próprias comunidades indígenas.

Comprovam o caráter seletivo e político da aplicação do Direito Penal os quase inexistentes tipos penais destinados especificamente a proteger os povos indígenas, os raros casos em que violações contra os direitos indígenas foram punidas penalmente, a recusa sistemática das instâncias criminais (Polícia Militar e Federal, delegacias de polícia, Poder Judiciário estadual e federal¹⁴⁷) em atender os indígenas, a inexistência de legislação, doutrina jurídica ou de decisões judiciais sobre ordenamentos e sistemas de justiça indígena. Tudo isso num país que historicamente

¹⁴⁶ Em algumas questões os próprios povos indígenas, incapazes de resolver seus conflitos com suas instituições tradicionais, recorrem às instituições estatais. Na sociedade brasileira, em muitos casos, o Estado só sabe de uma ofensa penalmente reprovada quando a família ou o grupo a que pertence o ofendido leva o caso às autoridades. Não raro as instituições estatais se recusam a receber e responder adequadamente a uma demanda indígena para ação do Estado em suas relações internas.

¹⁴⁷ Recusa essa que chega frequentemente à análise dos tribunais superiores através dos conflitos negativos de competência em casos envolvendo indígenas.

abusou e abusa da violência em sua relação com os povos indígenas e que deveria ter o Direito Penal com um dos instrumentos destinados à sua proteção. Eventual exceção à impunidade, como no caso do massacre de Haximu¹⁴⁸, só reforça o caráter político do sistema.

O Estado brasileiro tem o desafio de gerar uma política criminal que seja verdadeiramente multicultural e pluralista, estabelecendo uma nova relação, não de controle e disciplina, mas de reconhecimento e promoção dos direitos indígenas que supere a desigual distribuição de criminalização¹⁴⁹. Para isso a Constituição previu o dever de respeitar a organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos territoriais dos povos indígenas.

Reconhecer a existência de outros sistemas organizacionais ou ordenações jurídicas indígenas (fundadas em normas, usos, costumes e tradições que regulam a vida social de um povo indígena) é pensar em três questões sobre essa coexistência com o Direito Penal (REYES, 2003):

- *Reconhecimento da jurisdição e direito penal indígena;*
- *Existência de uma justiça especial para indígenas;*
- *Imputabilidade ou inimputabilidade do indígena frente a sanção penal.*

Aos povos indígenas é reconhecida autonomia e autodeterminação para se organizarem socialmente sem interferência externa, o que leva ao respeito das diversas ordenações sociojurídicas indígenas. A vida nas comunidades indígenas e as ações dos indígenas sempre foram reguladas por ordenações próprias que escapam ao Direito. Muitos fatos e ações previstas como crimes pela legislação deixam de ser

¹⁴⁸ STF, RE 351487 RR.

¹⁴⁹ O projeto de novo Código Penal atualmente em discussão no Congresso melhora o tratamento do indígena (BELLOQUE et al., 2012) como se pode ler no seu artigo 36:

Art. 36. Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.

§ 1º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender ou internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor de sua conduta.

§ 2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

§ 3º Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

conhecidos pelas instituições criminais. Eles podem ou não ser caracterizados como reprováveis por cada cultura indígena e, quando conflituosos, são resolvidos pela própria comunidade, com ou sem a participação das instituições criminais. Reconhecer a ordenação dos povos indígenas, e suas formas de lidar a organização e o conflito interno, não aplicando a sanção do Direito brasileiro é a solução que adota o pluralismo jurídico.

Já o processamento e punição de um indígena pelas instituições criminais traz diferenças e conflitos de diferentes ordens sociojurídicas, que nem sempre se apresentam com total nitidez. Os valores sociais protegidos pelo Direito são bastante exclusivos da sociedade e não são compartilhados da mesma forma pelas sociedades indígenas. Por exemplo, no Brasil não é sem razão que a maioria das condenações penais, especialmente as penas de prisão, são por crimes patrimoniais ligados a substâncias entorpecentes. Patrimonialismo e aversão a uso de substâncias entorpecentes que parece não ter tanto apelo nas sociedades indígenas.

Por esses e outros motivos, é fundamental que a aplicação da justiça criminal aos indígenas atente ao reconhecimento das distintas formas de organização social, dos costumes e tradições, dos valores e da moral indígenas. Um tratamento diferenciado aos indígenas (agressores ou agredidos), seus familiares e suas comunidades, diante de um processo criminal é imperativo constitucional de proteção a suas culturas e existências como povos diferenciados.

3.2.10.1 Sistemas jurídicos penais indígenas

Pode-se afirmar que, ao reconhecer as formas de organização social (além dos costumes, línguas, crenças, tradições e direitos territoriais), a Constituição acolheu a coexistência de ordenações sociojurídicas indígenas (suas normas, autoridades e procedimentos) com o ordenamento brasileiro. Com base constitucional, as condutas e conflitos internos das populações indígenas podem ter sua resolução no âmbito de autonomia das comunidades indígenas.

Darcy Ribeiro relata exemplo no qual a aplicação do Direito Penal aos povos indígenas ganha concretude e complexidade contra a ideia fácil de que os crimes são proibições para todos os cidadãos e devem ser punidos se contrariarem essas proibições:

Há alguns anos foi preso um índio Tikuna acusado de assassinar sua mulher numa casa de civilizados. Foi espancado e mantido alguns dias na cadeia, enquanto se preparava o processo para levá-lo a julgamento, que resultaria numa condenação unânime, tal era o consenso dos civilizados sobre a 'barbaridade do crime passionai'. A certa altura, os responsáveis pelo processo souberam que os índios eram regidos por uma legislação especial, que não permitia sua prisão, senão pelo próprio SPI, e decidiram liberá-lo. Tempos depois um etnólogo, estudando aqueles índios, conseguiu esclarecer a história, à custa de grandes esforços, porque os índios, aterrorizados com os rigores da justiça civilizada, nada queriam dizer. Descobriu, primeiro, que o assassino e a vítima eram membros da mesma 'metade' e, por isto, não se podiam casar, o que excluía a hipótese de crime passionai como fora narrado, pois não se tratava de marido e mulher. Verificou depois que eram 'irmãos', segundo as regras de parentesco do grupo, o que, em vista da solidariedade interna da família, tornava muito improvável um assassinato. Por fim, descobriu que o 'crime' se dera, mas toda a comunidade considerava o matador um herói. Aos olhos da tribo ele cumpria seu dever de honra, justificando a 'irmã' na defesa dos mais sagrados princípios do grupo: ela cometera incesto clânico, o que a transformara em ameaça à paz e à segurança do próprio grupo.

Como entregar este índio à justiça comum, para aplicar-lhe dispositivos de um código de castigos feito para outra sociedade incapaz de penetrar os valores que motivaram seu comportamento? (2004:229-229)

Antes de tudo, é necessário chamar atenção para o fato de que, na maioria das sociedades indígenas, a ordenação social não é dividida/classificada em seu aspecto jurídico, muito menos suas regras, mecanismos de controle social e instituições são próximas ao que se conhece por Direito. Por isso, se a tradição do Direito separa as atividades da vida em atos jurídicos civis, públicos e penais, numa distinção artificial de campos de liberdades maiores ou menores, as sociedades indígenas, em sua grande maioria, não fazem distinção alguma dos atos e seus reflexos.

Nesse sentido, difícil restringir a aplicação dos sistemas jurídicos indígenas, pois eles são conjuntos lógicos de normas que não podem ser mutilados ou aplicados nessas ou naquelas circunstâncias (LOBO, 1996:66).

Contudo, em constante relação com o Direito brasileiro as organizações sociais das comunidades indígenas podem até absorver e introjetar certas características e procedimentos jurídicos estatais. Um exemplo são algumas comunidades que instituíram "polícias indígenas" para ostensivamente prevenir condutas inadequadas, numa imitação das instituições estatais brasileiras. O que importa é que são tantas as organizações sociais quantas comunidades forem. Cada uma delas tem um arranjo distinto.

No que toca o Direito Penal, o uso de retribuições e sanções pode existir. Mas não se imagine que outros postulados do Direito Penal, como a necessidade de regras e sanções previstas ou um procedimento para lidar com o conflito, sejam encontrados. É muito mais provável, que, para cada caso concreto, uma solução seja tomada pela comunidade.

Algumas ações ou omissões que, para o Direito brasileiro, são tipificadas como crimes podem não ser condutas reprováveis para um povo indígena. Pelo contrário, um crime para não-indígenas pode ser uma conduta exigida por determinada sociedade indígena. Outras condutas reprovadas pelo Direito são

identicamente reprovadas por diversas sociedades indígenas. No entanto, a retribuição pode ser diversa da pena, como a simples reprovação moral. Além disso, condutas previstas ou não no Direito Penal podem ser profundamente reprováveis para as sociedades indígenas, gerando retribuições mais gravosas ao ofensor. É o exemplo do rompimento das relações clânicas, a traição e o assassinato. As penas para essas ofensas mais graves são severas, como o banimento, o ostracismo, a perda de privilégios.

Se o Direito ignora o respeito ao pluralismo jurídico e a existência de formas indígenas próprias de resolução de suas ações e conflitos, é colocado em risco o direito individual do indígena e o direito coletivo de todo um povo. Ou seja, ao não respeitar o pluralismo jurídico, o Direito Penal impede que o indígena viva e se organize conforme seus costumes e tradições. A aplicação irrestrita do Direito Penal aos povos indígenas não é uma resposta satisfatória, pois impossível de ser aplicada a todos (e criando um sentimento de injustiça e perseguição daquele que foi política ou aleatoriamente escolhido para ser reprimido), além de impor a uma comunidade uma medida que não servirá como prevenção de futuros “crimes” e de não retribuir adequadamente a contrariedade social da ação¹⁵⁰.

Além do respeito aos sistemas jurídicos indígenas previstos constitucionalmente, é de profunda importância nesse aspecto outra vez a Convenção 169. Ela dispõe de várias normas sobre a convivência dos estados e de seus direitos com os povos indígenas, sem minimizar a complexidade da aceitação das particularidades do fenômeno do pluralismo jurídico e da multiculturalidade.

De acordo com o art. 8º da Convenção 169 da OIT, os métodos costumeiramente utilizados pelos povos indígenas para tratar de ofensas cometidas por seus membros deverão ser respeitados, desde que compatíveis com o ordenamento nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Ou seja, dentro de sua organização sociojurídica, os delitos interiores às sociedades indígenas são punidos conforme os costumes e tradições, não devendo o Estado sobrepor sua punição ao sistema indígena.

¹⁵⁰ Para a inadequação da aplicação do Direito Penal em certos casos de homicídios envolvendo ou perpetrados contra índios conferir Erika YAMADA e Juliana Garcia BELLOQUE (2010).

Art. 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costume e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Além disso, quando o Estado decide aplicar o Direito Penal num crime cometido por indígena, seja porque o crime foi praticado externamente à sua sociedade ou quando a comunidade quis que a ação fosse processada e julgada pelas instituições estatais, o artigo 8º no seu parágrafo 1º e o artigo 9º, especialmente preocupado com a questão penal, exigem que os costumes e direitos consuetudinários sejam levados em conta.

Art. 9º

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Nos casos de crimes praticados contra os índios e seus povos há, também, o dever das autoridades e da Justiça de levar em conta os costumes indígenas no processo criminal, o que é bastante relevante, por exemplo, no crime de genocídio.

O Estatuto do Índio já previa, antes da Convenção 169, o respeito do direito aos sistemas jurídicos, instituições, costumes e tradições dos povos indígenas e sua competência na resolução dos crimes e na aplicação de sanções penais e disciplinares. Se a Convenção determina o respeito aos direitos humanos, o Estatuto do Índio proíbe que sejam aplicadas sanções cruéis ou infamantes, vedando

expressamente a pena de morte. O que a Convenção quis banir de um modo polido, o Estatuto expressou especificamente:

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

São toleradas, num vocábulo que denotava que o Estado abre mão de seu poder (SOUZA FILHO, 1998:114), no Brasil, desde 1973, as formas indígenas de administração de justiça. No entanto, existe um limite claro à jurisdição indígena, a proibição das penas cruéis ou infamantes e a pena de morte.

Mas, apesar de toda a previsão legal, não é encontrada uma política ou decisão judicial que aceite e reconheça a aplicação das normas e costumes de algum povo indígena em detrimento do Direito Penal.

A falta de entendimentos, políticas públicas ou decisões judiciais sobre o respeito aos sistemas jurídicos indígenas deriva de uma incompatibilidade de dois mundos. Um mundo caracterizado pelos Direitos escrito, formal, com organismos competentes e que a todos alcança com seu dever de previsibilidade, e outro, de tradição oral, dotado de flexibilidade e com autoridades previstas, mas não necessárias na aplicação da norma. Essas ordenações sociais se evitam, coexistem, se complementam, não dialogam.

Algumas decisões judiciais sobre competência nos tribunais superiores em casos envolvendo indígenas tanto como réus como vítimas revelam que a Justiça brasileira desconsidera por completo as normas sobre ordenações indígenas.

3.2.10.2 Responsabilidade penal do indígena

Existe uma tremenda confusão e desconhecimento sobre a responsabilidade penal do índio no Brasil. Talvez, essa confusão deva ser atribuída ao histórico tratamento do índio como menor e relativamente incapaz da legislação civil anterior. E aos menores nunca se aplicou o Direito Penal. No entanto, o Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, anterior ao atual Código Penal, já normatizava alguns aspectos da aplicação das penas aos índios que cometessem crimes:

Capítulo VII – Dos crimes contra os índios e dos crimes por elles praticados.

Art. 206. São equiparados aos menores de que trata o art. 30 os índios nômades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoação indígena.

§ 1º O índio de qualquer das três categorias acima, que tiver praticado qualquer infração, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colônias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que o mesmo inspector parecer, comtanto que não exceda de cinco annos...(PIERANGELLI,1980:320).

A não-previsão expressa do índio e de sua responsabilidade criminal no Código Penal de 1940 foi deliberada, mas, por vias transversas, seus redatores pretenderam excluir os índios (ao menos os “não-integrados”) de imposição de penas através do art. 22 da Parte Geral. Essa intenção, como mostra Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1998: 110), revela-se na Exposição de Motivos do Código Penal:

No seio da Comissão foi proposto que se falasse de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao ‘desenvolvimento incompleto ou retardado’, e devendo-se entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde à inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados.

Na reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1982, não foi alterada a falta de previsão da imputabilidade penal do índio, contudo, no art. 26, manteve-se a redação semelhante em relação à inimputabilidade penal do agente de desenvolvimento mental incompleto ou retardado:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Como herança desse entendimento, ao se depararem com casos envolvendo índios como réus em processos criminais, muitas decisões judiciais e obras doutrinárias procuram na inimputabilidade do deficiente mental a saída para a não-responsabilidade criminal. A ideia de inimputabilidade do índio confunde e mistura o histórico tratamento do índio como menor no Direito Civil com uma analogia da incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o que poderia ensejar a aplicação por analogia do art. 46 acima citado. Contudo, eventual inculpabilidade do índio não deve residir em uma suposição de inimputabilidade.

Doutrina e jurisprudência brasileiras tiveram, em seu histórico, o intuito de proteger o indígena da aplicação do Direito Penal ao equipará-lo a um sujeito com desenvolvimento mental incompleto, quando era considerado não-integrado à sociedade, afastando a sua imputabilidade penal. Reconhece-se a intenção de proteger o índio de um evidente descompasso no entendimento de sua realidade com a imposição do ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese a esse posicionamento histórico no Direito nacional¹⁵¹, equiparar o índio como deficiente

¹⁵¹ Veja-se a explicação de Nelson Hungria (1953:324) para a ausência de expressa referência aos indígenas no Código Penal: "*não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o homo silvester, inteiramente desprovido das aquisições éticas do homo medius que a lei penal declara responsável (...) Dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivo à parte, irrestritamente*

mental é profundamente equivocado. O índio, mesmo os de pouco contato com a sociedade brasileira, sempre teve o desenvolvimento absoluto de suas faculdades mentais e condição de entender o mundo que o cerca. Pertencer a uma cultura de valores diversos não produz um indivíduo de incompleto desenvolvimento. Contudo, seus valores, seus costumes, suas regras, seus hábitos e crenças são diversos dos não-índios.

Então, os indígenas podem ser responsabilizados penalmente pelas suas ações contrárias às normas penais? A resposta não deveria ser única, pois são várias situações e para cada uma delas há uma resposta diferente. Mas, de maneira geral, o índio pode ser processado e condenado criminalmente, eis que, em nenhum momento, implícita ou expressamente, o Código Penal atual faz qualquer referência ao índio como sujeito inimputável.

3.2.10.3 Erro culturalmente condicionado

Não é respaldado pela Constituição tratar todas as ações dos indígenas que figurem nos tipos penais como crimes. As ações praticadas por indígenas devem ser questionadas frente ao condicionamento cultural que os impossibilita de compreender a norma penal e seu alcance. Ou seja, uma conduta que é penalmente reprovada, através da figura do crime e de sua punição, pode ser interiorizada na cultura indígena como ato obrigatório, um ato lícito, que reside na esfera da liberdade individual, ou mesmo um ato moralmente tolerado.

O Brasil é um país riquíssimo de exemplos de costumes indígenas que são, numa análise rasa, repudiados pelo Direito Penal, mas protegidos pela Constituição. São exemplos o uso de substâncias consideradas entorpecentes, o casamento e o sexo logo após a puberdade, até a morte em raros casos.

irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao 'desenvolvimento mental incompleto'; mas, explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando que uma expressa alusão a estes fizesse supor, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.

Ainda que não seja uma norma específica do Direito Penal, a Convenção 169 cumpre a função de interpretar a regra constitucional para sua aplicação no processamento de uma infração penal cometida pelo indígena.

Artigo 10

1. No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração.

Por força de norma internacional, com força de lei ordinária, as instituições criminais, ao se depararem com um caso concreto que envolva o índio como réu, imputado a ele um fato criminoso, podem não responsabilizá-lo criminalmente. A sua inculpabilidade deve residir na verificação concreta da internalização dos valores tutelados pela norma penal supostamente desrespeitada e, mais, na verificação da intenção deliberada de ferir o valor protegido pela norma. Assim, é necessário que o índio tenha plena consciência do caráter ilícito de sua ação e que a reprobabilidade penal também a ele atinja, aliada a sua intenção deliberada de atentar contra a norma.

É regra do Direito que o desconhecimento da lei não pode ser alegado para justificar o seu descumprimento. Não obstante, o Código Penal prevê a figura do erro como causa de exclusão ou de diminuição da responsabilidade penal.

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O Direito Penal latino-americano e sua doutrina têm enorme preocupação com a figura do erro (YRURETA, 1981; ZAFFARONI, 1982, CALDERON, 2001 entre outros). Calderón trata do erro culturalmente condicionado (2001:132), que se aplica à não-compreensão do índio sobre a ilicitude das suas ações em relação ao sistema de punição da sociedade não-índia. O erro culturalmente

condicionado, segundo o mesmo autor, tem como um de seus principais defensores Eugenio Raúl Zaffaroni, que identifica o erro de compreensão e justificação putativa. Para Ardito (1997:28, seguindo FRANCIA, 1993) melhor expressão que erro culturalmente condicionado é incompatibilidade cultural, pois afasta a ideia de que as condutas culturalmente diferentes sejam erradas, reprovadas.

O erro de compreensão se apresentaria quando a uma pessoa de outra cultura é impossível entender e aceitar uma norma proibitiva ou imperativa de uma conduta, que estabelece como ilegítima uma ação ou omissão, que, para ela, é culturalmente aceita. Existe uma dificuldade inata para a compreensão da proibição normativa. A pessoa conhece a norma, mas razões culturais impedem que ela aja de forma diferente. A consciência dissidente indica que o indivíduo tem conhecimento da proibição e da ausência de permissão legal, mas a ele não se pode exigir a sua interiorização. Por fim, o erro como justificativa putativa, nos casos em que um povo indígena vê o não-índio como inimigo, o que justifica atitudes contrárias ao Direito que antecipam a ação inimiga.

O erro de proibição, previsto no art. 21 e em seu parágrafo único, é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência brasileira. Apesar de pouco aplicado, devido a sua restritividade política, tendo em vista presunção de que a lei penal é conhecida por todos, o erro de proibição tem enorme de aplicação quando se imaginam as relações das instituições e legislação criminal com os povos indígenas. Numa estado democrático que deve respeito à autodeterminação dos povos indígenas, com a obrigação de combater o preconceito de raça, sexo, cor e etnia, o erro de proibição é instituto necessário para que o Direito Penal reconheça a organização social, os costumes, crenças e tradições dos índios brasileiros.

O erro pode ser inevitável, e, nesse caso, isenta de pena; se evitável, pode diminuí-la de um sexto a um terço (art. 21 do Código Penal). Embora o Código Penal estabeleça que a pena poderá ser diminuída, se verificado o erro evitável a pena será reduzida (DELMANTO, 1998:38), pois se trata de direito público subjetivo do réu. Por ser causa de diminuição, a pena pode ser fixada abaixo do mínimo legal cominado no tipo.

O erro de proibição deve ser aplicado, excluindo a responsabilidade penal do índio, por não conhecer ou compreender a proibição legal ou, mesmo conhecendo a proibição, por uma razão cultural, se não puder interiorizar a norma em sua conduta e evitar sua ação. No mesmo sentido René Ariel Dotti:

Diante desse universo de características peculiares, não se poderá exigir do silvícola o comportamento segundo os princípios e as regras de outro tipo de civilização e cultura para as quais é editada a lei penal. Conseqüentemente, o silvícola estará isento de pena se o fato punível por ele praticado não estiver na categoria de valores próprios de seus usos e costumes. Deve-se reconhecer em seu favor a hipótese típica do erro inevitável sobre a ilicitude do fato. (2002:422)

Evidente que o erro de proibição é o instituto penal que deverá ser analisado no caso concreto. O juiz, para utilizar o erro de proibição no julgamento do crime cometido, deverá saber se a ação praticada é consentânea com os valores culturais caros ao seu povo e se o índio tinha o conhecimento da norma penal brasileira e de sua aplicação naquele caso. Se o índio tinha conhecimento da norma penal, mas não pôde, pelo condicionamento cultural, entender ou se comportar de modo diferente¹⁵², a aplicação da pena não se deve verificar. O julgador deverá utilizar perito na cultura indígena com a finalidade de realizar um laudo antropológico-cultural que analisará a adequabilidade da conduta do indígena aos valores culturais de sua comunidade indígena.

Por outro lado, se o indígena

- *entende que sua ação é um crime e que ela é punível pela Justiça brasileira;*
- *sua cultura não lhe obriga a se comportar daquela forma;*
- *a ação foi promovida contra não-índios; ou a ação foi promovida contra indígenas que querem a intervenção da Justiça brasileira;*

ele deverá ser processado criminalmente.

¹⁵² Rezende (2009: 93) enxerga a adoção do critério de inexigibilidade de conduta diversa, prevista no art. 22 do Código Penal, como elemento da culpabilidade quando ao indígena é exigido cultural ou socialmente praticar uma ação considerada como crime pelo Direito Penal.

Não se está aqui defendendo que os crimes praticados por indígenas não devam ser punidos, mas que se deve, antes, entender a situação do crime, os valores da cultura indígena, o indivíduo e as condições para aplicação da pena. O laudo antropológico-cultural deveria ser obrigatório, pois instrumento que possibilita que os direitos constitucionais sejam aplicados como garantias fundamentais em toda sua amplitude frente à norma penal. Mais um momento que envolve o reconhecimento do pluralismo jurídico. Não existe no ordenamento jurídico previsão expressa do laudo antropológico, tão-somente a faculdade de o réu solicitar a produção de provas, entre elas a prova pericial. O juiz não pode rejeitar o pedido de confecção do laudo antropológico, pois isso impossibilitaria a sua defesa plena. No entanto, a jurisprudência (STF - HC 85.198/MA e STJ - HC 40.884/PR, HC 30.113/MA, HC 25.003/MA e HC 9.403/PA), entende que o laudo antropológico-cultural não é necessário quando o juiz pode aferir de forma inequívoca a integração do indígena.

A presunção geral e não a análise do caso concreto priva o Direito Penal de ser instrumento de justiça e reafirma sua opressão aos menos favorecidos. Julgar o índio através de uma presunção, sem analisar com profundidade o contexto social em que está inserido e seus valores culturais, é atingir o respeito ao diferente e violar o art. 231 da Constituição, ferindo mortalmente os direitos fundamentais dos índios e o próprio Estado Democrático de Direito.

3.2.10.4 Processo e execução criminal

Visto que, em alguns casos, o Direito Penal brasileiro não é o sistema mais adequado para a resolução dos conflitos presentes nas sociedades indígenas e que é dever do Estado respeitar e aceitar soluções que não as oferecidas pelo sistema oficial, bem como os casos de não-aplicação do Direito Penal ao índio, surge a necessidade da análise das situações em que o índio comete crimes e deve ser submetido ao processo criminal e à punição estatal.

É importante destacar, a princípio, que, se existem fatores e uma norma constitucional que diferenciam os povos indígenas como identidades destacadas da sociedade brasileira, o princípio constitucional da igualdade, e seu corolário da aplicação da lei penal a todos, exige um tratamento desigual de indivíduos que dele necessitam.

São garantias importantes para que os índios sejam respeitados em seus direitos, mesmo quando praticam atos contrários à lei. Mas, como os povos indígenas, em sua diversidade, possuem diferenças sociais entre si, seria contrário à Constituição criar uma fórmula geral que igualasse todos os povos, comunidades e grupos étnicos. Aplicar as garantias constitucionais ou o Direito Penal indiscriminadamente aos indígenas é uma solução que não se afigura também como justa e constitucional. A dificuldade reside justamente no tratamento diferenciado a cada caso que se coloca a julgamento da Justiça criminal.

3.2.10.4.1 Competência para julgamento de crimes envolvendo índios

Como primeira medida para efetivar o tratamento diferenciado que deve ser dado ao índio, tem-se a competência da Justiça Federal, atribuída pelo inc. XI do art. 109 da Constituição, para processar e julgar “*a disputa sobre direitos indígenas*”. Dessa forma, toda ação sobre direitos indígenas, seja ela civil ou criminal, deveria ser julgada pela Justiça Federal.

Para Cláudio Lemos Fonteles (1993:202), os precedentes do Tribunal Federal de Recursos apontavam, de modo geral, para a competência das Justiças estaduais para o julgamento dos crimes envolvendo índios por não ter a Emenda Constitucional 01/69 previsto norma diferente da usual. Contudo, nas questões envolvendo interesses da União, a competência deslocava-se para a Justiça Federal. A Constituição de 1988 enseja o reexame da matéria, pois, a combinação do inc. XI do art. 109 com o art. 231 deslocaria toda a competência dos julgamentos dos crimes praticados por ou contra índios das Justiças Estaduais para a Justiça Federal.

Roberto Lemos dos Santos Filho entende que a interpretação conjunta dos incs. I, III e IV do art. 109 da Constituição, considerando, ainda, o princípio da alteridade, conduzem à competência da Justiça Federal o julgamento de todos os casos que envolvam índios, inclusive nos casos de crimes por eles praticados (2004:92).

Entendimento semelhante pode ser encontrado em três precedentes minoritários do Supremo Tribunal Federal (STF). Em todos os casos que merecem destaque aqui os julgados reconhecem a competência da Justiça Federal para julgar todas as infrações penais cometidas por ou contra índios, principalmente os crimes contra a vida, tutelada pela União:

Habeas corpus. Homicídio. Índio. Justiça Estadual: incompetência. Art. 109-xi da Constituição Federal. Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inc. XI do art. 109 da Constituição Federal. Habeas corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso.

(HC 71.835 – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 22.11.1996)

Recurso extraordinário. Conflito de competência. Homicídio. Crime praticado contra silvícola. Competência da Justiça Federal. 1. A Constituição Federal, em seu art. 231, impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida. 2. Sendo a vida do índio tutelada pela União, é competente a Justiça Federal para julgar o feito, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por ou contra silvícolas. Recurso conhecido e provido.

(RE. 192.473 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 29.08.1997)

Recurso Extraordinário. Processo Penal. 2. Crime cometido contra índio. 3. Declinação de competência da Justiça Federal. 4. Alegada violação ao art. 109, XI, da Constituição Federal. 5. Crime de abuso de autoridade e lesões corporais praticados por policiais militares contra silvícola. Incidência do art. 109, IV e XI, da Constituição. atentado ao serviço da União em decorrência da proteção devida ao indígena. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido para

reconhecer a competência da Justiça Federal de primeira instância, no Estado de Roraima, para processar e julgar originariamente o feito.

(RE 206.608 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 17.09.1999)

Contudo, o entendimento que parece predominar no próprio STF é mais restritivo que o reconhecimento da competência geral da Justiça Federal para o julgamento dos crimes praticados por e contra índios, diferindo dos destacados precedentes jurisprudenciais. Acórdãos dos julgados nos processos HC 75.404¹⁵³, RE 263.010, HC 79.530¹⁵⁴, HC 80.496 e HC 81.827 definem a competência da Justiça Federal apenas nos casos em que estejam envolvidas disputas sobre direitos indígenas ou bens, serviços e interesses da União, de suas autarquias ou empresas públicas.

Mas uma infinidade de crimes pode ser enquadrada em disputas sobre direitos indígenas. Os crimes mais comuns que atraem a competência da Justiça Federal são os que envolvam a vida do índio¹⁵⁵ e os direitos dos índios sobre suas terras, as ações sobre a apropriação criminosa dos recursos naturais¹⁵⁶ ou processos em que a cultura indígena seja elemento fundamental. A competência da Justiça Federal sobre o julgamento das ações que versem sobre disputa por direitos indígenas foi definida pelo julgamento do HC 75.404, como todo processo que envolva os direitos previstos no art. 231 da Constituição Federal.

Parece ser um pouco diverso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, pacificada sua jurisprudência nos termos da Súmula 140.

Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

A Súmula cristalizou os entendimentos das decisões dos julgados nos processos CC 706, CC 3.910, CC 4.469, CC 5.013, CC 6.419, CC 7.624 e CC

¹⁵³ Relatado pelo Min. Maurício Corrêa, acórdão definiu a competência da Justiça Federal no caso do assassinato do índio Pataxó Galdino Jesus dos Santos, morto em Brasília num crime que chocou o país.

¹⁵⁴ Recurso que definiu em última instância a competência da Justiça Estadual para julgar o crime cometido pela liderança indígena Paulinho Paiakan.

¹⁵⁵ RE 270.379, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.06.2001, acórdão do processo criminal que apura a morte de Marçal de Souza, grande líder Guarani-Kaiowá, HC 65.912, Rel. Min. Celso Borja, DJ 24.06.1988.

¹⁵⁶ RHC 65.629, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.03.1988.

8.733. No entanto, o enunciado empobrece a infinidade de julgados do STJ¹⁵⁷, resumindo num entendimento incompleto uma das interpretações possíveis do texto constitucional presente no inc. XI do art. 109. A leitura do texto faz parecer que qualquer crime em que o indígena figure como autor ou vítima é de competência da Justiça Estadual. A interpretação literal levaria à contrariedade da Súmula 140 com o mandamento constitucional e, inclusive, com a jurisprudência do STF. Apenas por não espelhar com exatidão os julgados que a precederam e foram baseados nela¹⁵⁸, a revisão da Súmula 140 seria imperiosa. Todavia, a contrariedade da súmula com o mandamento constitucional enseja sua revogação. Ademais, sua edição é anterior à entrada em vigor da Convenção 169 da OIT, que, em seus arts. 8º, 9º, 10 e 12, traz adicional proteção aos povos indígenas no que se refere ao Direito Penal (SANTOS FILHO, 2004:96).

O engessamento dos julgamentos é outro dos efeitos da Súmula, que torna a definição da competência automática e torna o juiz refratário a contrariar um entendimento superior. Ademais, o direito sumular traz outros efeitos ao processo, como impossibilitar o conhecimento de recursos.

A definição da competência reside, assim, na definição do entendimento sobre o que seja “disputa sobre direitos indígenas”. Os julgamentos descolam qualquer relação com a base material, principalmente se o crime foi cometido ou não na terra de posse indígena. Parece pacífico que “*direitos indígenas*” sejam aqueles que envolvem o direito de toda coletividade, do povo indígena, da etnia ou da comunidade. Por essa razão, todo crime de genocídio contra os índios é da

¹⁵⁷ O próprio STJ já lapidou seu entendimento ao julgar conforme o inc. XI do art. 109 da Constituição por diversas vezes, admitindo como parâmetro para definição da competência o “*envolvimento de direitos indígenas*” (HC 33.392, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª T., DJU 02.08.2004) ou “*interesses gerais da comunidade indígena*” (CC 30.022, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 3ª Seção, DJU 01.07.2004; HC 25.003, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJU 01.12.2003; CC 37.665, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJ 14.04.2003; CC 31.134, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJU 25.03.2002; CC 29.093, Rel. Min. Felix Fischer, 3ª Seção, DJU 04.09.2000; HC 124.827, Relª. Minª. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 28.09.2009) ou “*em razão do conflito pela terra indígena*” (CC 35.489/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª Seção, DJ 12.04.2004; CC 39.389, Relª. Minª. Laurita Vaz, 3ª Seção, DJU 05.04.2004; CC 43.155, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª Seção, DJU 30.11.2005; CC 37.833/RR, Relª. Minª. Maria Thereza Moura, 3ª Seção, DJU 26.03.2007; HC 65.898, Relª. Minª. Laurita Vaz, 3ª Seção, DJU 14.05.2007) ou “*conflitos ligados à exploração de garimpos no interior de reserva indígena*” (CC 99.406/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, DJe 20.10.2010).

¹⁵⁸ Outros julgados que se coadunam com o sentido do enunciado da Súmula 140: CC 16.087, CC 17.215, CC 18.200, CC 19.687, CC 20.548, CC 20.663, CC 21.402, CC 21.794, CC 21.968, CC 30.022, CC 33.303, CC 37.665, CC 43.413, CC 45.127, CC 43.328, CC 93.120, CC 101.569).

competência da Justiça Federal. Invariavelmente estará presente em sua motivação e nas suas circunstâncias o propósito de atentar contra uma etnia¹⁵⁹. Mesmo os crimes com motivação individual podem ser julgados pela Justiça Federal, bastando que, para tal, tenham uma motivação ou circunstância que o incluam num significado de disputa por direitos indígenas. Dessa forma, um crime de homicídio cuja vítima é um líder indígena que luta pelo reconhecimento ou preservação dos recursos naturais da terra de seu povo deve ser julgado pela Justiça Federal. Pois bem, o assentado no STF em relação ao limite da disputa sobre direitos indígenas são os direitos consagrados constitucionalmente pela Constituição. Os crimes conexos aos crimes que envolvam disputas de direitos indígenas também serão processados e julgados pela Justiça Federal, nos termos dos arts. 76 e 78 do CPP, Súmula 122 do STJ e precedentes do STF (HC 70.563 e HC 65.612) (PONTES, 2010:197 e 198).

3.2.10.4.2 Providências judiciais na prisão de índios

Uma das principais garantias que todo cidadão tem é ser preso apenas em flagrante ou por ordem de um juiz. Quando forem processados ou presos, os indígenas têm o direito de serem informados sobre o que está acontecendo e o que poderá acontecer no processo. O indígena também tem direito a um defensor público que possa assisti-lo assim que for preso ou processado. Outro direito é de ser acompanhado por um intérprete que fale a língua indígena quando presta um depoimento na polícia ou na Justiça.

Geralmente, é a Polícia Militar, que faz o chamado policiamento preventivo e ostensivo, ou seja, aquele que percorre as ruas e atende aos chamados, que prende as pessoas em flagrante. Depois que a pessoa é presa, a Polícia Militar a encaminha para a delegacia de polícia. Aqui a delegacia pode ser da Polícia Civil ou da Polícia Federal, dependendo do tipo de crime verificado. A prisão resultante de uma investigação será feita pela Polícia Civil ou Federal.

¹⁵⁹ Vide RE 179.485, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 10.11.95, e REsp. 222.653/RR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª T., DJ 30.10.2000, o último referente ao crime de genocídio do povo Yanomami conhecido como massacre de Haximu.

A grande maioria das ocorrências policiais é encaminhada à Polícia Civil, como nos casos de violência doméstica, brigas, furtos e roubos, tráfico de drogas, assassinatos. Poucos os casos devem ser encaminhados à Polícia Federal, como aqueles ligados a invasões da terra indígena, atentado ou assassinato de líderes indígenas e crimes de racismo.

Instaurado o inquérito através da *noticia criminis*, e sobrevivendo a prisão em flagrante, ou a decretação da provisória, o juízo processante deve soltar o índio preso, que, se não deve permanecer encarcerado após a condenação, com muito mais razão se deve mantê-lo em semiliberdade antes dela (GUIMARÃES, 2006). É a analogia que se faz do parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio:

Art. 56.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

O regime semiaberto é, segundo o § 1º do art. 33 do Código Penal, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. O art. 35 descreve as atividades do regime semiaberto (equivalentes à semiliberdade descrita no Estatuto) prescrevendo ao condenado a sujeição ao trabalho em comum durante o período diurno. É admitido, também, o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Como essa realidade só existe em alguns lugares do país, há uma incompatibilidade do previsto na norma com o encontrado na realidade, que se resolve a favor do preso, já que o agravamento do regime previsto em lei é flagrante ilegalidade. Entretanto, a aplicação dessa fórmula é bastante pendular nas diversas instâncias do Poder Judiciário, que, na maioria das oportunidades, nega o dispositivo legal (STJ HC 11.862/PA TRF 1ª Região HC 2007.01.00.027732-6/RO, TRF 5ª Região ACR5818/PE, TJMS ACR 21762 MS 2008.021762-3), apenas algumas vezes o aceitando (STF HC 85.198/MA, STJ HC 124.622/PE).

3.2.10.4.3 Laudo antropológico e tradução

O laudo antropológico é o instrumento técnico que é colocado à disposição do juiz para aferir, através de estudo antropológico, a organização social, as instituições, os costumes, as tradições e os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. Auxilia no julgamento da compreensão do índio sobre o caráter ilícito de sua ação, bem como o situa no complexo de relações sociais que definem sua conduta. É importantíssimo para se decidir sobre a figura do erro sobre a ilicitude do fato ou da inexigibilidade de conduta diversa, que exclui a responsabilidade penal, como foi visto.

Inúmeros julgados dos tribunais brasileiros reconhecem a validade do laudo antropológico no processo penal. Contudo, a grande maioria da jurisprudência dispensa o laudo quando o juiz de plano evidencia que o índio processado criminalmente é “integrado”, numa classificação revogada pela Constituição. O entendimento do idioma nacional, alguma escolaridade, a convivência com a sociedade nacional ou o direito de votar fazem presunção de responsabilidade criminal na visão de inúmeros julgados.

Considerar por aspectos externos de fácil apreensão que o índio é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento faz parte da arrogância dos operadores do direito, e do julgador, que reputa ter ciência bastante para julgar sem auxílio especializado. Privilegia-se a formalidade em detrimento da complexidade da vida quando se olha para aspectos como o grau de escolaridade, possuir título de eleitor ou carteira de habilitação etc. O índio pode mostrar-se externamente apto a todos os atos da vida, mas, internamente, não possuir o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendendo a ilicitude, não poder agir diferentemente por sua cultura assim exigir. No caso de lideranças indígenas, que são os índios de maior destaque e contato com a sociedade, essa realidade é mais amarga. Ele representa sua comunidade e carrega a defesa de sua cultura e de seu povo, sem poder contrariá-los,

mesmo que sua ação seja ilícita ao modo do Direito Penal e sua criminalização corra como se "*integrado*" fosse.

Não poderia o juiz deixar de reconhecer que existe um aparato jurídico-constitucional que protege a cultura, os costumes, a tradição, as crenças, as línguas e as instituições indígenas, possibilitando um julgamento peculiar que respeite estas questões. O indígena sempre será um cidadão diferenciado, que merece respeito pela sua representatividade como integrante de um povo único, que representa uma minoria cultural e política, merecendo proteção especial. A obrigatoriedade da realização do laudo antropológico deveria ser expressa na legislação protetiva a fim de evitar qualquer discussão. Previsão essa que é encontrada em outros países da América do Sul, como norma do Código de Processo Penal boliviano, em seu art. 393, que determina que “o perito elaborará um laudo que permita conhecer com maior profundidade os padrões de comportamento referenciais do imputado aos efeitos de fundamentar, atenuar ou extinguir sua responsabilidade penal”.

O mesmo raciocínio deve valer também para a necessidade do indígena, réu, vítima ou testemunha, contar com um intérprete para traduzir a comunicação nos atos e audiências do inquérito e processo penal. O indígena que tem como sua língua primeira a língua indígena e não o português tem uma dificuldade de entendimento, expressão e comunicação inata. Por mais fluente que se seja numa língua, existe todo um mundo de códigos e regras linguísticas e culturais que colocam extremas dificuldades na comunicação. O indígena, mesmo fluente no idioma português, tem o direito de contar com intérprete, previsto no art. 193 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, combinado com a proteção às línguas indígenas pelo art. 231 da Constituição.

3.2.10.4 Atenuação

Processado criminalmente e condenado, o índio tem o direito de ver sua pena atenuada:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

O artigo prevê de forma clara um benefício ao índio que vier a ser condenado, a atenuação de sua pena, num evidente tratamento diferenciado (SOUZA FILHO, 1998:113). A discriminação positiva é dificilmente aceita pelos juízes e tribunais, o que evoca uma evidente crítica por parte de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Não é este o entendimento dos Tribunais, como veremos adiante, nem de alguns comentaristas que procuram minorar este dispositivo de tal forma que o transformam em letra morta para o sistema jurídico nacional (...) Raro desvelo do Direito, quando a lei garante uma regalia a um índio, que mesmo que se trate de uma mínima melhoria na aplicação da pena, que significa uma diminuição, ou facilitação na execução, há imediatamente o intérprete e o julgador para dizer que a lei não quis dizer isto, que aquela regalia é um equívoco que não pode ser aplicada. (1998:113)

Pelo parágrafo único do art. 56, as penas deveriam ser cumpridas no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado. Essa é, no entanto, uma norma vista pela maioria do Judiciário como não-obrigatória, eis que presente no texto a expressão “se possível”, abrindo uma grande discricionariedade ao juiz na aplicação da pena. Não parece ser esse o entendimento mais atual do STF, que recepciona completamente o regime de semiliberdade como um direito do índio condenado criminalmente:

Habeas corpus. Crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma praticados por índio. Laudo antropológico. Desnecessidade. Atenuação da pena e regime de semiliberdade. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de

fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. 2. Atenuação da pena (art. 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do art. 56 da Lei 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte.

(STF – HC 85.198/MA – Rel. Min. Eros Grau – 1ª T. – DJU 09.12.2005 – RJP, v. 2, n. 8, 2006)

Essa interpretação encontra dois outros precedentes. O primeiro, no mesmo sentido e consubstanciada na decisão do HC 62.327/PB¹⁶⁰, o segundo reconhecendo que a questão se situa no âmbito de decisão do juiz de execuções criminais¹⁶¹.

Mais restritivo em questões penais, o Superior Tribunal de Justiça havia registrado o entendimento de que, por força mesmo do disposto no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, ou seja, nos casos de crime hediondo ou equiparado, o parágrafo único do art. 56 da Lei 6.001/73 não deveria ser aplicado, pois impossível a progressão de regime e o cumprimento em regime outro que não fechado¹⁶². Todavia, esse posicionamento deveria ser revisto, pois o STF no HC 82.959/SP julgou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei dos Crimes Hediondos, que veda a progressão de regime, tendo em vista o princípio da individualização da pena, inscrito no inc. XLVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Em outros julgados (por exemplo nos HC 124.622 e HC 55.792), o STJ reconhece a possibilidade do regime de semiliberdade do art. 56 do Estatuto do Índio.

A norma contida no art. 56 diz que o índio condenado ao regime de semiliberdade deve cumprir a pena na comunidade indígena mais próxima da Funai. Seria um total descabimento uma interpretação que levasse ao entendimento de que o órgão indigenista tivesse papel de vigia e de executor da punição, possuindo

¹⁶⁰ Rel. Min. Djaci Falcão, 2ª T., DJ 19.12.1984, RTJ v. 112, p. 1.080.

¹⁶¹ RE 100.319/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, 2ª T., DJ 15.06.1984.

¹⁶² REsp. 555.151/RS, HC 30.113/MA, HC 22.834/MA, HC 11.862/PA.

estabelecimento para recolher o índio condenado, o que outrora já aconteceu. O índio deve cumprir a pena numa prisão domiciliar, numa restrição à sua liberdade de ir e vir que não inclui a segregação de seus pares.

3.2.10.4.5 Penas alternativas à prisão

Questão que se coloca fundamental hoje no Direito Penal brasileiro é a falência da pena privativa de liberdade como medida de prevenção e resposta única e eficaz ao cometimento dos mais diversos delitos. A história do Direito Penal é de contínua abolição da pena que ofende a dignidade do ser humano. Não são hoje admitidas no Brasil, a pena de morte, a prisão perpétua, a violência física, a pena cruel ou infamante. A prisão deveria ser medida excepcional, pois segrega o indivíduo, tirando-lhe a liberdade, a família, o emprego e a possibilidade de aprender com seus próprios pares as regras sociais.

Junte-se a isso a realidade carcerária brasileira e a submissão do detento a condições indignas. Superlotação, insalubridade, indiferente convivência entre presos mais ou menos perigosos, organizações criminosas, ausência de lazer e trabalho tornam a pena privativa de liberdade não uma solução para prevenção de crimes, mas sua fomentadora.

A pena restritiva de liberdade, pelas razões expostas, se aplicada ao índio (nos casos em que ele pode ser processado criminalmente), atinge frontalmente o mandamento de respeito ao indivíduo e à cultura dos povos indígenas, pois não há qualquer adequação de sua aplicação aos valores específicos de cada comunidade. A fim de minorar essa incompatibilidade entre a pena de prisão e a proteção ao índio e sua cultura, o Estatuto do Índio, no parágrafo único do art. 56, recusa que ele cumpra a pena de reclusão e detenção à qual foi condenado em estabelecimento prisional.

Norma prevista na Convenção 169 da OIT repudia a prisão como medida preventiva ou punitiva imediata de crime praticado pelo índio:

Art. 10.

2. *Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.*

O Direito Penal moderno criou uma série de penas alternativas à prisão como a pena de multa, o perdimento de bens, a restritiva de direitos e a prestação de serviços à comunidade. Essas penas são mais adequadas aos delitos de menor gravidade, pois exercem efeito didático e moralizador com maior eficácia que a pena de prisão. Como já foi dito, os próprios sistemas de repressão a condutas socialmente indesejadas dos povos indígenas mostram que as penas restritivas de prisão não são sempre o meio mais adequado de prevenção e reparação.

A Constituição estabeleceu no inc. XLVI do art. 5º um rol de penas que podem ser utilizadas pelo legislador penal infraconstitucional:

- *Privação ou restrição da liberdade;*
- *Perda de bens;*
- *Multa;*
- *Prestação social alternativa;*
- *Suspensão ou interdição de direitos.*

As penas alternativas à prisão não afastam o indígena da sua comunidade, de sua família e de seu trabalho, possibilitando uma melhor readaptação de sua conduta. Contudo, sua aplicação massificada ainda encontra muita resistência ideológica no seio do Poder Judiciário, também pela falta de estrutura adequada para seu cumprimento e verificação por parte do Estado. Cabe ao juiz aplicar a pena restritiva de direitos, substituta à pena de prisão, adequando-a às realidades e à cultura da comunidade indígena. Poder-se-ia até pensar em delegar à própria comunidade a escolha de qual seria a pena mais adequada ao condenado.

Sem dúvida, a restrição da liberdade não faz parte da maioria das culturas e tradições indígenas. A prestação de serviços à comunidade, a perda de bens e a limitação de direitos podem encontrar respaldo nas ordenações sociojurídicas indígenas e devem ser aplicadas com maior intensidade.

4 É plural o Estado brasileiro?

No capítulo anterior foi visto como o pluralismo jurídico é incorporado nas normas internacionais e nacionais e pela jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre os povos indígenas. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e, principalmente, no ordenamento brasileiro, a Constituição Federal de 1988, levam a pensar no Estado brasileiro como um país que respeita e reconhece a pluralidade de organizações sociais e jurídicas dos povos indígenas.

Um estado multicultural e pluralista incorpora no ordenamento jurídico normas que partem do reconhecimento da diferença e, em consequência, valores e princípios que tendem à defesa da diversidade e assinalam direitos especiais aos grupos culturalmente diversos (BOTERO MARINO, 2003: 58). Sob esse conceito e tendo em vista o trabalho desenvolvido no capítulo anterior, é possível dizer que o Estado brasileiro é pluriétnico?

Para além das previsões constitucionais, legais e jurisprudenciais sobre o respeito e reconhecimento da diversidade étnica e da pluralidade de ordenações sociojurídicas, é necessário saber se e como elas são implementadas pelo Estado brasileiro. Dentre as várias análises possíveis, a que parece mais próxima de um trabalho jurídico/político é a de contextualizar a norma constitucional, toda a legislação brasileira e as decisões judiciais com os compromissos políticos dos governos, a construção e execução das políticas públicas, as decisões dos tribunais superiores e das justiças de primeira instância, o embate político e a ação do Poder Legislativo e, sobretudo, as lutas e reivindicações dos povos indígenas. Ou seja, realizar um trabalho que mistura direito, história e política indigenista. Trabalho que já foi percorrido por inúmeras obras que descrevem a política indigenista no Brasil e que remontam ao início da colonização. Por essa razão, importante é estabelecer um recorte temporal na análise que será limitada aos últimos dez anos, que coincidem com

os dois mandatos de presidente da república de Luiz Inácio Lula da Silva e os dois primeiros anos de governo de Dilma Rousseff.

4.1 Política indigenista no Brasil contemporâneo

A análise da política indigenista brasileira enfatizará os últimos dez anos, que coincidem com os dois mandatos de presidente da república de Luiz Inácio Lula da Silva e os dois primeiros anos de governo de Dilma Rousseff.

Esse período é importante de ser estudado por variadas razões. No plano político, foi a primeira vez na democracia pós-Constituição de 1988 que um partido de esquerda teve seu candidato eleito presidente da República. Luiz Inácio Lula da Silva, Lula como é chamado por todos os brasileiros, é o primeiro presidente nascido pobre, nordestino, migrante e operário. Sua candidatura foi apoiada por uma coligação de partidos de esquerda e de movimentos sociais, particularmente pela maioria do movimento indígena.

Ainda na política, sob um enfoque ideológico, o Brasil deixa de seguir as políticas neoliberais, com um grande reflexo na organização e composição do Estado. O Estado, em todos os níveis, mas principalmente a União, retoma muitas atribuições perdidas nas décadas passadas e se equipa e aparelha para desempenhar suas funções. A maior e mais difícil mudança se dá no campo econômico. O país custa a se desvencilhar totalmente das políticas liberais no primeiro mandato e quando o faz, através do investimento público e privado, é premiado com crescimento econômico.

No que interessa ao trabalho, nesse período a política indigenista brasileira caminhou para a consolidação das conquistas trazidas pela Constituição de 1988. No entanto, a dinâmica da retomada do desenvolvimento econômico, calcada em grande parte no incremento da produção agrícola, energética e mineral, recolocou enormes problemas e desafios aos povos indígenas.

4.1.1 A política indigenista no primeiro mandato do governo Lula

Retornando a 2002, a candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva tinha o apoio de diversas forças à esquerda do cenário político e expressava o anseio da população por mudanças. O Partido dos Trabalhadores - PT, cujo candidato a presidente da República era Lula, teve sua história ligada ao sindicalismo, à Igreja Católica e aos movimentos sociais. Sua plataforma política se comprometia com a distribuição de renda, criação de empregos, reforma agrária, conservação do meio ambiente e reconhecimento de direitos dos diversos grupos marginalizados socialmente.

Sob esse prisma, os povos indígenas acreditavam que Lula quando presidente seria partidário de suas lutas e reivindicações. Havia uma esperança de que fosse implementada uma política de assistência diferenciada eficaz e de que as questões fundiárias seriam enfrentadas, com a demarcação de muitas terras indígenas e a desintrusão dos ocupantes das terras já demarcadas.

A candidatura Lula apresentou o programa de governo de sua coligação (PT, PC do B, PL, PMN e PCB) aos povos indígenas com o caderno temático "Compromisso com os Povos Indígenas", lançado às vésperas do primeiro turno da eleição presidencial de 2002. O programa de governo do PT propunha em linhas gerais a agilização das demarcações de terras indígenas, a criação de um Conselho de Política Indigenista e a participação das organizações indígenas e de apoio aos índios nas decisões de governo.

Já eleito e antes mesmo de iniciado o governo a indicação da Senadora da República Marina Silva ao cargo de ministra do Meio Ambiente era a novidade esperada que ia ao encontro das esperanças de um novo governo democrático e popular, formado por lideranças vindas e comprometidas com os povos da floresta. Maior surpresa foi a nomeação do cantor Gilberto Gil para ministro da Cultura. Dois ministérios que tinham e continuam a ter interfaces com a questão indígena. A

nomeação de Cristovam Buarque como ministro da Educação, Humberto Costa como ministro da Saúde e de Márcio Thomaz Bastos como ministro da Justiça completavam as indicações do primeiro escalão responsáveis pelas ações de política indigenista.

No início do governo, entidades indigenistas ou indígenas apresentaram documentos com sugestões para a nova política indigenista do governo Lula¹⁶³. A Associação Brasileira de Antropologia e o Conselho Indigenista Missionário - CIMI, entidade ligada à Igreja Católica, apresentaram suas propostas. As principais organizações indígenas nacionais apresentaram o documento final do encontro que reuniu a Confederação Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira - Coiab, a Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo - APOINME e o Laboratório de Pesquisa em Etnicidade, Cultura e Desenvolvimento - Laced/Museu Nacional - UFRJ. Outra proposta apresentada para o novo governo foi fruto da VII Assembleia Geral da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro - Foirn.

Todas as manifestações acima pareciam diagnosticar a enorme conquista do texto da Constituição de 1988; a falta de empenho político do governo anterior em aprovar a proposta de um novo estatuto dos povos indígenas; que as reformas administrativas havidas fragmentaram e desarticularam as ações indigenistas em diversos ministérios e órgãos públicos; a severa redução de recursos humanos e materiais da Funai. Em resposta a essa situação, sugeriam maior interlocução com os povos indígenas; que fossem concebidas ações governamentais que respeitassem as especificidades locais e culturais dos povos indígenas; medidas como a aprovação do estatuto dos povos indígenas e a criação de um conselho sobre política indigenista; a completa reformulação da Funai; a demarcação de diversas terras indígenas; ações do Ministério da Educação para apoiar o ensino indígena; e a continuidade da implementação e a melhoria dos distritos de saúde indígena. Dois casos urgentes se destacavam na pauta: o garimpo de diamantes na Terra Indígena Roosevelt, dos índios Cinta-Larga (MT/RO), e a homologação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol (RR) (ISA, 2003b).

¹⁶³ Para as propostas e discussões para política indigenista no início do governo Lula ver ISA (2003a).

As nomeações dos titulares dos cargos em comissão relativos à execução da política indigenista completaram a estrutura de poder dos órgãos que a controlavam. O primeiro presidente da Fundação Nacional do Índio do governo Lula, o jornalista Eduardo Almeida, foi indicado ao Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos pela Secretaria dos Movimentos Populares do Partido dos Trabalhadores (PT). O Conselho Indigenista Missionário (CIMI) apoiou a indicação do novo presidente e de Cláudio Beirão para ocupar uma assessoria especializada na questão indígena no Ministério da Justiça. Na Fundação Nacional de Saúde, então responsável pela atenção à saúde indígena, Ubiratan Pedrosa Moreira, que havia liderado a atuação do Ministério da Saúde nessa área desde 1999, foi confirmado no cargo. No Ministério da Educação, foi nomeado Kleber Matos para a Coordenação Geral de Apoio às Escolas Indígenas - CGAEI (ISA, 2003c).

Nos estados com populações indígenas numerosas, foram eleitos como governadores: no Mato Grosso, o empresário do agronegócio Blairo Maggi (Partido Popular Socialista - PPS); no Mato Grosso do Sul, reeleito o sindicalista Zeca do PT; no Amazonas, o engenheiro Eduardo Braga (Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB); no Acre, o engenheiro florestal Jorge Viana (PT); em Rondônia, o fazendeiro e empresário Ivo Cassol (Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB); em Roraima, Flamarion Portela (Partido Social Liberal - PSL, filiando-se após a eleição ao PT), substituído, em 2004, por Ottomar Pinto (Partido Trabalhista Brasileiro - PTB); no Pará, o economista Simão Jatene (PSDB); e, no Amapá, Wáldez Góes (Partido Democrático Trabalhista - PDT).

Uma das primeiras manifestações do novo governo federal, nesse campo, foi feita pelo ministro Nilmário Miranda, da Secretaria Especial de Direitos Humanos¹⁶⁴, que pretendia rever o Decreto 4.412/02, assinado no final do Governo anterior, sobre a presença das Forças Armadas e polícias em terras indígenas, de forma a contemplar as reivindicações dos povos indígenas (ISA, 2003d), discussão que gerou a edição de duas portarias, como se verá adiante. Já em fevereiro de 2003

¹⁶⁴ Criada no Governo de Fernando Henrique Cardoso e, em 2003, alçada ao status de ministério vinculado diretamente à Presidência da República.

oito terras indígenas foram homologadas, o que demonstrava o compromisso do governo federal com o reconhecimento dos territórios indígenas:

- *Guató (MS), com 10.984 ha, dos povo Guató;*
- *Kwazá do Rio São Pedro (RO), com 16.799 ha, do povo Kwazá;*
- *Nonoai/Rio da Várzea (RS) com 16.415 ha, do povo Kaingang;*
- *Paumari do Lago Maranhão - também conhecido como Marahã (AM), com 118.766 ha, do povo Paumari;*
- *Jaminawa/Envira (AC), com 80.618 ha, dos povos Kulina e Ashaninka;*
- *Boa Vista (AM), com 337 ha, do povo Mura;*
- *Limão Verde (MS), com 16.799 ha, do povo Terena;*
- *Varzinha (RS), com 776 ha, do povo Guarani M'bya'. (ISA, 2003e)*

As mortes de lideranças indígenas nos primeiros meses de 2003 revelavam o lado violento do conflito pela posse de terras indígenas. Aldo da Silva Mota, Macuxi, foi assassinado no contexto do conflito sobre a fazenda Retiro, vizinha à Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, na época ainda não homologada. Marcos Verón, líder Guarani-Kaiowá, foi assassinado em janeiro por funcionários da fazenda Brasília do Sul, município de Juti (MS). Em fevereiro, mais duas outras mortes, um índio Xukuru e outro Aticum, resultado de conflitos entre indígenas que buscavam a desintrusão da Terra Indígena Xukuru, no município de Pesqueira (PE).

As nomeações e nova política federal para o ensino indígena, sob responsabilidade do Ministério da Educação, foram muito bem recebidas pelas organizações indígenas e indigenistas¹⁶⁵. No entanto, a situação era de descaso no atendimento às escolas indígenas e de ausência ou precariedade nos programas de formação de professores indígenas na maioria dos estados brasileiros. Havia 1.392 escolas, 93 mil alunos e 3.059 professores indígenas, além de outros 939 professores não-índios. Desse total, apenas 1,5% dos professores indígenas haviam completado o ensino superior e, 17,6%, o ensino médio com magistério. Em relação aos alunos,

¹⁶⁵ Ver, por exemplo, carta da Rede de cooperação alternativa ao MEC.

81% cursavam o ensino fundamental (ISA, 2003f). As prioridades apontadas pelos próprios povos indígenas para enfrentar esse quadro eram: a formação inicial e continuada dos professores indígenas, a produção de materiais didáticos específicos e a melhora das infraestruturas relacionadas à educação indígena.

Novamente em abril, dias antes do celebrado dia do índio, mais oito terras indígenas foram demarcadas pelo governo federal:

- *Paumari do Lago Manissuã (AM), com 22.970 hectares ha, do povo Paumari. (Decreto “retifica” Decreto anterior, no qual a TI tinha 11.230 ha);*
- *Padre (AM), com 797 ha, do povo Mura. (Decreto “altera” Decreto anterior, no qual a TI tinha 391 ha);*
- *Apipica (AM), com 652 ha, do povo Mura;*
- *Córrego João Pereira (CE), com 3.162 ha, do povo Tremembé;*
- *Fortaleza do Castanho (AM), com 2.756 ha, do povo Mura;*
- *Itaitinga (AM), com 135 ha do povo Mura;*
- *Xakriabá Rancharia (MG), com 6.798 ha, do povo Xakriabá;*
- *Mbiguaçu (SC), com 59 ha, do povo Guarani M'bya e Nhandeva;*
- *Patauí (AM), com 615 ha, do povo Mura. (ISA, 2003g)*

Mas, apesar da demonstração do compromisso em reconhecer territórios dos povos indígenas, o governo federal incluiu no trâmite dos processos administrativos o Conselho de Defesa Nacional. Por esse motivo e numa campanha para demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o governo começou a ser duramente criticado pelas lideranças indígenas, inclusive com peticionamento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, feito por organizações indigenistas¹⁶⁶, e pela recém-criada frente parlamentar em defesa dos povos indígenas. A Terra Indígena Moskow (localizada no município de Bonfim - RR, de

¹⁶⁶ Inclusive pelo próprio Conselho Indigenista da Funai, presidido por Eduardo Almeida, também presidente da Funai, pela carta Carta n.º 089/2003/CI-Funai, de 24 de abril de 2003.

14.202 hectares e destinada ao povo Wapichana) e a Terra Indígena Boqueirão, (localizada no município de Alto Alegre - RR, de 16.354 hectares e destinadas aos povos Makuxi e Wapichana), foram, em maio/junho de 2003, as primeiras homologações a passar pelo Conselho de Defesa Nacional. Ainda em junho de 2003 o governo federal fecha o semestre com um grande avanço no reconhecimento de terras indígenas, faltando apenas a Raposa Serra do Sol para ser homologada:

- *Jacamim (RR), 193.380 hectares, dos povos Wapixana, Makuxi, Jaricuna e Aturaiu;*
- *Wai-Wai (RR), 405.698 hectares, do povo Wai-Wai;*
- *Muriru (RR), 5.555 hectares, do povo Wapixana;*
- *Badjoukôre (PA), 221.981 hectares, do povo Kayapó;*
- *Cuiu Cuiu (AM), 36.450 hectares, do povo Miranha.*

Mas, todas essas homologações eram processos iniciados no governo anterior. Não havia ainda nenhuma portaria do ministro da Justiça que reconhecesse os limites de novas áreas e determinasse sua futura demarcação física.

A maior novidade legislativa desde a Constituição de 1988 foi a entrada em vigor da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho das Nações Unidas no Brasil, em 25 de julho de 2003, um ano após o registro de sua ratificação pelo Brasil. Merece destaque, ainda no primeiro semestre de 2003, a Portaria 20/2003 do Estado-Maior do Exército brasileiro, e, no segundo semestre, a Portaria 983/DPE/SPEAI/MD/2003, frutos do diálogo entre Forças Armadas e povos indígenas, que procuraram um caminho razoável para a execução do Decreto 4.412/02.

A Funai, principal órgão de atuação da política indigenista, iniciava o governo em situação desoladora. Herdeira de um orçamento inexpressivo para suas funções, com um quadro de pessoal (cerca de dois mil servidores) que só decrescia há mais de dezesseis anos, junto com sua qualificação, ainda teve a redução expressiva de seus cargos de livre indicação, redistribuídos para outros órgãos.

O primeiro presidente indicado para comandar o órgão sentiu as consequências dessas mudanças e teve muitas dificuldades para exercer seu papel. A alta expectativa de guinada na política indigenista e a redução da estrutura no início do governo geraram frustrações e embates entre as representações indígenas e a direção do órgão indigenista, que, também por inexperiência, não conseguiu responder adequadamente às pressões, o que resultou na demissão de seu presidente em agosto de 2003.

Da curta passagem do presidente Eduardo Almeida pela Funai ficaram as ideias do Conselho Superior Indigenista, de uma conferência de política indigenista¹⁶⁷ e da determinação do critério da autoidentificação como instrumento fundamental para o reconhecimento de grupos indígenas (RICARDO, 2006:118). Ainda, respondendo a reivindicações territoriais, Eduardo Almeida criou grupos de trabalho para identificar dezessete novas terras indígenas e reestudar os limites de outras dez. Ubiratan Pedrosa Moreira também permaneceu pouco no governo, tendo sido exonerado em maio de 2003.

A crise de confiança que continuava a atingir a Funai reforçou o movimento pela descentralização da execução da política indigenista no governo federal. Desde o Governo Collor, a Funai já não centralizava a execução das ações indigenistas, mas ainda possuía um papel mais do que simbólico na condução da política indigenista brasileira. Com a criação do Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome e da Secretaria Especial de Direitos Humanos e com o maior protagonismo do Ministério do Meio Ambiente com a liderança de Marina Silva, novos projetos voltados aos povos indígenas foram criados e ainda mais pulverizada se tornou a política indigenista.

Aberta a sucessão na Funai, as associações nacionais representativas dos povos indígenas, como a COIAB e APOINME e o Conselho de Caciques do Sul¹⁶⁸, apoiaram Antônio Apurinã, servidor indígena e diretor de assistência da Funai,

¹⁶⁷ Sobre a preparação da conferência de política indigenista, ver ISA (2003h)

¹⁶⁸ Cobrando do governo o atendimento das demandas dos povos indígenas do país e manifestando o apoio a Antônio Apurinã as entidades citadas lançaram uma campanha nacional e internacional em defesa dos direitos indígenas.

militante do PCdoB e terceiro suplente da senadora Marina Silva, para ser o primeiro presidente indígena da Funai¹⁶⁹.

Contudo, a indicação do Ministro Márcio Tomaz Bastos recaiu sobre o antropólogo e professor universitário Mércio Pereira Gomes. Outrora ligado a Darcy Ribeiro e Leonel Brizola, Mércio era filiado ao PPS, partido da base aliada do governo Lula. Sua nomeação e sua gestão enfrentaram resistências dentro do PT, principalmente dos ministros mais próximos ao presidente Lula, como o Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu, e os ministros Luiz Dulci e Luiz Gushiken. Por sua autonomia em relação às ONGs indigenistas e indígenas, Mércio Gomes foi nomeado sem aplausos e com muitos protestos¹⁷⁰. Contudo, a partir da sua nomeação a alta rotatividade do cargo de presidente da Funai¹⁷¹ terminaria. Foram 18 presidentes em 22 anos de governo civil.

Nos meses finais de 2003 o povo Cinta Larga era ameaçado novamente pela exploração de diamantes na Terra Indígena Roosevelt. Em 2002, depois de perderem controle da exploração e as autorizações para o garimpo, inclusive com assassinatos de garimpeiros e indígenas, os líderes do povo Cinta Larga solicitaram a retirada dos garimpeiros de sua terra indígena. Numa operação que reuniu Ministério Público Federal, Funai, Polícia Federal e Ibama, mais de duas mil pessoas foram retiradas das áreas de garimpo. No entanto, a pressão para o retorno das atividades era constante em 2003. Políticos e a imprensa local insuflavam os garimpeiros concentrados em Espigão d'Oeste e Cacoal (RO). O governo do estado de Rondônia era também acusado de vinculação a interesses na exploração mineral¹⁷². Naquele momento, a segurança da terra indígena era realizada por barreiras da Funai e dos próprios indígenas, pois a polícia ambiental do estado de Rondônia fora retirada por ordem do governador Ivo Cassol. A invasão da terra indígena, que continuava a ser explorada em menor escala pelos próprios indígenas, era uma ameaça constante.

¹⁶⁹ Em ISA (2003i) e *A FUNAI aos quarenta anos: parte 7*.

¹⁷⁰ Ver ISA (2003j).

¹⁷¹ Ver *Galeria da crise permanente* (ISA, s.d.).

¹⁷² Ver *STJ investiga governador de RO por extração de diamantes* (LOBATO, 2004)

Campanhas¹⁷³ e relatórios governamentais ou não-governamentais¹⁷⁴ anunciavam o trágico desfecho. Em abril de 2004, indígenas Cinta Largas mataram vinte e nove pessoas que se encontravam na Terra Indígena Roosevelt em atividades no garimpo de diamantes. O conflito é o mais recente da história do povo indígena Cinta Larga, marcado por confrontos desde os anos 1920, quando seu território começou a ser invadido por seringueiros e, mais recentemente, madeireiros, que arrasaram a floresta. Em 1999, a descoberta da jazida de diamantes trouxe o garimpo. Madeireiros e garimpeiros deixaram um rastro de degradação ambiental, tráfico de drogas, alcoolismo, prostituição e desagregação das tradições culturais das comunidades.

O presidente da Funai, Mércio Pereira Gomes, na época declarou que os índios estavam defendendo suas terras dos invasores. O ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, lembrou a presença ilegal dos garimpeiros nas terras indígenas. O secretário especial dos Direitos Humanos, Nilmário Miranda, reconheceu a ilegalidade da presença de garimpeiros, mas condenou os assassinatos (ISA, 2004a). Já o governador de Rondônia, Ivo Cassol, deu inúmeras declarações sobre o interesse dos indígenas por dinheiro e a crueldade nas mortes dos garimpeiros. A imprensa noticiou as mortes como cruéis assassinatos cometidos pelos Cinta Largas.

A violência contra os povos indígenas, suas lideranças e organizações indígenas¹⁷⁵, crescia na Raposa Serra do Sol. Em resposta ao anúncio da proximidade da homologação da terra indígena feita pelo presidente da República e pelo ministro da Justiça no início de 2004, os fazendeiros invasores, que eram apoiados pelo estado de Roraima e pela maioria dos políticos locais, pela imprensa e também por uma parte mínima dos índios que viviam na área, desencadearam uma série de ações intimidatórias que incluíram a invasão da sede da Funai em Boa Vista, a destruição da missão Surumu, com três padres feitos reféns, o bloqueio das estradas que dão acesso à capital e manifestações contrárias em Boa Vista.

¹⁷³ Ver ISA (2003k).

¹⁷⁴ Por exemplo, o Relatório Brasileiro sobre Direitos Humanos Econômicos Sociais e Culturais (DhESC) de 2003.

¹⁷⁵ O Conselho Indígena de Roraima (CIR), a Associação dos Povos Indígenas de Roraima (APIRR), a Organização de Mulheres Indígenas de Roraima (OMIR), a Organização dos Professores Indígenas de Roraima (OPIR).

Por outro lado, crescia a campanha das organizações indígenas e indigenistas pela homologação da Raposa Serra do Sol. A Comissão Pró-Yanomami - CCPY e a Coiab lançaram manifesto, indignadas com a violência, apontando a omissão do Poder Executivo por não proteger os povos indígenas, não homologar a terra indígena e retirar seus ocupantes não-indígenas. As organizações indígenas de Roraima reunidas na 33ª Assembleia Geral dos Povos Indígenas de Roraima¹⁷⁶, em fevereiro de 2004, denunciaram a omissão do Ibama em relação aos prejuízos ambientais no interior das terras indígenas, especialmente na Raposa Serra do Sol, provocados por arroteiros que utilizavam agrotóxicos sem controle, aterraram lagoas e desmataram matas ciliares.

A saúde indígena ganha destaque no início de 2004. O Ministério da Saúde, através da Funasa, definiu mudanças no modelo de gestão que até então vinha sendo aplicado à saúde indígena. Duas portarias editadas em 20 de janeiro revelaram o novo modelo: a primeira, de n. 69, criou o Comitê Consultivo da Política de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, vinculado à Funasa; e a segunda, de n. 70, trouxe diretrizes da gestão da saúde indígena. As portarias surpreenderam os que atuavam na área, principalmente devido à extinção do repasse de recursos públicos federais a estados, municípios, organizações indígenas, ONGs e outras instituições quem mantinham convênio para fins de execução de ações de atenção à saúde indígena.

O Ministério da Saúde e a Funasa comunicaram com mais detalhes o novo projeto durante a I Oficina Integrada de Saúde Indígena, realizada em Brasília, em fevereiro. A assistência à saúde indígena era muito criticada pela ineficiência das entidades governamentais e não-governamentais que executavam as ações. A Funasa passaria a executar diretamente ações como a aquisição e distribuição de medicamentos, licitação, obras, transporte de equipes de trabalho e compra de combustíveis, restando a seus parceiros atuar de forma complementar em alguns casos (ISA, 2004b). As medidas foram recebidas com ceticismo, afinal não se via a Funasa

¹⁷⁶ Estavam presentes 1.200 indígenas e representantes do Ministério Público Federal, do Ibama, da Funai, da Polícia Federal, da Coiab, da CCPY, do Cimi, da Uhiri-Saúde Yanomami, do ISA, da The Nature Conservancy (TNC), do Greenpeace, da Rainforest-US e a inédita presença de um juiz federal da região, Grigório Carlos Santos, da 2ª Vara da Justiça Federal em Boa Vista.

como órgão preparado para assumir com qualidade as novas atribuições, além de ser marcada pelo loteamento partidário, pelo clientelismo e pela corrupção. A nova política de atenção à saúde indígena não considerava a experiência e avanços acumulados com a participação de povos e organizações indígenas e revelava uma ação do governo federal ambígua:

"No espírito do atual modelo, elas foram instadas a assinar convênios e a assumir integral ou parcialmente a execução das ações em seus respectivos DSEIs. A fim de dar conta de ações não previstas por seus projetos próprios de organização, tiveram de rever suas estruturas de funcionamento e de readequar suas políticas de recursos humanos. Nesse processo, passaram a operar com volumes orçamentários nunca antes conhecidos. E se é certo que lidar com finanças de grande porte coloca essas organizações diante de largos desafios de remodelagem institucional, também é verdade que funciona como contrapeso importante na correlação de forças com os poderes locais, freqüentemente nas mãos de setores anti-indígenas. Desse modo, retirá-las do jogo pode soar um pouco como arbitrar em favor do adversário, mandando-as novamente ao banco de reservas em nome de uma deslocada ideologia estatista.", (ISA, 2004b)

A reação imediata ao novo modelo veio dos estados e municípios, e suas vozes políticas federais no Congresso, que perderiam o controle de grande parte dos orçamentos destinados à saúde indígena. As organizações indígenas¹⁷⁷ não foram consultadas sobre as mudanças na atenção à saúde, muito menos com relação ao novo papel que lhes era destinado, e contestaram a mudança (COIAB, 2004), algumas como a Urihi – Saúde Yanomami tendo rompido sua relação com o Governo.

Na semana em que se comemora o dia do índio, com início no ano de 2004, um novo fórum sobre a política indigenista se instalaram em frente ao Palácio da Justiça, na Esplanada dos Ministérios, em Brasília. O Acampamento Terra Livre, como parte do abril indígena, movimento de organizações indígenas e indigenistas, nasce para pressionar o governo federal e tem como questão principal a homologação da Raposa Serra do Sol. Ainda em 2004 a Coiab, a Associação Brasileira de Antropologia - ABA, a CCPY, o Centro de Trabalho Indigenista - CTI, o Cimi e o

¹⁷⁷ Elas são a Coiab, a Foirn, o Conselho Indígena de Roraima (Cir), a Coordenação da União das Nações e Povos Indígenas de Rondônia, Norte de Mato Grosso e Sul do Amazonas (Cunpir), Conselho Geral da Tribo Ticuna (CGTT), Conselho Indígena do Vale do Javari (Civaja) e União das Nações Indígenas de Tefé (Uni – Tefê).

Instituto Socioambiental (ISA), com grande influência, incentivo e colaboração da coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão das Comunidades Indígenas e Minorias do Ministério Público Federal, subprocuradora-geral da República Débora Duprat, formaram o Fórum de Defesa dos Direitos Indígenas.

Já no dia do índio o governo federal promulga a Convenção no 169 da OIT e homologa oito terras indígenas:

- *Coatá-Laranjal (AM), com 1.153.210 ha, do povo Munduruku;*
- *Fortaleza do Patuá (AM), com 743 ha, do povo Apurinã;*
- *Igarapé Grande (AM), com 1.539 ha, do povo Kambeba;*
- *Juma (AM), com 38.351 ha, do povo Juma;*
- *Porto Praia (AM), com 4.769 ha, do povo Ticuna;*
- *Tenharim do Igarapé Preto (AM), com 87.413 ha, do povo Tenharim;*
- *Tupã-Supé (AM), com 8.589 ha, do povo Ticuna;*
- *Caieiras Velha 2 (ES), com 57 hectares, dos povos Mbiá e Tupiniquim.*

No estado do Amazonas surgia uma política algo diferente do conflito entre elites locais, que capturavam os poderes políticos, e os povos indígenas: a nomeação de Bonifácio Baniwa para a Fundação Estadual dos Povos Indígenas - FEPI, a I Conferência Estadual dos Povos Indígenas, um orçamento voltado aos povos indígenas e a possibilidade de diálogo com o governador colocavam Eduardo Braga como uma liderança próxima aos indígenas¹⁷⁸.

O processo de formulação de políticas públicas para os povos indígenas no governo federal tem um de seus marcos legais no plano plurianual - PPA. Elaborado no primeiro ano do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o plano plurianual dos anos de 2004 a 2007 foi promulgado pela Lei 10.933, 11 de agosto de 2004. Nele, os povos indígenas foram contemplados com dois programas:

¹⁷⁸ No entanto, no segundo mandato, a Coiab romperia com o governador Eduardo Braga por não ter sido devidamente implementada a estrutura elaborada para os povos indígenas ([GOMES, 2007a](#))

um chamado *Identidade Étnica e Patrimônio Cultural dos Povos Indígenas* e outro de *Proteção de Terras Indígenas, Gestão Territorial e Etnodesenvolvimento*.

No primeiro programa, estão localizadas as ações dos setores saúde indígena (Funasa/MS); ensino indígena (MEC); assistência e valorização cultural (Funai e Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA). No ano de 2005, foi incluída nesse programa a ação *Realização dos Jogos dos Povos Indígenas*, sob a responsabilidade do Ministério dos Esportes. No segundo programa, estão as ações de demarcação, proteção e regularização fundiária dos territórios indígenas (Ministério da Justiça); as voltadas para a promoção da gestão sustentável dos territórios e recursos naturais aí existentes e aquelas que se destinam à geração de alternativas econômicas para as comunidades locais (Ministério da Justiça e Ministério do Meio Ambiente)¹⁷⁹ (INESC, 2007:6).

Em 2006, as ações indigenistas do Governo federal somaram uma despesa total de R\$ 410,62 milhões; chegando a R\$ 1,32 bilhão entre 2003 e 2006. Com base nos orçamentos anuais, é possível verificar que, no período abrangido pelo PPA 2004-2007, houve um aumento substantivo nos números globais da despesa indigenista, principalmente em razão dos serviços de saúde. No entanto, decresceu o orçamento da Funai, chegando, em 2006, a um valor 19,44% menor que o de 2003 (INESC, 2007:7).

Voltando a 2004, mais de 500 indígenas Xavante, guerreiros, mulheres, crianças e anciãos decidiram em agosto retomar a Terra Indígena Marãiwatsedé, no município de Alto da Boa Vista, no Vale do Araguaia, estado de Mato Grosso. A retomada das terras tradicionais de seus por milhares de invasores,

¹⁷⁹ Além desses dois programas, outras ações específicas são previstas para os povos indígenas em três outros programas:

- Saneamento Rural - sob a responsabilidade da Funasa, no qual está a ação “Ampliação de ações de saneamento básico em aldeias indígenas”;
- Gestão da Política de Desenvolvimento Agrário - sob a responsabilidade do MDA, no qual está a ação *Promoção da igualdade de raça, gênero e etnia no desenvolvimento agrário*.
- Identidade e Diversidade Cultural (Brasil Plural) - sob a responsabilidade do Ministério da Cultura - MINC, no qual está a ação *Fomento a projetos direcionados à cultura dos povos indígenas*.

Os indígenas também aparecem como beneficiários em outros programas na esfera federal: Alimentação Saudável; Amazônia Sustentável; Áreas Protegidas do Brasil; Conservação e Uso Sustentável da Biodiversidade; Paz no Campo; Proambiente; Proteção Social Básica; Educação para a Diversidade e Cidadania; e Segurança Pública nas Rodovias.

coincidiu com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário n. 416.144, interposto pelo Ministério Público Federal, em favor da manutenção da liminar em Ação Civil Pública 950000679-0/MT da 5.^a Vara da Justiça Federal em Mato Grosso. A liminar que havia determinado o retorno dos Xavante à Terra Indígena havia sido suspensa em outubro de 2001 por decisão da 5.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região no Agravo de Instrumento nº 2000.01.00.135200-1/MT, dada a existência de "conflito social" decorrente da presença de índios e posseiros no mesmo território.

Os Xavante, impedidos de voltar às suas terras pela decisão do TRF, passaram acampar às margens da Rodovia BR 158, onde três crianças menores de três anos morreram e outras 14 foram internadas por pneumonia e desnutrição, devido às péssimas condições de vida no local. As decisões da Justiça Federal e do STF consideraram que, na época em que a terra indígena fora reconhecida, tendo sido declarada de ocupação tradicional em 1993 e devidamente homologada no dia 11 de dezembro de 1998, não havia ocupantes, que invadiram a área incentivados por grileiros e políticos locais contrários aos direitos indígenas.

Em outubro de 2004, um grande número de terras indígenas foi reconhecido:

- *Rio Juma (AM), com 9.462 ha, do povo Mura;*
- *Panará do Arauató (AM), com 5.915 ha, do povo Mura;*
- *Deni (AM), com 1.531.303 ha, do povo Deni;*
- *Diahui (AM), com 47.354 ha, do povo Diahui;*
- *Kumaru do Lago Ualá (AM), com 80.035 ha, do povo Kulina;*
- *Lago Jauari (AM), com 12.023 ha, do povo Mura;*
- *Lauro Sodré (AM), com 9.478 ha, do povo Tikuna;*
- *Nova Esperança do Rio Jandiatuiba (AM), com 20.003 ha, do povo Tikuna;*

- *Rio Urubu (AM), com 27.354 ha , do povo Mura;*
- *Sepoti (AM), com 251.348 ha, do povo Tenharim;*
- *Torá (AM), com 54.960 ha, do povo Torá e Apurinã;*
- *Alto Tarauacá (AC), com 142.619 ha, de povos isolados;*
- *Panambizinho (MS), com 1.272 ha, do povo Guarani-Kaiowá;*
- *Krikati (MA), com 144.775 ha, do povo Krikati;*

Se um número relevante de terras indígenas eram demarcadas no final de 2004, o dia-a-dia a homologação da Raposa Serra do Sol ganhava obstáculos. No Congresso Nacional, o relator da Comissão Externa da Câmara dos Deputados instalada para *avaliar a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, deputado do PT Lindberg Farias, apresentou relatório propondo medidas, como a exclusão da faixa de 150 km da fronteira e dos núcleos urbanos localizados na terra indígena. Uma série de decisões do juiz Helder Girão Barreto, da 1ª Vara Federal de Roraima, começariam a ser tomadas para impedir a homologação. A primeira delas, para excluir da homologação os núcleos urbanos e rurais e equipamentos públicos. No entanto, é uma decisão da Desembargadora Federal Selene de Almeida, do TRF da 1ª Região, em maio de 2004, que coloca a maior dificuldade, pois exclui a faixa de 150 km da fronteira, a área do Parque Nacional do Monte Roraima e os núcleos urbanos e rurais consolidados, as rodovias estaduais e federais, os imóveis com posse anterior a 1934 e plantações de arroz, o que torna impossível a demarcação.

O Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União (AGU) não conseguiram reverter a decisão no STJ e no STF, cujos ministros supuseram que o reconhecimento daquela terra indígena impediria a atuação da Polícia Federal ou das Forças Armadas na região. A manutenção dos efeitos das liminares na ação popular e no agravo de instrumento possibilitou aos ocupantes não-indígenas a propositura de novas ações possessórias, com liminares concedidas pelo juiz federal Helder Girão.

No final de novembro de 2004, novamente os povos indígenas da Raposa Serra do Sol sofreram com a violência. No dia 23 de novembro de 2004, quarenta pessoas armadas, entre elas indígenas contrários à demarcação da terra indígena de forma contínua, balearam dois índios, destruíram com tratores e queimaram vinte e duas casas da comunidade de Jawari, a cerca de 130 km de Boa Vista (RR). Os ataques e violência aos indígenas foram fundamentos para medidas cautelares endereçadas ao governo brasileiro pela Organização dos Estados Americanos (OEA) para obrigá-lo a proteger os direitos das comunidades indígenas da Raposa Serra do Sol.

Novas esperanças para a homologação surgiam com uma decisão do ministro Carlos Britto, do STF, em reclamação apresentada pelo Procurador-Geral da República (PET 2388). A decisão liminar suspendeu, em dezembro de 2004, o andamento da ação popular e das decisões em agravo de instrumento que dificultavam o processo de homologação, sob argumento de que o conflito federativo entre a União e Roraima presente na ação popular e na causa sobre a terra indígena deveria ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁰. Mas a batalha jurídica que envolvia Raposa Serra do Sol ainda continuou em 2005. Outra decisão da ministra Ellen Gracie, em ação cautelar ajuizada pelo senador Mozarildo Cavalcanti (PPS-RR), suspendeu, no início de janeiro, a portaria 820/98 do Ministério da Justiça que identificava a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e serviria como base para sua demarcação. O governo federal perderia outra oportunidade de concluir a demarcação.

Entretanto, numa manobra de coragem jurídica¹⁸¹, o ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos revogou a Portaria 820/98, substituindo-a pela Portaria 534, de 13 de abril de 2005. Pretendendo compatibilizar os interesses que defendiam a demarcação e os que resistiam a ela, a nova portaria excluía da área reconhecida a

¹⁸⁰ Para o histórico do conflito jurídico sobre a demarcação da TI Raposa Serra do Sol consultar Mota e Galafassi, *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais*.

¹⁸¹ O autor aqui coloca a partir desse momento seu testemunho e experiência como Procurador-Geral da Funai, cargo que exerceu entre 2005 a 2007. Particularmente, foi responsável por formular a estratégia da rápida demarcação (que de fato era o aproveitamento da demarcação anterior, com a exclusão de pequenas áreas descritas pela nova portaria) pela Funai para que pudesse ser editado o decreto homologatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

sede do município de Uiramutã, os equipamentos públicos (como escolas e linhas de transmissão de energia elétrica), o 6º Pelotão Especial de Fronteira do Exército e o leito das estradas estaduais e federais localizadas na área. Ao Parque Nacional do Monte Roraima foi reconhecida a dupla afetação e prevista uma gestão conjunta entre indígenas, órgão indigenista e ambiental federais¹⁸². No dia seguinte, 14 de abril, o STF se declarou competente para julgar a questão e ao mesmo tempo extinguiu todos os processos e as liminares que questionavam a demarcação e tinham como base a antiga portaria. Finalmente, no dia 15 de abril, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi homologada por decreto presidencial, que fixava o prazo de um ano para retirada dos ocupantes e pagamento das benfeitorias. A homologação concluía, ainda que formalmente, um dos processos de reconhecimento de território indígena mais conturbados já realizados no país.

O dia do índio de 2005 ainda foi marcado pela homologação de mais outras cinco terras indígenas:

- *Espírito Santo, município de Jutai (AM), com 33.849 hectares, do povo Kokáma;*
- *Awá, municípios de Centro Novo, Governador Newton Belo, São João do Caru e Zé Doca (MA), 116.582 hectares, do povo Guajá*
- *São Sebastião, município de Tonantins (AM), 61 mil hectares, dos povos Kaixána e Kokáma;*
- *Maranduba, município de Santa Maria das Barreiras (PA) e Araguacena (TO), 375 ha, do povo Karajá;*
- *Tabalascada, município de Cantá (RR), com 13 mil ha, dos povos Wapixana e Macuxi.*
- *Coatá-Laranjal (AM), com 1.153.210 ha, do povo Munduruku;*

Mesmo comemorando a demarcação da Raposa Serra do Sol e outras terras indígenas, o mês de abril, nomeado pelos movimentos e organizações indígenas

¹⁸² A gestão conjunta da área duplamente afetada não era novidade, pois havia sido prevista portaria do Ministério da Justiça, de 2001, que reconheceu a Terra Indígena Inawebohona, na Ilha do Bananal, em parte sobreposta ao Parque Nacional do Araguaia, que ainda aguardava homologação. A experiência poderia ensejar soluções similares para outros casos de sobreposição existentes.

como *abril indígena*, continuava sendo momento de intensa crítica e reivindicação ao Estado brasileiro. Eram pautas constantes a participação indígena na política indigenista, a maior celeridade na demarcação, a defesa das terras indígenas e que a União assumisse a execução de um ensino de qualidade, específico e diferenciado. Documento final do Acampamento Terra Livre pedia melhor coordenação entre as várias políticas governamentais e criticava propostas que ameaçam os direitos indígenas no Congresso. Uma das pautas indígenas era a criação do Conselho Nacional de Política Indigenista, compromisso assumido pelo ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, pelo ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu, e pelo presidente da Funai, Mércio Pereira Gomes. Outra reivindicação do movimento indígena era melhor atenção à saúde indígena, com o reaparelhamento da Funasa e o aprimoramento dos DSEIs mediante a capacitação dos agentes de saúde indígena, mais recursos, autonomia administrativa e financeira.

Toda a complexidade e dramaticidade da saúde indígena era exposta em 2004 e 2005 nas altas taxas de mortalidade infantil na terra indígena de Dourados, Mato Grosso do Sul. Em 3.475 hectares de terra vivem aproximadamente 10.000 indígenas dos povos Guarani-Kaiowá e Terena, numa área insuficiente para a produção de alimentos. Um histórico de reconhecimento restrito de territórios indígenas no Mato Grosso do Sul, iniciado com uma ação do SPI que reservou pequenas áreas a partir da década de 1920 para reunir grupos dispersos no Estado, trouxe como consequência a convivência forçada entre diversas etnias e a dominância política das terras por algumas famílias. Desestruturação social, cultural, política e parental que é seguida pelo alcoolismo e consumo de drogas, pela violência entre indígenas, principalmente contra as mulheres indígenas, levavam a um grande número de crianças subnutridas e aos expressivos casos de suicídio entre os Guaranis. O Governo federal procurava reagir de forma urgente com a distribuição de alimentos, o cadastramento no programa Bolsa Família e a coordenação de ações para melhoria da vida naquela terra indígena. E era patente o descaso dos governos estaduais e municipais com a questão indígena.

O ano de 2005 ainda seria marcado por inúmeros conflitos pelo reconhecimento de territórios indígenas. Continuando no Estado de Mato Grosso do

Sul, a retomada da terra indígena Sombreiro, no município de Sete Quedas, pelo povo Kaiowá foi seguida pelo assassinato de dois indígenas. Outro indígena foi assassinado na retomada de Ñande Ru Marangatu, no município de Antônio João. O governo do Estado vetara uma lei que estabelecia a Política Estadual de Apoio às Comunidades Indígenas por ferir o inciso XIV do artigo 22 da Constituição Federal, entendendo que somente ao governo federal cabe legislar sobre povos indígenas (de fato, mas no sentido de legislar sobre direitos dos povos indígenas e não de ter normas instrumentalizando a competência material comum sobre as ações de seguridade social) .

A única esperança que surgia para os povos indígenas em Mato Grosso do Sul veio com a decisão do STJ afastando a contestação da declaração da Terra Indígena Yvy Katu. No Espírito Santo os povos Tupiniquim e Guarani lutavam pela demarcação de seu território, em grande parte ocupado por propriedades da empresa Aracruz Celulose, em Aracruz - ES.

Em Santa Catarina, a pressão do governo estadual gerava uma completa paralisia no reconhecimento dos territórios indígenas, inclusive tendo sido criada uma comissão especial conjunta entre Ministério da Justiça e Governo estadual que nenhum resultado alcançou, além do acirramento dos conflitos entre indígenas e fazendeiros nas terras indígenas Toldo Pinhal, Toldo Imbu e Morro dos Cavalos.

Ainda em 2005, o STF começou a julgar um mandado de segurança contra decreto de homologação da Terra Indígena Jacaré de São Domingos, dos Potiguara, nos municípios de Rio Tinto e Marcação na Paraíba. Com cinco votos denegando o pedido, a ação foi interrompida pelo pedido de vista de Gilmar Mendes.

O ano de 2005 não foi marcado por um número expressivo de reconhecimentos de terras indígenas. Além das demarcadas no dia do índio e já listadas anteriormente, apenas outras duas foram demarcadas:

- *Nande Ru Marangatu (MS), 9.317 ha, do povo Guarani Kaiowá*¹⁸³;

¹⁸³ Contra o decreto que homologou a demarcação administrativa da Terra Indígena Ñande Ru Marangatu foi impetrado Mandado de Segurança no STF (MS 25463/DF), cuja liminar foi concedida pelo presidente Nelson Jobim para suspender o decreto presidencial por existir ação declaratória

- *Hi Merimã (AM), 677.840 ha, do povo Hi Merimã.*

Ainda em 2005, diversos conflitos foram resultado da ineficiência e corrupção nas ações de atenção à saúde indígena, com destaque para o povo Tenetehara no Maranhão, Yanomami no Amazonas e em Roraima e para a situação de extrema gravidade no Vale do Javari, no Amazonas. Além dos conflitos territoriais ou sobre atenção à saúde indígena, a diversidade das questões indígenas se mostrava em exemplos como: a primeira denúncia de envolvimento de indígenas na extração ilegal de madeira no Parque Indígena do Xingu; as péssimas relações entre a Companhia Vale do Rio Doce e os Xikrins da aldeia Cateté, cujo território foi em parte cedido para exploração da mina de Carajás; o protesto dos indígenas do Xingu contra a pequena central hidrelétrica Paranatinga II no rio Culuene¹⁸⁴, em Mato Grosso, principal formador do rio Xingu, que prenunciava o conflito de Belo Monte; e a campanha Yvy Katu Xingu do Instituto Socioambiental para preservar as cabeceiras do Rio Xingu contra a degradação e o deflorestamento das matas ciliares.

Uma boa notícia era o início das conferências regionais dos povos indígenas, organizadas pela Funai e preparatórias para a conferência nacional dos povos indígenas a ser realizada em 2006, ano que seria marcado pelo assassinato da Irmã Dorothy Stang e pelas denúncias de corrupção e compra de apoio político no governo Lula.

O ano de 2006 se iniciou com a eleição de um indígena, Evo Morales, como presidente da Bolívia. No Brasil, o ano começou com as declarações bombásticas do presidente da Funai, Mércio Gomes, com críticas a relatórios do Cimi e da Anistia Internacional, sobre a questão das terras indígenas no Brasil, ao Supremo

positiva de domínio (n. 2001.60.02.001924-8) ajuizada na Justiça Federal em Ponta Porã – MS. Em sua decisão, o presidente do STF utilizou como base voto do Ministro Carlos Velloso, no MS 21896, sobre a Terra Indígena Jacaré de São Domingos na Paraíba, vencido no juízo realizado em junho de 2007. Até hoje os indígenas aguardam o julgamento desse Mandado de Segurança ou da ação principal, com pedido de anulação da demarcação havida em janeiro de 2005.

¹⁸⁴ Essa questão, como quase todos os grandes conflitos que envolvem os povos indígenas foi judicializada. O licenciamento ambiental fora concedido pelo órgão ambiental de Mato Grosso (Fema-MT), sem atentar para a necessidade de se estudarem os impactos nas terras e povos indígenas. Uma liminar em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal determinou a interrupção da obra e proibiu que a Fema continuasse conduzindo o licenciamento ambiental. No entanto, duas decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em agravo de instrumento e em apelação, bastante semelhantes, indeferiram a paralisação do licenciamento e do empreendimento e a competência federal do Ibama na questão.

Tribunal Federal, que, segundo ele, passaria a ser definidor de um limite às reivindicações de reconhecimentos de terras indígenas, tratando também da necessidade da instituição de cotas para os indígenas e da necessidade de o IBGE rever sua metodologia de contabilização de indígenas no censo.

Cumprindo promessa ao movimento indígena e antecipando a Conferência Nacional dos Povos Indígenas, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou Decreto de 22 de março de 2006, criando a Comissão Nacional de Política Indigenista. Com o boicote formal das organizações indígenas e protestos pela falta de legitimidade e centralização, mas com uma presença expressiva de lideranças indígenas pela participação de 900 delegados, representando 173 etnias indígenas, em abril foi realizada a Conferência Nacional dos Povos Indígenas. O objetivo era propor subsídios e diretrizes para a política indigenista brasileira e seu documento final, com o resultado de suas deliberações continha as reivindicações dos povos indígenas ao Estado brasileiro.

A situação de violência contra a etnia Guarani-Kaiowá no Mato Grosso do Sul continuava a ser a mais grave do país. O relatório "Violência contra os povos indígenas no Brasil - 2006/2007" do Cimi pôde fornecer uma medida aproximada. Naquele Estado foram assassinados 27 indígenas em 2006 e 53 indígenas em 2007. Como comparação, no país todo, em 2007, foram assassinados 92 indígenas (incluindo os números do MS). Na maior parte dos homicídios cuja autoria foi identificada, as brigas entre indígenas, muitas delas envolvendo familiares, são as causas mais frequentes, o que mostra a completa desestruturação da organização social e cultural dos Kaiowás.

Mas uma situação muito dramática estaria por vir e colocaria mais tinta num conflito étnico tão grave. Dois policiais civis foram mortos e um terceiro foi gravemente ferido por indígenas na aldeia de Passo Piraju¹⁸⁵, a 25 km da cidade de Dourados. São fatos objetivos e incontroversos: a morte dos policiais na Aldeia conhecida por Passo Piraju, no dia 1º de abril de 2006, sábado no final da tarde ou

¹⁸⁵ Passo Piraju nasceu como um entre tantos acampamentos indígenas guarani-kaiowás na beira da estrada MS 156, em Porto Gambira, Dourados-MS. Na época do conflito era uma ocupação de 45 famílias, aproximadamente 300 pessoas, numa área de 60 hectares.

início da noite, por arma de fogo - que indígenas teriam tomado dos próprios agentes - , instrumentos agrícolas e artefatos contundentes; um dos policiais que fazia parte do grupo ficou ferido por artefato cortante, mas conseguiu fugir; os policiais estavam sem uniforme e em viatura descaracterizada. Foram achados dois revólveres e uma espingarda calibre 12 milímetros próximos aos corpos¹⁸⁶.

O crime foi seguido por uma reação da sociedade de todo Mato Grosso do Sul, com mais intensidade na região de Dourados, contra os índios em geral e seus habituais defensores (Funai, Ministério Público Federal). Rádios, jornais e TVs locais passaram imediatamente a reproduzir a versão da Polícia para os fatos e pedir a punição exemplar dos indígenas. Na mesma noite do crime, policiais civis, militares e agentes do Departamento de Operações de Fronteira da Polícia Federal cercaram a área onde ocorreu o ataque e prenderam três índios, entre eles uma mulher. Um indígena sumiu após o cerco policial. Outros três índios foram presos na manhã do domingo. Como sempre, o líder da aldeia, o cacique Carlito Oliveira, foi apontado como principal suspeito e teve sua prisão temporária decretada pela Justiça Estadual com mais outros cinco indígenas.

Não é difícil de imaginar que os índios presos foram brutalmente torturados por policiais. Foi-lhes negado inicialmente contato com defensores, parentes e entidades da sociedade civil. O Procurador da República Charles Stevan Pessoa foi impedido pelo Juiz Celso Schuch de entrar no presídio de segurança máxima Harry Amorin Costa para averiguar as denúncias de tortura e espancamento e verificar a situação de saúde dos indígenas com profissionais da Funasa. O Procurador, na época um dos responsáveis pela questão indígena do Ministério Público Federal em Dourados, era o mais atuante defensor dos povos indígenas no Brasil. Por essa razão, dias depois do crime, cerca de 300 pessoas, entre policiais civis

¹⁸⁶ A versão da Delegacia Central de Polícia Civil em Dourados, é a de que os três policiais foram conferir no fim da tarde de sábado, a denúncia de que um homicida, Wilson Rodrigues da Silva, 26 anos, estava escondido em uma fazenda situada próxima ao local onde os índios montavam acampamento há três anos. Conforme explicações do titular da delegacia, Oduvaldo de Oliveira Pompeo, o trio de agentes resolveu cortar caminho, passando pelo acampamento, quando foram surpreendidos pelos kaiowás que estavam de tocaia no mato. A versão dos indígenas é a de que os policiais chegaram sem identificação e atirando, provavelmente para intimidar o acampamento e foram confundidos com seguranças dos fazendeiros, sendo dominados e mortos. Para este trabalho a causa do crime é muito menos relevante que os acontecimentos posteriores.

e militares, fazendeiros, advogados, estudantes de direito e familiares dos dois agentes mortos protestaram em frente ao prédio do Ministério Público Federal. Os manifestantes exigiam a presença do Procurador e ameaçavam arrombar o órgão público com um trator.

A classe política do estado do Mato Grosso do Sul não deixou de se manifestar, reforçando a versão oficial e pedindo a imediata prisão de todos os indígenas. O governador Zeca do PT, que podia ser considerado moderado em suas posições políticas em relação à questão indígena, em entrevista coletiva atacou duramente a Funai e o MPF por questionarem o trabalho da polícia :

“Estão sendo mentirosos e distorcendo os fatos”

“O MPF sempre defendeu os índios e estão sendo parciais. Não iremos tolerar este comportamento”,

“Não vou aceitar essa violência bárbara e os culpados devem ser tratados como tal”¹⁸⁷

Um ano depois o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a parcialidade da Justiça Estadual na apuração do caso, anulou o processo criminal e decidiu pela competência da Justiça Federal, usando como fundamento a relação do caso com o conflito dos índios pelos seus direitos. Os indígenas foram soltos e aguardam o julgamento em liberdade até hoje. Suas vidas foram diversas vezes colocadas em risco, com atentados à aldeia de Passo Piraju, e o cacique Carlito foi novamente preso acusado de receptação, formação de quadrilha e posse de arma de fogo, depois liberado por excesso de prazo para conclusão do inquérito.

O caso narrado teve implicações além das prisões e torturas dos indígenas acusados. A partir dele, muitos órgãos do estado do Mato Grosso do Sul dificultaram e até deixaram de atender os indígenas em suas terras ou mesmo fora delas, sob pretexto de falta de segurança. As polícias civil e militar deixaram de atuar em áreas indígenas alegando que a competência para a segurança pública em relação aos indígenas seria da União. O estado do Mato Grosso do Sul tenta, ainda hoje,

¹⁸⁷ Campo Grande News, de 05 de abril de 2006.

transferir suas atribuições de policiamento preventivo e ostensivo para a Polícia Federal.

Em todos os anos do primeiro mandato do Governo Lula, no dia do índio havia a demarcação de algumas terras indígenas. Em 2006 não foi diferente:

- *Arara do Igarapé Humaitá (AC), 87.571 ha, do povo Arara;*
- *Barreirinha (PA), 2.373 ha, do povo Amanayé;*
- *Inãwébohona (TO), 377.113 ha, dos povos Javaé, Karaja e Avá-Canoeiro;*
- *Kuruáya (PA), 176.784, do povo Kuruyá;*
- *Rio Omerê (RO), 26.177 ha, dos povos Akunt'su e Canoé.*

Em 28 de junho de 2006 a Instrução Normativa 3, de 28 de junho, da Funai lançou luz sobre um problema na gestão territorial das áreas indígenas que costuma permanecer à sombra, muitas vezes por interesse dos próprios índios: o arrendamento de terras indígenas. A prática do arrendamento, proibida pela Constituição Federal e pelo Estatuto do Índio, ainda acontece e gera cisões e desagregações de comunidades indígenas. O arrendamento atingia e atinge de forma mais pronunciada as terras indígenas no Sul, Sudeste e Nordeste do país, que são as de maior densidade demográfica. Pelo fato de as comunidades indígenas serem cercadas por propriedades privadas que desenvolvem a agropecuária e pela falta de recursos próprios ou estatais para produção econômica, elas acabam seduzidas pelas propostas de arrendamento dos agropecuaristas. A instrução normativa da Funai foi uma resposta ao conflito na terra indígena Ligeiro (RS) do povo Kaingang, mas tantos outros exemplos podiam ser encontrados, como nas terras indígenas Kadiwéu - MS, do povo Kadiwéu; Inãwébohona - TO, dos Javaé, Karajá e Avá-Canoeiro; Pareci e Utiariti - MT, do povo Pareci; ou Panará - MT/PA, do povo Panará (ISA, 2006). Mais tarde, em janeiro de 2007, a Funai voltava sua carga novamente para a proibição do arrendamento, através de Instrução Normativa 8, considerando-o ilegal em toda a terra indígena Kadiwéu.

Em 2006 e 2007 os indígenas se revoltaram contra a Funasa através de inúmeras manifestações públicas, documentos, bloqueios de estrada e cinquenta ocupações de postos da Funasa (MORAES, 2008:23) e de outros órgãos administrativos oficiais. Os indicadores relativos à saúde indígena mostravam índices altos e preocupantes de mortalidade infantil por doenças pós-natais como disenteria, desnutrição e pneumonia. Hepatite, malária, tuberculose, entre outras doenças, afetavam a população indígena adulta em alta incidência, atingindo as crianças e os velhos de modo especial. Novas doenças como hipertensão, diabetes, obesidade e Aids apareceram como resultado das mudanças nos hábitos alimentares e no estilo de vida indígena. (RANGEL, 2008:12).

Em agosto de 2006, a Coiab exigia a imediata saída de Mércio Gomes da presidência da Funai, solidarizando-se com outras lideranças indígenas do Xingu, contrariadas, entre outras questões, com a construção da usina hidrelétrica no Rio Culuene, Mato Grosso. A nota da Coiab exigia também a imediata instalação da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI).

O Ministério da Cultura demonstrava, como nunca, proximidade com a questão indígena ao criar em 2006 o Prêmio Culturas Indígenas, voltado à valorização e à revitalização de práticas e expressões culturais. Por sua vez, o Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - Iphan reconhecia a Cachoeira de Iauaretê, no Alto Rio Negro, como Patrimônio Imaterial do Brasil.

Em novembro de 2006, uma investigação conduzida pelo Ministério Público Federal no Mato Grosso culminou com a Operação Kayabi da Polícia Federal para desarticular uma quadrilha que explorava a Terra Indígena Kayabi, de ocupação tradicional dos índios kayabi, apiaká e munduruku, reconhecida pelo Estado brasileiro em outubro de 2002 (MPF, 2006).

No fim de 2006, mais cinco terras indígenas eram homologadas:

- *Sunha Sapucaia (AM), 471.450 ha, do povo Mura;*
- *Maraitá (AM), 53.038 ha, do povo Ticuna;*
- *São Francisco do Canimari (AM), 3.331 ha, do povo Ticuna;*

- *Entre Serras (PE), 7.550 ha, do povo Pankararu;*
- *Toldo Chibangue (SC), 954 ha, do povo Kaingang.*

Os dois últimos anos do primeiro mandato do governo Lula foram afetados pelo cenário político conturbado relacionado aos escândalos de corrupção, pela dificuldade na demarcação de Raposa Serra do Sol e pela busca da reeleição. Interessante notar, da análise da demarcação de terras indígenas, entre 2003 e 2006, que apenas duas terras foram declaradas no Mato Grosso do Sul, uma em Santa Catarina e nenhuma no Mato Grosso, estados que mais fizeram pressão contra a demarcação de terras indígenas. Em contrapartida, uma profusão de demarcações e declarações foram realizadas no Amazonas. O reconhecimento de terras indígenas fechava esse ciclo com os seguintes números:

Territórios reconhecidos no 1º Mandato do governo Lula (CIMI, 2011)				
Ano	2003	2004	2005	2006
Decretos de Homologação	21	23	8	10
Portarias Declaratórias do Ministro da Justiça	3 <small>(incluída a portaria de redução da TI Bau)</small>	10	5	11
Despachos do Presidente da Funai - Identificações	13	8	7	13

4.1.2 A política indigenista no segundo mandato do governo Lula

No início do segundo mandato do presidente Lula, em março de 2007, o Ministro da Justiça Márcio Tomaz Bastos pede exoneração, no que é seguido pelo presidente da Funai, Mércio Pereira Gomes¹⁸⁸. O novo presidente da Funai seria Márcio Meira, natural de Belém do Pará, antropólogo e filiado ao Partido dos Trabalhadores - PT. Márcio Meira não era próximo ao grupo político do novo ministro da Justiça, Tarso Genro, que, porém, aceitou a indicação da corrente majoritária do PT. Teve passagem conturbada pelo primeiro governo do presidente Lula como secretário de patrimônio, museus e artes plásticas e de articulação institucional do Ministério da Cultura. Foi exonerado deste cargo por uma disputa político-partidária com o secretário executivo, Juca Ferreira, e com o próprio ministro da Cultura, Gilberto Gil, ambos ligados ao Partido Verde.

A nomeação do novo presidente da Funai recebeu manifestação entusiasmada do Instituto Socioambiental, principal organização não-governamental indigenista, do qual já tinha sido colaborador em ações e reconhecimentos de terra indígena na região do Rio Negro (ISA, 2007a). Outras organizações não-governamentais também apoiaram Márcio Meira, como o Centro de Trabalho Indigenista e o Cimi. As lideranças indígenas reagiram com cobranças por mais diálogo com o governo, pois, novamente, esperavam um índio como presidente da Funai.

Nos estados foram eleitos como governadores: no Mato Grosso, Silval da Cunha Barbosa (PMDB), empresário e político, era vice-governador de Blairo Maggi; no Amazonas, foi reeleito Eduardo Braga (PMDB); no Acre, o educador Binho Marques (PT); em Rondônia, foi reeleito Ivo Cassol (PSDB); em Roraima, foi reeleito Ottomar Pinto (PTB), que veio a falecer ainda em 2007 e foi substituído pelo seu vice, José de Anchieta Júnior (PSDB); no Pará, a arquiteta e funcionária do Banco do Brasil Ana Júlia (PT); no Amapá, foi reeleito Wáldez Góes (PDT). Destaque

¹⁸⁸ Saída anunciada na entrevista de 14 de dezembro de 2006 à Folha de São Paulo.

especial para a eleição do médico André Puccinelli (PMDB) no Mato Grosso do Sul, que teve e continua tendo uma das gestões governamentais mais contrárias aos povos indígenas, como será visto.

A primeira boa notícia do ano é dada pelo Poder Judiciário, que, em decisão de fevereiro de 2007, do juiz da 5ª Vara da Justiça Federal de Cuiabá, julgou ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para condenar as centenas ou milhares de posseiros a deixar de efetuar atividades agropecuárias, exigindo o reflorestamento, e determinar que eles se retirassem da área da Terra Indígena Marãiwatsede. Entretanto, a sentença não seria imediatamente cumprida tendo em vista a necessidade de remoção dos posseiros e o assentamento dos ocupantes de boa-fé pelo governo federal.

O mês de abril, de intensas manifestações sobre a questão indígena, foi marcado pela dubiedade. Se por um lado o movimento indígena e indigenista, reunido no Acampamento Terra Livre e, institucionalmente, no Fórum em Defesa dos Direitos Indígenas - FDDI, protestavam contra a ineficiência do Estado brasileiro em reconhecer os territórios indígenas (ISA, 2007b), os desmandos da assistência de saúde e o sistema extremamente ineficiente de ensino que lhes é disponibilizado. Prevendo impactos com o recém-lançado Plano de Aceleração do Crescimento - PAC, exigiam serem consultados em grandes projetos de infraestrutura, como a transposição do Rio São Francisco (NE), as usinas de Belo Monte (PA), do rio Madeira (PA) e de Estreito (TO) (ISA, 2007c); por outro lado, aplaudiam a mudança dos titulares do Ministério da Justiça e da Funai e abriam diálogo com o governo federal, além de celebrar a instalação da Comissão Nacional de Política Indigenista - CNPI. O presidente Lula, que recebeu pela primeira vez os líderes presentes no Acampamento Terra Livre, reconhecia em seu discurso a dívida do Estado com as comunidades indígenas brasileiras e lamentava por não ter melhorado a qualidade de vida de 700 mil índios que vivem no Brasil em seu primeiro mandato. Prometia fazer tudo que não foi feito entre 2003 a 2006, com o protagonismo e a participação dos povos indígenas, através da CNPI. No dia do índio, foi instituído o Comitê Gestor de Ações Indigenistas Integradas para a Região da Grande Dourados/MS, para melhor

lidar com a questão da subnutrição e violência, e foram homologadas seis terras indígenas:

- *Apyterewa (PA), 773.470 ha, ao povo Parakanã;*
- *Itixi-Mitari (AM), 182.134 ha, ao povo Apurinã;*
- *Palmas (PR e SC), 3.800 ha, ao povo Kaingang,*

O ministro da Justiça, Tarso Genro, numa demonstração de que pretendia se descolar da gestão da anterior e, ao mesmo tempo, criar uma proximidade com o movimento indígena, elegeu sete áreas para seu primeiro pacote de declarações de terras indígenas, seis delas localizadas nos estados que mais se opuseram aos direitos indígenas: reconheceu para comunidades Kaingang as terras Toldo Imbu, Toldo Pinhal, e Chapecó - Gleba Canhadão e Pinhalzinho e, para o povo Guarani-Nhandeva, a Terra Indígena Araçaí, todas em Santa Catarina; Yvyaporã-Laranjinha, para o povo Guarani-Nhandeva, no Paraná; Cachoeirinha, para o povo Terena, no Mato Grosso do Sul. Por fim, no amigável estado do Acre, Riozinho do Envira, para os Ashaninka e outros povos.

Políticos de Santa Catarina protestaram contra a declaração de terras indígenas. Os ocupantes não-indígenas, orientados pelo governo estadual, por alguns prefeitos e parlamentares, ingressaram com ações na Justiça Federal e conseguiram a suspensão dos efeitos das portarias do ministro da Justiça. As declarações de Toldo Imbu¹⁸⁹, Toldo Pinhal¹⁹⁰, Araçaí¹⁹¹ e Chapecó foram questionadas judicialmente com

¹⁸⁹ O procedimento de demarcação da Terra Indígena Toldo Imbu é bastante interessante. Ação do Ministério Público Federal foi recebida pela Justiça Federal para obrigar a Funai e o Ministério da Justiça a seguir com o procedimento. Após parcialmente concluído, com a portaria declaratória do Ministério da Justiça, uma [liminar no processo nº 2007.72.02.003793-5/SC](#) suspendeu seus efeitos. Para não se manter em contradição, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em [decisão no agravo de instrumento nº 2007.04.00.024954-9/SC](#), restabeleceu os efeitos da portaria: "o Poder Executivo teve condenação, em ação processada perante esta Turma, para que procedesse à imediata demarcação das terras indígenas e, ao cumprir o que foi determinado em sentença, acaba por ter cassada sua pretensão pelo próprio Poder Judiciário". [Sentença no processo originário \(2007.72.02.003793-5/SC\)](#) julgou improcedente o pedido de anulação da portaria.

¹⁹⁰ Liminares nos agravos de instrumento nº 2007.04.00.020532-7 e nº 2008.04.004662-0 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

¹⁹¹ Decisão liminar suspendeu os efeitos da declaração na ação ordinária nº 2007.72.02.003663-3/SC, que foi sentenciada para reconhecer a sua nulidade. No entanto, em recente decisão, de julho de 2012, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, na [Apelação/Reexame Necessário nº 5000201-60.2012.404.7202/SC](#), julgou legal a declaração da Terra Indígena Araçaí.

decisões liminares que suspenderam os seus efeitos e obrigaram a Funai a paralisar os procedimentos demarcatórios. A Terra Indígena Yvtporã Laranjinha teve seu procedimento suspenso por decisão¹⁹² do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Com a Terra Indígena Cachoeirinha no Mato Grosso do Sul se deu o mesmo, mas por decisão do STF¹⁹³.

Os primeiros meses do ano foram também marcados por uma decisão do Tribunal de Contas da União, resultado de um processo de auditoria de gestão, iniciada por uma representação embasada em notícias sobre a exploração de diamantes em terras indígenas, que distribuía determinações à Funai, Ibama, DNPM e DPF. Vale a pena transcrever as determinações do TCU e observar como um órgão pode se confundir na busca por novas atribuições:

1.1. determinar à FUNAI que:

1.1.1. dê à Lei nº 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, interpretação conforme a Constituição Federal, no sentido de conceder aos índios brasileiros plena capacidade civil, quando evidenciarem assimilação dos usos e costumes da comunhão nacional, ou ainda demonstrarem compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade, fatores estes que lhes permitam expressar sua vontade cientes das conseqüências dos atos praticados, evitando, assim, substituir a vontade dos índios e/ou de suas comunidades pela sua própria ou de seus agentes;

1.1.2. confie aos índios brasileiros, uma vez reconhecida a plena capacidade, nos moldes acima mencionados, o encargo de gestão do patrimônio que lhes couber, em conformidade com o disposto no art. 42 da Lei nº 6.001/1973;

¹⁹² Ver [decisão no agravo de instrumento 2007.04.00.025851-4/PR](#).

¹⁹³ O procedimento encontra-se paralisado por decisão do ministro Gilmar Mendes, que, enquanto presidente do STF, [na ação cautelar 2556](#), suspendeu o procedimento administrativo da Funai e os efeitos da Portaria 791 do Ministro da Justiça no que se refere às propriedades dos requerentes (entre eles Pedro Pedrossian, ex-governador do Estado de Mato Grosso do Sul). Parte da decisão revela como pôde o STF decidir a suspensão "Os autores das mencionadas terras ajuizaram ação (em 10/09/2008) com o objetivo de anular a referida portaria. Com o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul no pólo ativo da demanda (assistente liticonsorcial), o Juízo Federal da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Campo Grande declinou a competência ao Supremo Tribunal Federal, com base no art. 102, I, "f", da Constituição. Alegam os autores que, um ano e meio após o ajuizamento da ação, o pedido de tutela antecipada ainda não foi apreciado. A demora na remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal poderá trazer conseqüências graves para a efetiva posse e propriedade das terras e tornar impossível a apreciação definitiva da ação." O Ministro Gilmar Mendes simplesmente desconsiderou as outras decisões da Justiça Federal e do TRF da 3ª Região que confirmavam a validade do procedimento de reconhecimento da terra indígena, ao mesmo tempo em que se baseava na decisão do STF sobre Raposa Serra do Sol.

1.1.3. oriente sua atuação como instituição de apoio aos grupos indígenas e de fomento ao desenvolvimento sócio-econômico e cultural de suas comunidades, reservando para si o papel de tutora apenas nos casos de comunidades isoladas que, a par dessa situação, não têm como manifestar sua vontade;

1.1.4. envie esforços necessários à fiscalização em áreas indígenas por parte do IBAMA e do DNPM, inclusive alertando as comunidades indígenas da competência destes órgãos para realizar essa atividade no âmbito de suas respectivas esferas de competência nas referidas áreas indígenas;

1.1.5. facilite a realização dos levantamentos geológicos básicos a cargo da CPRM (Serviço Geológico Nacional), atividade de estatura constitucional (CF, art. 21, XV) que não se confunde com a pesquisa e a lavra de bens minerais, envidando todos os esforços necessários para que a Companhia possa cumprir seu mister a contento e sem embaraço, inclusive alertando as comunidades indígenas da natureza dos trabalhos a serem executados;

1.1.6. auxilie o DPF a dar integral cumprimento a mandados judiciais que envolvam interesses indígenas, ainda que contrários a tais interesses, inclusive alertando as comunidades indígenas da necessidade dessa medida e das consequências da recusa ao cumprimento dos aludidos mandados;

1.2. determinar ao DNPM que regulamente, no prazo de 60 (sessenta) dias:

1.2.1. a exploração garimpeira, ouvidos o IBAMA e a FUNAI, pelos próprios índios em áreas indígenas, estabelecendo o limite entre mineração (atividade ainda ilegal por ausência de regulamentação por parte do Congresso Nacional) e garimpagem (atividade legal, pendente apenas de regulamentação para o seu exercício);

1.2.2. o limite, ouvidas a CPRM e a FUNAI, entre as atividades de levantamento geológico básico (que independem de autorização do Congresso Nacional) e as atividades de pesquisa e lavra (que, em área indígena, dependem de autorização específica do Congresso Nacional), bem como o processo de comunicação da CPRM à FUNAI prévio à realização de trabalhos em áreas indígenas;

1.3. determinar ao IBAMA que:

1.3.1. encaminhe, no prazo de 60 (sessenta) dias:

1.3.1.1. proposta ao CONAMA, ouvidos o DNPM e a FUNAI, com vistas à regulamentação do processo de licenciamento ambiental para a realização de atividades garimpeiras pelos próprios índios nas áreas tradicionalmente por eles ocupadas;

1.3.1.2. projeto ao CONAMA, ouvida a FUNAI, com vistas à regulamentação da obtenção de licença ambiental pelos índios para a exploração de recursos florestais existentes nas

áreas tradicionalmente por eles ocupadas (regulamentando, inclusive, o manejo para exploração de madeiras);

1.3.2. se abstenha de proceder ao licenciamento e à fiscalização de obras e atividades desenvolvidas:

1.3.2.1. no entorno de áreas indígenas que não sejam superpostas a unidades de conservação, como se tais áreas fossem zona de amortecimento de unidade de conservação (isto é, evite licenciar e fiscalizar nessas áreas com os critérios aplicáveis a zonas de amortecimento de unidades de conservação), por falta de amparo legal;

1.3.2.2. no interior de áreas indígenas (e não de forma supletiva) de forma principal quando tais obras e atividades não impliquem significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, uma vez que tal licenciamento e fiscalização refogem à competência legalmente estabelecida para o IBAMA (Lei nº 6.938/1991, art. 10, § 4º);

1.4. determinar à CPRM que preveja em sua programação de atividades a realização de levantamentos geológicos no interior de áreas indígenas, uma vez que tais levantamentos não se confundem com as atividades de pesquisa e lavra de bens minerais e, portanto, independem de prévia autorização do Congresso Nacional para sua efetivação;

1.5. determinar ao DPF que:

1.5.1. se abstenha de condicionar a realização de operações policiais nas áreas indígenas para retirada de garimpeiros à liberação de recursos pela FUNAI destinados ao pagamento de diárias;

1.5.2. preveja em sua proposta orçamentária recursos específicos para a realização de operações policiais de retirada de garimpeiros em áreas indígenas, ante a frequência com que tais operações têm sido demandadas nos últimos anos;

1.6. determinar ao CONAMA que, no prazo de 60 (sessenta) dias, reveja, por ofensa aos princípios da legalidade e da razoabilidade, o art. 4º, inciso I, de sua Resolução nº 237/1997, no que se refere à fiscalização de empreendimentos e atividades no interior de áreas indígenas, haja vista que não se pode, a priori, afirmar que todo empreendimento e atividade ali desenvolvidos produzam significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional (Lei nº 6.938/1991, art. 10, § 4º);

1.7. determinar à FUNAI, ao IBAMA e ao DNPM que, no prazo de 60 (sessenta) dias, elaborem, conjuntamente, programa de regularização das atividades de garimpagem desenvolvidas por grupos indígenas nas áreas tradicionalmente por eles ocupadas, contemplando o licenciamento mineral e o licenciamento ambiental de tais atividades, em conformidade com o vigente ordenamento jurídico;

1.8. determinar à FUNAI e ao IBAMA que:

1.8.1. se abstenham de obstaculizar projetos de manejo florestal propostos por comunidades indígenas sob o pretexto de se encontrar em curso projeto- piloto nessa área ou de que o projeto pode trazer prejuízos culturais para tais comunidades, uma vez que a decisão acerca da conveniência/inconveniência da proposta cabe à comunidade indígena e não aos órgãos ambiental e indigenista;

1.8.2. elaborem, no prazo de 90 (noventa) dias, após confirmado o efetivo interesse por parte das comunidades indígenas Cinta Larga e Suruí, plano de manejo florestal das respectivas áreas indígenas, adotando as providências necessárias para o licenciamento ambiental da referida atividade;

1.8.3. proponham, conjuntamente, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, à Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Conselho de Governo, após audiência das representações de comunidades indígenas envolvidas, as diretrizes para a regularização de eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação, em cumprimento ao disposto no art. 57 da Lei nº 9.985/2000;

1.8.4. encaminhem, no prazo de 60 (sessenta) dias, ao CONAMA proposta de regulamentação da utilização pelos índios dos recursos naturais em unidades de conservação superpostas a áreas indígenas;

1.8.5. atentem, por ocasião da elaboração da regulamentação mencionada no subitem anterior, para o fato de que, em Direito, conforme os preceitos de hermenêutica jurídica consagrados pela doutrina, inexistem valores absolutos e de que a interpretação das normas deve pautar-se no princípio da razoabilidade, de forma a compatibilizar os diversos valores envolvidos, visto configurar-se inadmissível que um direito garantido na Constituição Federal seja, por meio de um mecanismo de interpretação, completamente esvaziado sob o argumento de observância de outro direito igualmente nela estabelecido;

Em abril de 2007, uma reforma no Ministério do Meio Ambiente, cuja ministra era Marina Silva, repartiu as funções do Ibama, tendo sido criado o Instituto Chico Mendes para Conservação da Biodiversidade - ICMBio, responsável pela política e gerenciamento das unidades de conservação, e o Serviço Florestal, órgão que nasceu para conceder as florestas públicas e desenvolver a indústria extrativa madeireira sustentável. Essa mudança foi duramente criticada pelas entidades ambientalistas e pelos servidores dos órgãos envolvidos, que a viam com desconfiança e apontando a possibilidade de enfraquecimento do Ibama e de seu papel de analista e licenciador de obras e empreendimentos com impacto ambiental. O Ministério do Meio Ambiente também passou a encabeçar, junto com o Ministério do Desenvolvimento Social, a Política Nacional de Povos e Comunidades

Tradicionais (PNPCT), normatizada através do Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.

Em maio de 2007, denúncia de 2005 sobre a extração ilegal de madeira no Parque do Xingu resultou na investigação e prisão temporária de 31 pessoas, empresários, madeireiros, proprietários rurais, grileiros, índios, técnicos, consultores ambientais e servidores públicos do Ibama e da Secretaria Estadual de Meio Ambiente - Sema/MT.

A primeira reunião da recém-instalada CNPI foi marcada pelo projeto do governo federal sobre a regulamentação da mineração em terras indígenas. Entretanto, os representantes indígenas formaram posição de que só iriam discuti-lo se vinculado ao estatuto para os povos indígenas, em tramitação no Congresso (ISA, 2007d). Foram aprovadas nove subcomissões para acompanhar e propor questões em diferentes áreas:

- *Elaboração do anteprojeto de lei do Conselho Nacional de Política Indigenista*
- *Justiça, Segurança e Cidadania*
- *Terras Indígenas*
- *Etno-desenvolvimento*
- *Legislativa (incluindo temas como Estatuto, mineração, gestão, e outros relativos à regulamentação da CF)*
- *Saúde Indígena*
- *Educação Escolar Indígena*
- *Gênero, Infância e Juventude*
- *Articulação de Políticas Públicas (participação, controle social, conferências, PPA ...)*

Para minimizar os protestos indígenas contra o PAC, visto o programa como mais uma fonte de pressão para a exploração dos recursos naturais e impactos

nas terras indígenas, o governo federal apresentou a Agenda Social dos Povos Indígenas, um conjunto de ações interministeriais que visava à melhoria da qualidade de vida dos povos indígenas do Brasil e tinha como metas: demarcar 127 terras indígenas e reassentar 9 mil famílias de trabalhadores rurais ocupantes de terras indígenas até 2010; recuperar áreas degradadas em terras indígenas, promover a criação de territórios indígenas da cidadania, fortalecer 11 frentes de proteção a povos indígenas isolados; documentar e fortalecer a prática de 20 línguas indígenas ameaçadas de desaparecimento; levar benefícios do governo federal a todas as aldeias e população indígena urbana do país, fortalecendo as organizações indígenas para o exercício do controle social das ações governamentais. Para cumprir as ações planejadas na Agenda Social dos Povos Indígenas, Márcio Meira anunciou que, em 2008, o orçamento da Funai iria receber um aumento de 44% ou R\$ 305 milhões. O também chamado PAC indígena teria participação da Funasa, que pretendia levar saneamento básico e tratamento de água para as aldeias indígenas e comunidades quilombolas, com um acréscimo orçamentário de R\$ 200 milhões.

O projeto da usina de Belo Monte, previsto no PAC, era contestado judicialmente pelo Ministério Público Federal no Pará, e receberia a devida atenção das organizações indigenistas e dos indígenas moradores da bacia do rio Xingu, que se articulavam no Encontro dos Povos Indígenas do Xingu no começo de junho em Altamira (PA). O projeto de onze pequenas centrais hidrelétricas preocupava os povos indígenas do noroeste do Mato Grosso e de Rondônia (GOMES, 2007b). Outra obra do PAC, a usina de Estreito no rio Tocantins (MA e TO) era paralisada por liminar da Justiça Federal de Imperatriz (MA) a pedido do Cimi e da Associação de Desenvolvimento e Preservação dos Rios Araguaia e Tocantins, ligada ao Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB). Primeira de muitas ações judiciais que questionariam o licenciamento ambiental, a ação civil pública n. 2007.37.01.00175-6 apontava a não participação da Funai na elaboração do termo de referência que embasou o Estudo e o Relatório de Impacto Ambiental (EAI/RIMA) do projeto, a descon sideração das áreas indígenas nos estudos¹⁹⁴ e, entendendo que os índios Apinajés e seu território serão afetados pela hidrelétrica, a não realização, por parte

¹⁹⁴ Análise etnográfica do licenciamento ambiental da UHE de Estreito, ver Almeida (2007).

do Congresso Nacional, de uma audiência pública com os indígenas, como exige a Constituição. Contudo, a liminar não teve vida longa, sendo cassada pela presidente do TRF da 1ª Região nas suspensões de segurança nº 2007.01.00.017913-9/MA e nº 2007.01.00.018029-9/MA.

Também em junho de 2007 uma notícia chamou atenção para a existência de povos e comunidades vivendo de forma totalmente autônoma - ou isolada - na Floresta Amazônica¹⁹⁵. Um grupo de 87 índios da etnia Metyktire (um dos grupos dos chamados genericamente Kayapós) que vivia de forma autônoma no sul do Pará, na terra indígena Menkragnoti, fizeram contato com seus parentes do norte do Mato Grosso, da comunidade liderada pelos conhecidos índios Raoni e Megaron Txucarramãe. O contato provavelmente foi desejado pelo grupo autônomo para fugir das pressões de madeireiros e garimpeiros que agiam na sua terra indígena e que já tinham sido denunciadas pelo Kayapós anteriormente. Na mesma época, os Yanomami das terras indígenas do norte do Amazonas e Roraima também denunciavam a invasão de suas terras e pediam medidas ao governo contra o garimpo ilegal (ISA, 2007e). Na fronteira com o Acre, a exploração de madeiras no Peru pressionava e ameaçava povos autônomos (ISA, 2007f).

O reconhecimento de terras indígenas no ano de 2007 seguiu com 7 portarias declaratórias do ministro da Justiça em agosto (5 no AM, 1 no MT e 1 no AC). A mais emblemática delas, no entanto, seria o reconhecimento, depois de alguns anos de protestos e invasões de áreas de propriedade da empresa Aracruz Celulose, das terras indígenas Tupiniquim e Comboios, destinadas aos povos Tupiniquim e Guaraní no município de Aracruz, Espírito Santo. Ainda que tenham sido reconhecidas novas terras indígenas, as reações judiciais que paralisaram todas as portarias assinadas no dia do índio acenderam um sinal de alerta no governo para a dificuldade da questão. Seu efeito seria sentido mais a frente, quando apurada a quantidade de declarações/homologações no segundo Governo do presidente Lula em número muito menor que o primeiro mandato.

¹⁹⁵ Para entender e localizar os grupos autônomos ou isolados identificados ou não confirmados no Brasil, ver Blanco, 2007:26 e Milanez, 2007: 30, ambos em Funai (2007).

A Assembleia Geral da ONU aprovou dia 13 de setembro de 2007, após duas décadas de negociações, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Um feito e tanto do Estado brasileiro, que apoiou essa declaração, e da delegação brasileira, que teve participação ativa de muitos indígenas brasileiros, como a de Azelene Kaingang, e foi muitas vezes chefiada, no período do governo Lula, por Mércio Gomes, que fora presidente da Funai. Por essa razão, ele foi indicado pelo Ministério das Relações Exteriores para a relatoria especial dos direitos dos povos indígenas do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Diversas lideranças indígenas protestaram contra essa indicação, o que fez o governo brasileiro recuar e retirar seu nome.

Muitas universidades públicas, como Universidade do Estado da Bahia - UNEB e a Universidade Federal de São Carlos - UFSCar, passaram a ter vagas reservadas para indígenas. Outras, como a Universidade do Estado do Mato Grosso - UNEMAT, passaram a oferecer licenciaturas para a formação de professores indígenas.

O quadro na saúde seguia muito grave. A mortalidade infantil indígena era apontada como muitas vezes superior à do não indígena, atingindo principalmente os Guaranis e Xavantes. Terras indígenas com populações de povos isolados ou autônomos, como o Vale do Javari e Yanomami, sentiam epidemias de malária e de hepatite e começavam a sofrer com doenças sexualmente transmissíveis. A Funasa estava no meio do caminho entre oferecer o serviço por conta própria, com equipes transitórias e sem preparo, e terceirizar para prefeituras e organizações desorganizadas ou imersas em esquemas de corrupção. Os cargos regionais que na Funai eram, majoritariamente, administrados ou pelo PT ou por partidos da base aliada do governo, na Funasa eram administrados pelo PMDB. Os protestos, invasões de repartições públicas e sequestro de equipes eram diários. Operações do Departamento de Polícia Federal, como a "operação metástase" em Roraima, prendiam servidores que se locupletavam do cargo público e desviavam dinheiro do atendimento à saúde indígena.

No Congresso Nacional, a questão indígena era pautada pelo interesse na discussão de um projeto sobre mineração indígena e nas constantes tentativas de limitar a demarcação de terras indígenas. O governo federal estudava apresentar uma proposta sobre mineração, que já tinha sido discutida com todos os ministérios envolvidos. A mineração em terra indígena era rechaçada pelos Yanomami e Kayapó, que sofriam historicamente com o garimpo de ouro em suas terras e expressavam legitimamente sua oposição. As lideranças indígenas ligadas às organizações indigenistas firmavam posição de discutir a questão no âmbito de um novo estatuto para os povos indígenas. Os parlamentares pressionavam o Governo e declaravam publicamente a importância da questão, liderados por Romero Jucá (PMDB-RR), que representava os interesses da indústria de mineração e do garimpo, e Eduardo Valverde (PT-RO). No final do ano, o garimpo de diamantes na Terra Indígena Roosevelt (RO) voltou a funcionar ([ARRUDA, 2007](#)).

A primeira questão de 2008, apesar de relativa importância no contexto maior da política indigenista do Brasil, é muito interessante a este trabalho. Os Guaranis das terras indígenas Panambi e Panambizinho, no Mato Grosso do Sul, pediram à Funai a retirada das igrejas que lá se instalaram, temendo a perda de sua identidade cultural ([GOMES, 2008](#)). Essa é uma questão bastante complexa para o Estado brasileiro, pois se, de um lado é obrigado a proteger os povos indígenas, suas organizações sociais e crenças, por outro a liberdade religiosa é utilizada pelas igrejas e por alguns indígenas para professar sua fé e instalar igrejas nas terras indígenas. Mesmo os indígenas contrários ao proselitismo religioso e aos indígenas convertidos, não querem embates com seus parentes, evitando conflitos internos.

A Funai, o Ministério Público ou o Judiciário, ao serem chamados para mediar esse tipo de conflito, esbarram em grandes resistências e muitas dificuldades. A primeira delas é a presença diária e a residência dos religiosos em terras indígenas, financiados pelas igrejas para professar sua fé e catequizar os indígenas. Por outro lado, há a dificuldade da presença estatal de forma intermitente. A conversão de indígenas pelas igrejas acaba as tornando suas representantes e a presença e a atividade dos religiosos é respaldada cada vez mais pela força política e eleitoral das igrejas, auxiliadas pela ausência de controle ou regulamentação de sua atividade,

tendo a seu lado o poder histórico da Igreja Católica e sua proximidade com a questão indígena e o crescimento e influência das igrejas protestantes.

Na história recente dos povos indígenas no Brasil diversas igrejas influenciaram e seguem influenciando os povos indígenas a mudar seus costumes e crenças. Algumas entidades religiosas têm ação indigenista constante e diversificada, como o Cimi, ligado à Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB da Igreja Católica, que é a maior organização indigenista atuante no Brasil, com um trabalho intenso na luta pelos direitos dos povos indígenas e distante da pregação religiosa (ainda que em alguns casos ela exista). Muitas ações de organizações protestantes, no entanto, são denunciadas pela tentativa de impor valores, crenças, cultos e cosmologias estranhos aos povos indígenas. O trabalho mais conhecido das organizações ligadas às igrejas protestantes volta-se à educação, notadamente ao conhecimento das línguas indígenas, essencial para a tradução da bíblia e a catequização dos indígenas. A atenção à saúde indígena, inclusive com o financiamento estatal, também é uma porta para a atuação das missões religiosas e forma de legitimação de sua presença entre os indígenas. Os principais grupos religiosos protestantes com atuação indigenista são o Grupo de Trabalho Missionário Evangélico - GTME e o Conselho de Missão entre os Índios - COMIN (RUFINO, 2000). Nas suas atividades religiosas ou indigenistas, as organizações protestantes se aliam a garimpeiros no Amapá, madeireiros e fazendeiros no Pará, seringueiros no Acre, ao Exército no Amazonas, tudo para alcançar a salvação das almas indígenas (MILANEZ, 2011). Mas a grande estratégia é a utilização dos próprios indígenas como missionários, certos de que nunca o Estado poderá impedir os indígenas de professarem sua fé.

A história recente do povo Zuruahã¹⁹⁶ é um bom exemplo da complexidade das missões evangélicas junto aos povos indígenas. Dizimados pelas doenças e fugindo do contato, o povo Zuruahã buscou refúgio nas redondezas do igarapé Jokihi (ou Pretão, para os regionais), no sudoeste do estado do Amazonas, mais distante possível das rotas fluviais e cerca de oito dias de barco da cidade mais próxima, Lábrea/AM. Ainda assim, na década de 1970, foram contatados por

¹⁹⁶ Para mais informações ver <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/zuruaha>

missionários católicos ligados ao Cimi e à Operação Amazônia Nativa - Opan. Em 1984, a Funai criou um grupo de trabalho para identificação de seu território. O contato com a Funai abriria o caminho para que os missionários da Jovens com uma Missão - Jocum, ligada ao Summer Institute of Linguistics, organização religiosa evangélica americana, entrassem em contato e se instalassem junto ao povo Zuruahã com o propósito de prestar assistência médica. Um dos aspectos característicos da sociedade sorowaha é a regularidade da morte voluntária ou suicídio. De 1980 a 1995 houve entre os Zuruahã cerca de 38 óbitos por suicídio numa população média de 123,6 pessoas. O suicídio era a causa de 57,6% das mortes naquele povo (ISA, s.d).

Em 2005, os missionários da Jocum, Edson e Márcia Suzuki, eram os únicos a manter residência na terra indígena Zuruahã e falar a língua indígena. Em maio de 2003, o então procurador da República no Amazonas Sérgio Lauria Ferreira determinara a expulsão dos missionários da Jocum pela Funai (MILANEZ, 2011:400). Contudo, a missão resistia à saída, amparada no respeito que tinha entre os indígenas e na deficiência do Estado brasileiro em assisti-los (a Funai, apesar de toda a pressão para retirar a missão não conseguia nomear ninguém para ser chefe de posto naquela terra indígena). A organização contava, ainda, com a logística necessária para a mediação cultural, como hidroaviões e financiamento para suas atividades, além de compartilhar com outras missões religiosas pistas de pouso e barcos para suas atividades. O Cimi denunciava o proselitismo religioso e a interferência cultural da Jocum e a responsabilizava pelo aumento do número de suicídios.

A questão ganhou atenção nacional ao serem retiradas da aldeia as crianças Iganani (na época com um ano e meio de idade) e Sumawani (seis meses de idade), primeiro para tratamento em São Paulo junto com seus pais, onde após foram residir sob a justificativa de que seriam assassinadas por apresentarem deficiências físicas, muito embora a Funai e especialistas afirmarem que o abandono pelas mães e pais e o acolhimento pelas avós fazia parte de um ritual de aceitação da diferença. Uma campanha contra o infanticídio foi iniciada pela ATINI - voz pela vida, ligada à Jocum, mais tarde retirada da terra indígena por ação da Funai. Parte da campanha gerou o pequeno documentário Uma voz pela vida... Hakani, que chocou as entidades indigenistas e indígenas pelo tratamento estigmatizante dado aos povos indígenas.

A campanha teve impulso com inúmeras audiências no Congresso Nacional, patrocinadas por congressistas evangélicos. Resultou também no projeto de lei 1057, de 2007, do deputado Henrique Afonso (PT-AC), chamada lei Muwaji (nome da mãe da criança Zuruahã Iganani), que lista práticas tradicionais consideradas nocivas e criminaliza a conduta de não denunciá-las e de não tomar as medidas cabíveis contra elas, quando autoridade. O texto do projeto caminhou no Congresso, tendo sido aprovado substitutivo da deputada Janete Rocha Pietá (PT-SP) na Comissão de Direitos Humanos, que modifica o original para que os órgãos responsáveis pela política indigenista promovam iniciativas de caráter conscientizador, quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as práticas de infanticídio, atentado violento ao pudor ou estupro, maus-tratos, agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores indígenas.

O único jornalista que escreve matérias sobre povos indígenas nas grandes empresas de comunicação, Roldão Arruda, do jornal *O Estado de São Paulo*, fez, em fevereiro de 2008, uma série de reportagens sobre a vida dos Guarani-Kaiowá do Mato Grosso do Sul. A primeira questão abordada é o trabalho de indígenas nas plantações de cana. O Ministério Público do Trabalho - MPT, que conhece a questão indígena, especialmente suas condições de trabalho, estima que há 13 mil o número de índios empregados pelas nas usinas açúcar e álcool somente nesse estado (ARRUDA, 2008a). Nas aldeias Jaguapiru e Bororo, na cidade de Dourados, esse trabalho é a principal fonte de renda para os 12 mil indígenas que lá vivem. A tarefa na lavoura é penosa. De acordo com o procurador do MPT, Cícero Pereira: "*Os índios suportam melhor as pesadas jornadas nos canaviais e são tidos como trabalhadores menos exigentes*" (ARRUDA, 2008a).

Em 2007, o Ministério do Trabalho resgatara 1.568 pessoas que se encontravam em condições análogas à escravidão, a maioria de indígenas. Os indígenas muitas vezes começam a trabalhar na lavoura de cana-de-açúcar devendo dinheiro. Adiantamentos do salário, custo com transporte ou dinheiro para o equipamento de segurança são cobrados pelo cabeçante, o intermediário que contrata o indígena para trabalhar para o fazendeiro ou para usina¹⁹⁷. A presença do cabeçante

¹⁹⁷ Geralmente, nas equipes indígenas o cabeçante também é um indígena.

na relação de trabalho pode levar os indígenas a uma condição análoga à escravidão, quando o cabeçante recebe o pagamento pelo trabalho dos indígenas e retém documentos ou o adiantamento e a comissão. Um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e usinas de açúcar e álcool, regulamentando o Contrato por Equipe, é um interessante exemplo de uma ação estatal no sentido de proteger a organização social e costumes dos povos indígenas, com as seguintes regras:

- *Descanso de 4 dias para voltar para as aldeias a cada 45 dias de trabalho, garantido o pagamento do salário e o transporte pela empresa;*
- *O cabeçante deverá trabalhar na mesma área e dormir no mesmo alojamento que os indígenas;*
- *A equipe liderada pelo cabeçante deverá ser de, no máximo, 50 pessoas;*
- *A remuneração do cabeçante será paga pela empresa;*
- *O empregador deverá fornecer três refeições por dia e água potável e fresca para beber. A comida poderá ser descontada em até 25% do salário mínimo;*
- *O indígena não pode trabalhar com agrotóxicos;*
- *O empregador não poderá fornecer bebida alcoólica aos indígenas.*

O trabalho e os programas públicos de distribuição de renda, continuava a reportagem, eram responsáveis, na avaliação de organizações não-governamentais que trabalham com os Guarani, pelo enfraquecimento das reivindicações pelo reconhecimento de mais territórios indígenas. E estarem confinados em pequenas terras indígenas seria origem do aumento dos conflitos internos, alcoolismo, violência, uso de drogas e suicídios entre os Guaranis de Mato Grosso do Sul.

Outra reportagem, de fevereiro de 2008 (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2008), relatava que crianças e adolescentes indígenas em Dourados, vítimas de maus-tratos de pais ou familiares, teriam sido retirados de suas famílias e

colocados para adoção. A Funai contestou, no Tribunal de Justiça, a solução dada aos processos de adoção pelo Conselho Tutelar e pela Vara de Infância e Adolescência. As crianças e adolescentes que sofriam violências, cuja causa última seria o consumo de álcool, eram adotadas por famílias não-indígenas. Essa alternativa não respeitava as diferenças culturais dos povos indígenas, de acordo com a Funai e as lideranças indígenas. Melhor solução era manter as crianças e os adolescentes na sua cultura, adotados por outras famílias indígenas, com o que concordava o cacique Ambrósio Vilhalba, de 50 anos, da Aldeia Guiraroka: *“Tenho 22 filhos adotivos, a maioria já é maior de idade. Também acho que índio tem que viver na aldeia, junto com índio.”*

Em março, foi promulgada a lei 11.465/08, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e substituiu a lei 10.639/03, que já previa a obrigatoriedade do ensino sobre história e cultura afrobrasileira em todas as escolas brasileiras, para tornar obrigatório também o ensino da história dos povos indígenas no Brasil pública e privada.

No mesmo mês, o procurador-geral da República enviou ao presidente da República e ao ministro da Justiça uma recomendação para que promovessem a imediata retirada dos ocupantes não-indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. No entanto, o STF voltara a suspender a desintrusão da Raposa até o julgamento das ações. Vocalizando uma posição das Forças Armadas, o general do Exército brasileiro Augusto Heleno Ribeiro Pereira, comandante do Comando Militar da Amazônia, deu entrevistas em diversos jornais e noticiários televisivos contestando a retirada dos ocupantes da Raposa e qualificando a política indigenista do governo Lula de "lamentável, para não dizer caótica", durante palestra no Círculo Militar. O documento final do V Acampamento Terra Livre (2008) protestava contra a decisão do STF no caso Raposa e nas muitas ações que aguardavam julgamento, os impactos das obras previstas no PAC, a criminalização de lideranças indígenas, além de reivindicar ao Legislativo a criação do Conselho Nacional de Política Indigenista e a aprovação do estatuto dos povos indígenas, e aos poderes executivos providências nas áreas da saúde, educação e demarcação de terras indígenas. As manifestações favoráveis e contrárias à decisão sobre a Raposa pelo STF preencheram a pauta da questão indígena no primeiro semestre de 2008.

Ainda em abril, o governo federal encaminharia ao Congresso Nacional uma proposta de substitutivo ao projeto de lei n. 1.610/96, que pretende regulamentar a mineração em terras indígenas. Elaborada por um grupo interministerial, o substitutivo não era diferente das minutas apresentadas para debate com os povos indígenas em 2006 na Conferência Nacional dos Povos Indígenas e em 2007 na Comissão Nacional de Política Indigenista, quando os indígenas demonstraram uma posição contrária à regulamentação da matéria.

Em maio, a ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, pedia exoneração, o que demonstrava o esgarçamento da pauta ambiental dentro do governo federal e o maior poder conferido à agenda desenvolvimentista liderada pela então chefe da Casa Civil Dilma Roussef. Motivou o pedido de exoneração a nomeação do então ministro da Secretaria de Assuntos Estratégicos Mangabeira Unger como coordenador do Programa Amazônia Sustentável - PAS, a possibilidade de revogação da regulamentação da lei de crimes ambientais, da necessidade de geoprocessamento das propriedades rurais e da restrição do crédito oficial para quem desmatava ilegalmente.

Enquanto isso, os povos indígenas protestavam contra a hidrelétrica de Belo Monte no evento *Xingu vivo e para sempre*, em Altamira/PA, promovido pelo Cimi, por organizações ambientalistas e pelos povos do Xingu, e contra as pequenas hidrelétricas do rio Juruena, com o fechamento de uma ponte da rodovia MT 170 por indígenas dos povos Enawenê-Nawê, Cintas-Largas, Arara, Mynky, Irantxe, Kayabí, Apiaká, Munduruku, liderados por Rikbatsa. Cinco das pequenas centrais hidrelétricas no Juruena tiveram seu licenciamento ambiental paralisado por uma liminar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mas em julho essa decisão foi cassada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes¹⁹⁸. Mais tarde, em outubro,

¹⁹⁸ O Juiz Federal da 5ª Vara de Cuiabá negou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela sob os seguintes fundamentos:

“Não há nos autos qualquer documento que demonstre ter a FUNAI solicitado à SEMA/MT a transferência do procedimento de licenciamento das PCH's ao IBAMA, de maneira que, resta cristalino ser da competência do órgão ambiental estadual, a competência para conduzir o licenciamento das mencionadas hidrelétricas.

(...)

Quanto à necessidade do EIA e RIMA, em razão da disposição contida na Resolução n. 001/86 do CONAMA, cujo art. 2º exige a elaboração do EIA e RIMA em toda atividade modificadora do meio ambiente, verifico que a Constituição Federal de 1988, tratando sobre a proteção ao meio ambiente,

dispõe no art. 225, § 1º, IV, que deve o Poder Público 'IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade'.

Vê-se, assim, que o texto constitucional passou a exigir o estudo de impacto ambiental apenas para as atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, ao contrário do que dispunha a mencionada Resolução CONAMA 001/86, que por estar flagrantemente em, contradição com o texto constitucional não pode ser recepcionada, razão pela qual o CONAMA, no uso de suas atribuições, publicou a Resolução CONAMA nº. 237/1997, que passou a exigir o EIA/RIMA apenas para 'empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente', dispondo seu parágrafo único que o órgão ambiental 'verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.'

(...)

O IBAMA, expressamente pronunciou-se no sentido de não ser competente para proceder ao licenciamento do empreendimento em questão, em virtude de não ser o mesmo o causador de significativo impacto ambiental, e dizendo competir à SEMA/MT tal competência, de maneira que, com base no acima exposto, referida secretaria deveria definir os estudos ambientais que julgar necessários."

Contra essa decisão, o MPF interpôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal Regional da 1ª Região (AI nº 2008.01.00.008210-0/MT), relatado pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, que resolveu reverter a decisão de primeiro grau e conceder os efeitos da tutela antecipada:

"De tudo que foi exposto, conclui-se que haverá notável impacto das doze usinas em série, uma após a outra, na transposição de peixes. Não é necessário ser perito para se constatar que não haverá distância suficiente entre uma usina e outra, de forma que os processos ecológicos, hoje existentes, desaparecerão.

É inegável que a série de usinas em sequência afetará as espécies de peixes migradoras. As usinas, mesmo que pequenas, sendo construídas de forma sucessiva, em pequena extensão, causarão impacto intenso no modus vivendi das populações indígenas e seus recursos naturais como caça e pesca. Considerada as distâncias das terras indígenas em relação ao complexo hidrelétrico Jurueña, a eventual proximidade das aldeias dos núcleos urbanos, a situação de carência e risco decorrente da expansão da fronteira agrícola, a relação das sociedades tradicionais e recursos hídricos, os vínculos com o rio, a expansão da sociedade regional, é injustificável, no caso concreto, a ausência de realização de estudo de impacto ambiental.

(...)

A legislação estadual só exige a realização de EIA/RIMA para empreendimentos com potencial superior a 30 MW, assim todas as centrais hidrelétricas no Estado de Mato Grosso são construídas sem tais estudos. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não pode o Estado federativo invadir a competência do legislador federal criando exceções incompatíveis com a norma do inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. O código estadual de meio ambiente do Estado de Mato Grosso que dispensa o EIA/RIMA na construção de usinas hidrelétricas de até 30 MW é inconstitucional. Portanto, o EIA/RIMA deve ser realizado e com a participação do IBAMA.

(...)

O complexo hidrelétrico do Jurueña significará aproveitamento de recursos hídricos de domínio da União e que atravessam áreas de terras indígenas, fato esse que requer a autorização do Congresso Nacional ex vi do art. 231, § 3º da Constituição Federal.

Este Tribunal Regional tem decidido que o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas só pode ocorrer após prévia autorização do Congresso Nacional. Por ocasião do julgamento de agravo envolvendo a construção de UHE de Belo Monte, no rio Xingu, no Estado do Pará, apreciei inclusive a questão de que a atividade da comunidade indígena é, inclusive, anterior a deliberação do Congresso Nacional sobre se autoriza ou não a construção de UHE.

(...)

Reformo, pois, a r. decisão agravada e CONCEDO ANTECIPADAMENTE A PRETENSÃO RECURSAL para:

I. suspender os efeitos das licenças ambientais concedidas às PCH's Telegráfica, Rondon, Paresis, Sapezal e Cidezal;

II. determinar que os empreendedores se abstenham de promover a construção das usinas até realização do EIA/RIMA e sua análise pelo IBAMA".

O estado do Mato Grosso, contra o posicionamento de seu próprio órgão ambiental, e defendendo interesses empresariais de seu governador, que detinha participação em empresas consorciadas para construção das hidrelétricas, interpôs a Suspensão de Liminar n. 246/AL ao presidente do STF, que cassou a decisão do TRF da 1ª Região sob os seguintes fundamentos:

120 índios Enawenê-Nawê invadiram e incendiaram 12 caminhões, alojamentos, escritório e canteiro de obras da PCH Telegráfica, na cidade de Sapezal (MT).

O presidente da República participou, pela primeira vez, em junho de 2008, da 5ª Reunião Ordinária da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI). Foi acompanhado dos ministros Dilma Rousseff, da Casa Civil, Paulo Bernardo, do Planejamento, Nelson Jobim, da Defesa, José Gomes Temporão, da Saúde, Patrus Ananias, do Desenvolvimento Social, Márcio Fortes, das Cidades, Reinhold Stephannes, da Agricultura, Guilherme Cassel, do Desenvolvimento Agrário, dos secretários especiais de Política de Promoção de Igualdade Racial, Edson Santos, de Direitos Humanos, Paulo Vanucchi, do Advogado-Geral da União, José Antonio Dias

“A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis 4.348/64, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RI/STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional. Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 497-Agr/RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-Agr/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

Na ação civil pública originária discute-se, entre outros aspectos, a eventual inconstitucionalidade de dispositivo de lei do Estado de Mato Grosso que dispensa a realização de estudo de impacto ambiental e conseqüente relatório de impacto no meio ambiente (EIA/RIMA) em se tratando de empreendimento hidrelétrico com potencial energético não superior a 30 MW, em alegada afronta ao art. 225, §1º, IV, da Constituição.

Também é debatida a incidência do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, que condiciona o uso de recursos hídricos em terras indígenas à autorização do Congresso Nacional. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional.

(...)

No caso, entendo que está devidamente demonstrado o fundamento de aplicabilidade do instituto da suspensão, visto que a decisão impugnada, ao determinar a imediata suspensão de licenças ambientais concedidas pela SEMA-MT para a construção de pequenas centrais elétricas ao longo do rio Jurueña, com isso paralisando as obras até que realizado EIA/RIMA pelo IBAMA, representa grave risco de lesão à ordem, à economia e à saúde pública do Estado.

Para se chegar a essa constatação, basta observar que as obras se iniciaram há mais de cinco anos, se considerada a data em que concedida a licença de instalação, bem como o seu adiantado estágio (fls. 251/276), com cortes de terreno já efetivados e que certamente se perderão pela ação do tempo. Também merece atenção os efeitos deletérios ao próprio meio ambiente pela manutenção de grande área desmatada e cavada, podendo até mesmo assorear o próprio rio em que se realiza a obra, caso impedida sua continuidade.

Pelo que consta dos autos, tem-se que as pequenas centrais hidrelétricas não serão instaladas em área indígena, mas em suas adjacências, situação que, em análise perfunctória, se distanciaria da necessidade de autorização do Congresso Nacional exigida pelo art. 231, § 3º, da Constituição Federal. É preciso enfatizar, neste juízo mínimo acerca do mérito, que o próprio IBAMA já manifestou, nos autos da ação originária, não constituir órgão competente para atuação no caso concreto, por não se tratar de terras indígenas, e por ter constatado que o impacto da obra apresenta influência apenas no Estado de Mato Grosso.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar deferida em antecipação de tutela recursal pela Relatora do Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.008210-0, em curso no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.” [\(Petição do Instituto Sócio Ambiental na Suspensão de Segurança n. 246/AL\)](#)

Toffoli, e da representante da 6ª Câmara do Ministério Público Federal, Deborah Duprat, além dos presidentes da Funai e da Funasa.

Em julho de 2008, as promessas do governo federal de estudar a possibilidade de identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos Guarani-Kaiowa e Nhandeva no Mato Grosso do Sul começavam a ser cumpridas com portarias da Funai nomeando grupos técnicos. As portarias eram respaldadas por um termo de ajustamento de conduta - TAC celebrado entre a Funai e o MPF de Dourados. A resistência à constituição dos grupos técnicos não tardou, vinda, principalmente, do próprio governo do estado do Mato Grosso do Sul, da bancada daquele Estado no Congresso Nacional e da Federação de Agricultura e Pecuária do estado de Mato Grosso do Sul - Famasul. Declarações fortes, passeatas, audiências com o presidente do STF, Gilmar Mendes e ações judiciais se opuseram às portarias da Funai.

Ainda na véspera do julgamento no STF sobre a validade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o novo relator especial da ONU para direitos dos povos indígenas, o professor de direitos humanos e políticas públicas na Universidade do Arizona e indígena James Anaya, visitou o Mato Grosso do Sul e Roraima, indo às terras indígenas naquele momento mais conflituosas. Em seus pronunciamentos, nesse momento delicado e cheio de tensão, contornou maiores polêmicas e ressaltou a confiança nas instituições brasileiras, procurando evitar que sua visita fosse encarada como uma interferência indevida do organismo internacional.

Tudo o que envolvia a demarcação de terras indígenas ficou sobrestado com o início do julgamento no STF, em 27 de agosto. Na primeira fileira da plateia, sempre reservada aos advogados das partes do processo em julgamento, sentaram-se, de um lado, o procurador-geral do estado de Rondônia, o senador Mozarildo Cavalcanti, o ex-ministro do STF, Francisco Rezek, e outros advogados que representavam os ocupantes contrários à demarcação; de outro, o Advogado-Geral da União, a advogada indígena Joênia Wapixana, representante dos povos indígenas da Raposa Serra do Sol, advogados do Cimi, procuradores da República, procuradores da

Funai. Completavam a plateia ministros, senadores, deputados, prefeitos, integrantes das Forças Armadas, representantes de ONGs. A presença mais festejada era da senadora Marina Silva, ex-ministra do Meio Ambiente e representante máxima da luta pela Amazônia. Mas o colorido era dado pelas diversas lideranças indígenas do Brasil, com seus trajes de gala, suas penas e tintas, que contrastavam com a sobriedade reinante dos ternos escuros.

Uma vitória pôde ser celebrada antes do início do julgamento: Joênia Baptista, Wapichana, era a primeira advogada indígena a defender seu povo diante do Supremo Tribunal Federal, e o fez de forma emocionada. O voto do relator, Carlos Ayres Britto, foi brilhante na afirmação do alcance dos direitos indígenas inscritos na Constituição de 1988. Nas suas 108 páginas, o único ponto que se pode criticar é a negação da validade e do simbolismo da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas para afirmar o poder da Constituição. Mas, após o voto do relator, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o último a integrar o STF e o primeiro a votar numa ordem regimental, pediu vista do processo e adiou a conclusão de seu julgamento.

A reportagem *Ministros divergem de relator e admitem idéia de reduzir reserva* (RECONDO e GALUCCI, 2008), do jornal *O Estado de São Paulo*, do dia 29 de agosto de 2008, identificava 4 ministros discordantes do voto do relator no caso Raposa. Nos bastidores, sabia-se que o ministro Gilmar Mendes articulava um voto contrário, que seria oferecido pelo ministro Menezes Direito após o pedido de vista. Um prognóstico com base no último julgamento sobre terras indígenas no Supremo, no caso Jacaré de São Domingos situava o ministro Cezar Peluso no grupo que se opunha ao voto do relator, além de Marco Aurélio, o ministro com posições mais anti-indígenas da Corte. Havia ainda a influência política nesse grupo do ex-ministro do STF e então ministro da Defesa Nelson Jobim, grande responsável pela nomeação de Menezes Direito pelo presidente Lula.

Logo após o início do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal voltou a analisar o reconhecimento de terras indígenas em setembro, na Ação Civil Originária 312 sobre a validade dos títulos de propriedade

concedidos pelo estado da Bahia e a ocupação de fazendas na área da Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguaçu, do povo Pataxó Hã-Hã-Hãe. O relator da ação, ministro Eros Grau, declarou que a ação era a principal e mais dramática questão que ele analisara no STF, comprometendo-se a colocá-la em julgamento antes de sua aposentadoria, que estava próxima.

A reserva indígena com área de 54 mil hectares foi criada em 1926 pelo Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Nos anos 1940, o SPI passou a arrendar parte dessas terras, o que causou conflitos com os indígenas, a maioria sendo expulsos, e a posterior titulação pelo estado da Bahia, entre 1960 e 1970, aos arrendatários (ISA, 2008a). Em 1982, a Funai protocolou ação no STF, pedindo a anulação dos títulos de propriedade de terras concedidos pelo governo estadual e a retirada dos não-índios da reserva. O voto do ministro Eros Grau era pela procedência do pedido, reconhecendo a reserva como terra indígena e determinando a retirada dos não-indígenas. Outra vez, pedido de vista do ministro Menezes Direito interrompeu o julgamento, sob a justificativa de que a ação deveria ser analisada conjuntamente com o recurso extraordinário n. 204.647, do qual era relator, e com a Petição n. 3388, que discute a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

As portarias da Funai para o reconhecimento dos territórios tradicionais Guarani-Kaiowá e Nhandeva ainda repercutiam, agora com uma defesa ponderada da Associação Brasileira de Antropologia (GOMES, 2008a). Mas a maior reviravolta viria com uma pressão do governo do estado de Mato Grosso, que gerou o anúncio da suspensão das portarias até que se encontrasse uma solução para pagamento das benfeitorias e do valor da terra aos proprietários cujas terras viessem a ser reconhecidas como indígenas, além do compromisso de ter servidores e contratados pelo estado nos grupos de trabalho nomeados pela Funai. Nesse contexto, o bispo de Dourados, Dom Redovino Rizzardo, declarou seu repúdio à atuação do Cimi em relação à demarcação de terras indígenas no estado e sua discordância com relação às portarias da Funai (GOMES, 2008b).

Uma nova tentativa do governo federal para minorar a total inabilidade e corrupção na Funasa no atendimento à saúde indígena surgiu com a proposta

enviada ao Congresso Nacional da criação de secretaria específica no Ministério da Saúde. A medida não agradou o PMDB, que controlava a Funasa, e provocou muita resistência no Congresso. O então ministro da Saúde, José Temporão, foi confrontado pelo próprio presidente da Funasa, Danilo Fortes, e por correligionários de seu partido. Lideranças e organizações indígenas, principalmente aquelas que serviam à terceirização levada pela Funasa também protestaram. Os indígenas continuavam preocupados com a terceirização do atendimento à saúde indígena aos governos municipais, que desviavam os recursos para população urbana, quando não para seus esquemas criminosos, e não ofereciam um bom serviço a seus reais destinatários. Apesar de concordarem que uma mudança era necessária, todas as lideranças indígenas, das nomeadas para a CNPI às lideranças mais tradicionais, estranharam o fato de a nova proposta não ter sido apresentada para os povos indígenas, ainda que estivessem abertos à boa colaboração.

As eleições municipais no final do ano de 2008 revelaram boas vitórias aos povos indígenas. Em São Gabriel da Cachoeira (AM), município símbolo da organização indígena do alto Rio Negro, com 90% de sua extensão composta por terras indígenas e unidades de conservação e cerca de 90% de sua população formada por indígenas de 22 grupos étnicos ([ISA, 2008b](#)), Pedro Garcia (PT), da etnia tariana e André Baniwa (PV), da etnia Baniwa, foram eleitos prefeito e vice-prefeito. Foram eleitos ainda Mecias Pereira Batista, em Barreirinha (AM), José Nunes de Oliveira, indígena Xacriabá, e uma maioria de vereadores indígenas em São João das Missões (MG), Paulo Sérgio da Silva Araújo, em Marcação (PB), Eliésio Cavalcante de Lima, em Uiramutã (RR), e Orlando Oliveira Justino, em Normandia (RR), esses últimos, municípios em que se localiza a terra indígena Raposa Serra do Sol. Elegeram-se mais 66 vereadores indígenas por todo país ([ISA, 2008c](#)). Além disso, Paulo César Quartieiro, líder dos arrozeiros ocupantes da Raposa Serra do Sol, não foi reeleito no município de Pacaraima (RR), o que representava uma grande conquista dos povos indígenas de Roraima.

No dia 10 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal voltou a julgar o caso Raposa Serra do Sol. Após o pedido de vista, o ministro Menezes Direito ofereceu um voto áspero, mas que não deixou de reconhecer a validade da

demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. No entanto, como já visto, o voto trouxe 17 condicionantes.

Ayres Britto, para contemporizar as divergências existentes entre seu voto, que reconhecia os direitos indígenas em toda a extensão do art. 231 da Constituição, e o voto-vista, que restringia os direitos constitucionais através das 17 condicionantes, reconheceu que essas extrapolavam o pedido, mas, como não se contrapunham a seu voto, sugeriu que passassem a integrá-lo (acrescentando mais uma, a data de promulgação da Constituição como marco temporal). Após o voto, o ministro Marco Aurélio antecipou seu pedido de vista, que foi negado pelo presidente do STF e a votação continuou. Todos queriam expressar seus votos nesse caso considerado histórico. Eros Grau, Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski votaram na proposta conciliatória de Ayres Britto. Joaquim Barbosa foi o único a se colocar totalmente contrário às condicionantes, mas percebendo que sua posição não iria influenciar os demais contentou-se em declarar seu voto de forma rápida a julgar improcedentes as ações. Cezar Peluso disse se sentir constrangido em votar favoravelmente à manutenção do decreto presidencial, mas diante do placar favorável votou pela legalidade do ato. Ellen Gracie apenas seguiu a proposta do relator. O próximo a votar, o ministro Marco Aurélio, reafirmara seu pedido de vista, o que novamente adiou a conclusão do julgamento. A sessão foi suspensa com maioria formada pelo reconhecimento da validade da demarcação, mas com seus efeitos novamente procrastinados pela inconclusão do julgamento.

Os povos Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang, e Uapixana, habitantes da Raposa Serra do Sol, comemoraram o reconhecimento de seu território; o governo federal entendeu a demarcação como um grande ato do presidente Lula, validado pelo STF; as organizações indigenistas preferiram comemorar a manutenção do reconhecimento de terras indígenas nos moldes constitucionais e criticar as condicionantes impostas; as Forças Armadas sentiram-se satisfeitas com a decretação da impossibilidade de restrições às suas ações; as entidades ligadas ao setor agropecuário procuraram ver as condicionantes como restrições às futuras demarcações de terras indígenas; os demais povos indígenas compreenderam com

clareza o simbolismo da decisão e as dificuldades que ela iria impor ao reconhecimento de mais terras indígenas.

Ao final de 2008, o governo federal homologara apenas a terra indígena Bau (PA), criticada pelas organizações indigenistas já que uma portaria do Ministério da Justiça reconheceu a ocupação indígena em área menor que a proposta pelo Grupo Técnico. A redução foi pedida pela própria comunidade indígena Menkragnoti (chamados genericamente de Kayapó), num acordo em que o Ministério Público Federal teve participação. A demarcação de apenas uma terra indígena pode ser entendida num quadro que incluía a pressão dos estados de Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Rondônia e Roraima; o caso Raposa Serra do Sol; as eleições municipais e a escolha de Dilma Rousseff como futura candidata à presidência da República.

Com esse quadro, ficava claro que não haveria grandes avanços no segundo mandato do Governo Lula. O reconhecimento de terras indígenas sofreria maiores resistências sob todos os ângulos; as obras tidas como fundamentais para o crescimento da economia, mesmo que provocassem danos aos povos indígenas, seriam realizadas, sem direito a consulta e contestação; saúde e educação sofreriam apenas correções de rota no modelo implementado; a Funai continuaria a gerenciar as emergências, ser pressionada no licenciamento das obras do PAC e não apresentaria nenhum ganho de qualidade em suas condições institucionais.

A nova administração da Funai, que, em 2007, era apoiada por um conjunto de organizações indígenas, indigenistas e pelo PT, e cuja meta inicial era o apoio a um novo estatuto dos povos indígenas e a articulação com essas organizações e com outros órgãos do Governo, já começava a ser questionada severamente em sua ação política, inclusive com o pedido demissão de seu presidente. A participação indígena formal, via CNPI, demonstrava a falta de representatividade e a cooptação de lideranças indígenas, a sobrerepresentação do governo federal e a adoção de uma agenda de discussões que pouco alterava a realidade dos povos indígenas no Brasil¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Em sentido parecido ver LIMA (2011:91).

O Fórum Social Mundial de 2009, realizado em Belém, na esteira da crise mundial coloca no centro de suas discussões a questão indígena, trazendo a participação de mais de mil indígenas e também de autoridades do governo federal. As lideranças indígenas tradicionais questionam a política do governo federal para os povos indígenas e o ministro da Justiça e o presidente da Funai não são bem recebidos. A Funai vivia uma política de desmonte de sua atividade assistencial e, inclusive, terceirização de sua atividade indigenista²⁰⁰, sem falar na desestruturação administrativa.

Finalmente, nos dias 18 e 19 de março de 2009, o julgamento do caso Raposa Serra do Sol teve seu fim. O ministro Marco Aurélio, que tinha pedido vistas do processo, vota para anular o procedimento de demarcação da terra indígena. No mérito, sua posição sabidamente negativa aos povos indígenas é escorada no entendimento de que o art. 231 não pode ser interpretado isoladamente, mas deve ser compatibilizado com outros dispositivos constitucionais (e.g. soberania, art. 1º; segurança nacional, art. 91, § 1º; autonomia federativa, art. 18; devido processo legal, art. 5º, LIV; garantia da propriedade, art. 5º, XXII) e princípios gerais da ordem jurídica (e.g. proteção da boa fé dos atos jurídicos), de forma a que se atinja um equilíbrio entre os direitos das partes envolvidas. No entanto, o voto nunca procurou compatibilizar, mas sim negar, os direitos dos povos indígenas que habitam a terra indígena Raposa Serra do Sol e outros povos indígenas em geral. Como em quase todas as grandes votações do Supremo sua posição é isolada.

A seguir o ministro Celso de Melo confirma seus posicionamentos anteriores, amplamente favoráveis ao reconhecimento de terras indígenas. Já Gilmar Mendes, dispensado de votar pelo regimento por ser presidente do STF, fez questão de fazê-lo. Sua manifestação é bastante pontual no sentido de acrescentar mais uma imposição ao processo de demarcação de terras indígenas: é assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação. Questão essa que juridicamente não tem nenhuma importância, afinal já era prevista a possibilidade formal no Decreto 1.775/96 de todos participarem de qualquer fase do processo, além de determinar o contraditório. No entanto, a manifestação de Gilmar

²⁰⁰ Ilustrada pelo convênio assinado com o Centro de Trabalho Indigenista.

Mendes ia, politicamente, ao encontro das reclamações de estados como o Mato Grosso do Sul, Roraima e Mato Grosso de estarem aliçados da participação nos grupos de identificação da Funai e nos momentos de decisão sobre a definição territoriais indígenas em seus estados. Além disso, o presidente do STF procurava ressaltar em muitas oportunidades que aquele julgamento vincularia as futuras demarcações de terras indígenas. Ao final, o STF delegou ao presidente do TRF da 1ª Região o acompanhamento da desintrusão dos ocupantes da terra indígena.²⁰¹

A decisão do Supremo, a proposta de estatuto dos povos indígenas, as obras do PAC, a saúde indígena e a paralisação demarcação de terras indígenas foram os assuntos discutidos no *Acampamento Terra Livre* de 2009, cujo documento final traduz em poucas palavras as pressões sofridas, os setores contrários e as reivindicações aos direitos indígenas. O governo federal liderava a discussão do estatuto dos povos indígenas na CNPI, que seria em seguida apresentado ao Congresso pelo Ministério da Justiça, e preparava uma reestruturação da Funai. Os diversos povos, associações e líderes indígenas tinham opiniões conflitantes sobre a mudança da legislação indigenista. Alguns observavam o clima hostil às questões indígenas no Congresso, outros acreditavam na possibilidade de conquista de direitos.

Entre o final de abril e o começo de maio de 2009, sem qualquer resistência ou violência, como era propagandeado, os fazendeiros desocuparam a terra indígena Raposa Serra do Sol. Uma decisão do ministro do STF Ayres Britto negara liminarmente a Reclamação 8.070/MS e seu pedido de extensão do decidido no caso Raposa Serra do Sol a outros procedimentos de reconhecimento de terras indígenas.

Sobre a saúde indígena, um grupo de trabalho, criado pelo Ministério da Saúde para orientá-lo sobre a substituição da Funasa por uma secretaria especializada, produziu em maio uma singela proposta:

1. *O tema indígena é e deve continuar sendo de âmbito Federal;*
2. *Necessidade imediata de despolitizar e despartidarizar o tema indígena;*

²⁰¹ Para os dois últimos dias do julgamento ver ISA (2009a).

3. Os povos indígenas devem ser parte de todas as decisões, execução, planejamento... em todos os temas que nos envolvem;

4. Ter as organizações como referência e estabelecer pontos focais ou responsáveis por cada área.

NA SAÚDE:

1. Fortalecer os DSEIs com autonomia administrativa e financeira, porém com composição indígena;

2. Estabelecer um sistema de saúde indígena de qualidade e de estado;

3. Criar a Secretaria de atenção e assistência de saúde dos povos indígenas, que deverá ser composta por indígenas;

4. Estabelecer uma comissão indígena permanente para propor o modelo, administração, financiamento, estrutura, assistência e outras demandas necessárias para a atenção de saúde aos povos indígenas;

5. Financiamento direto pelo MS ou seus órgão respectivos;

6. Eliminar a terceirização de repasse dos recursos indígenas;

7. Fortalecer a participação dos povos indígenas como instância de controle social; (Coiab, 2009)

A interessante relação entre preconceito, disputa fundiária e criminalização de indígenas foi assunto de reportagem da *Agência Brasil* (MELLO, 2009). A matéria revelou que eram 148 indígenas presos nas penitenciárias do estado do Mato Grosso do Sul em abril de 2009, número duas vezes maior que os 71 indígenas presos em junho de 2006, dois meses depois da prisão do líder Guarani-Kaiowá Carlito de Oliveira, acusado do assassinato de dois policiais civis, num caso de grande repercussão local. Roraima e Santa Catarina, estados cujo preconceito contra os povos indígenas é conhecido, possuem 45 indígenas presos, ficando em segundo lugar em comparação com os estados brasileiros e sua população carcerária indígena. A reportagem traz a avaliação do procurador da República Marco Antônio Delfino, segundo o qual há uma “externalização do preconceito da sociedade sul-matogrossense”, refletida principalmente em relação às penas, mais duras quando os

réus são indígenas. Já para Wilson Matos, advogado indígena da etnia terena, “*Os juízes e os promotores são filhos das oligarquias, defendem a terra e os fazendeiros*”, o que leva à criminalização de indígenas.

Quanto mais próximo da eleição de 2010, as obras públicas e privadas do PAC que impactam os povos indígenas na Amazônia começam a intensificar seu ritmo. Os povos indígenas Enawenê-Nawê, Rikbatsa, Nambiquara, Mynky e Pareci, que vivem no vale do rio Juruena e que eram contrários à construção de hidrelétricas, entraram em acordo com o consórcio construtor por uma compensação no valor de 6 milhões de reais. O presidente da Funai “*não vê óbices para a liberação da Licença Prévia da BR-319*”, que liga as cidades de Porto Velho (RO) a Manaus (AM), numa manifestação que começava a descortinar a gestão de Márcio Meira como facilitador dos planos governamentais para o desenvolvimento do país. A manifestação do órgão indigenista foi oferecida contrariando pareceres técnicos do próprio órgão que apontavam deficiências nos estudos de impacto ambiental e sem terem sido concluídas as consultas às populações interessadas, que protestaram através de suas entidades representativas (GOMES, 2009a). Ainda sobre a consulta em grandes empreendimentos, lideranças indígenas representando as 17 comunidades indígenas afetadas com a construção da usina de Belo Monte no Rio Xingu (PA) pediram ao presidente da República, em julho de 2009, a realização de consulta livre, prévia e informada antes das decisões do Poder Executivo e do Poder Legislativo sobre a obra (ISA, 2009b). Para eles, o direito de consulta, previsto no art. 6º da Convenção 169 e nos arts. 19 e 32 da Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, não se confundiria com a participação indígena em procedimentos administrativos da Funai, nem substituiria a realização de audiência pública prevista no art. 3º da Resolução 237/97 do Conama, realizada pelo Ibama²⁰².

Em julho, o Desembargador Luiz Stefanini, do Tribunal Regional da 3ª Região, concedeu medida cautelar em um recurso de apelação²⁰³, de uma sentença de

²⁰² Em setembro de 2009, foram realizadas em Belém, Altamira, Brasil Novo e Ururá as audiências públicas planejadas para analisar e discutir a futura usina hidrelétrica de Belo Monte e seus impactos socioambientais.

²⁰³ Ação ordinária n. 2008.60.00.012813-0 e apelação n. 2008.60.00.012813-0.

inépcia da inicial de ação ordinária²⁰⁴, ajuizada pela Federação da Agricultura e Pecuária do estado do Mato Grosso do Sul - Famasul. O pedido inicial e a cautelar concedida²⁰⁵ suspendiam as portarias da Funai e os trabalhos de identificação das terras indígenas Guarani-Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul²⁰⁶, “até a definitiva manifestação do STF a respeito da questão do marco temporal para a verificação de terras indígenas”. No final de agosto, no entanto, o mesmo TRF da 3ª Região, na decisão da apelação, cuja relatoria coube ao juiz federal convocado Ricardo Cunha, determinou o retorno dos autos à primeira instância para regular prosseguimento e revogando a cautelar, retornando validade às portarias da Funai.

Em agosto de 2009, foi divulgado o relatório sobre a situação dos povos indígenas brasileiros pelo Relator da ONU para os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas, James Anaya. O relatório repercutiu em jornais de grande circulação como *O Estado de São Paulo* e *O Globo*, além de ter sido avaliado pelo Instituto Socioambiental (ISA, 2009c) e por outros veículos de comunicação (GOMES, 2009b). Sua análise bem intencionada, mas sem total compreensão da complexidade da sociedade brasileira, é, de certa forma, equilibrada. O relator apontou os avanços na legislação brasileira sobre as políticas voltadas aos indígenas e o reconhecimento de expressiva quantidade de territórios indígenas. No entanto, considerou "paternalista" a política indigenista, além de apontar a falta de consulta aos povos indígenas sobre empreendimentos que os impactam e a falta de

²⁰⁴ O Juízo decidiu pela impossibilidade jurídica do pedido, pois o julgamento em andamento de uma ação não poderia servir de base para suspender atos administrativos. Entendeu também que a decisão no caso Raposa Serra do Sol não possui efeito vinculante, tal como ocorre nos processos de controle abstrato de normas, o que reforçava a impossibilidade jurídica do pedido formulado.

²⁰⁵ Ver a fundamentação da decisão cautelar proferida pelo Desembargador Luiz Stefanini sobre os efeitos da decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol: "*Com efeito, levando em conta o resultado do julgamento da PET/44247 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol e, referindo-se ao conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas, estabeleceu o dia 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal) como marco temporal da ocupação e referência para o reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, tenho para mim que tal decisão afetará todas as terras indígenas do Brasil, inclusive, como no caso dos autos, aquelas com os procedimentos de identificação e demarcação em curso. Cristalizou-se no STF, portanto, o entendimento no sentido de que a Carta Magna não criou novas áreas indígenas, mas, tão-somente, limitou-se a reconhecer as já existentes.*

Logo, apesar do julgamento da PET/44247 não ter efeito vinculante, a uniformidade da jurisprudência da Suprema Corte, aliada ao relevante interesse público da matéria, além do postulado da segurança jurídica, me levam a concluir pela concessão da medida requerida pelo apelante."

²⁰⁶ Processos de identificação iniciados pelas Portarias 788 a 793 da presidência da Funai.

canais formais de participação na definição de políticas a eles voltadas. Fez ainda críticas aos serviços de saúde e educação.

A Funai era acusada, em 2009, por lideranças indígenas, antropólogos e organizações indigenistas de promover uma espécie de terceirização de suas ações para organizações não-governamentais. Com semelhanças de objeto, a Funai celebrou com o CTI e com o ISA termos de cooperação técnica que estabeleceu ações dessas organizações sobre gestão de terras indígenas, formação de indígenas, frente etnoambientais responsáveis pela política junto aos povos isolados ou autônomos etc.

Por sua vez, o estado do Amazonas criou, devido à pressão dos povos indígenas, uma secretaria estadual dos índios. Roraima já tinha criado a sua secretaria sobre povos indígenas, com Jonas Marcolino, indígena Makuxi que defendeu os fazendeiros perante à desintrusão na Raposa Serra do Sol, nomeado secretário. Em Mato Grosso do Sul, também foi criado o Conselho Estadual dos Direitos do Índio - Cedin, vinculado à Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social (Setas). Conselhos ou assessorias representando indígenas também existiam em São Paulo, Rio Grande do Sul e Tocantins. Se, por um lado, a representação e a voz dos povos indígenas nos governos estaduais poderia ser um motivo de comemoração, pois aumentava a participação sobre as decisões que lhes afetam, esses órgão parecem nascidos para arregimentar apoio e legitimar políticas públicas estaduais, inclusive as contrárias ao povos indígenas.

Em artigo no jornal *O Globo*, de 23 de setembro de 2009, intitulado *Da Avenida Paulista aos ianomâmis* o então ministro da Justiça, Tarso Genro, o presidente da Funai, Márcio Meira, e o secretário de Assuntos Legislativos, Pedro Abramovay, defendem a proposta do estatuto dos povos indígenas. Tiram o foco das demandas territoriais, que ainda permanecem relevantes no discurso e ação das lideranças e organizações indígenas.

Embora com pendências importantes, não cabe reduzir os direitos indígenas à questão fundiária. A maioria das grandes terras indígenas brasileiras já está demarcada. É chegado o momento de percebermos que este debate pode ser muito mais rico e diz respeito ao tipo de democracia e de Estado que queremos.

Destacam dois desafios comuns aos povos indígenas e ao Estado:

o primeiro é como promover atividades produtivas nas terras indígenas de forma sustentável e diferenciada; o segundo, de importância central para o constitucionalismo contemporâneo, é como admitir uma convivência plural e respeitosa entre culturas tão diferentes quanto a da Avenida Paulista e a dos ianomâmis, contando ainda com as diferenças, entre si, dos mais de 200 povos indígenas no Brasil.

Enxergam o Brasil como país pluriétnico, o índio como cidadão brasileiro, querem o reconhecimento estatal dos mecanismos de solução de controvérsia próprios dos indígenas. Mas erram ao se fundarem na incapacidade jurídica do índio, prevista na Lei n. 6.001/75, na falta de alternativas econômicas e ao considerar o índio inimputável, para se posicionarem contra uma farta e crescente jurisprudência que criminaliza o indígena.

O primeiro desafio, ter atividades produtivas em terras indígenas, de que falam as mais altas autoridades indigenistas do país, para muitos povos é o arrendamento de suas terras para criação de gado. Essa prática arraigada em certas comunidades, como já visto, é proibida pela Constituição e pelo Estatuto do Índio. Se, por um lado, garante renda às comunidades, não sendo necessário investimentos ou trabalho indígena em contrapartida, por outro, fez muitas terras indígenas serem definitivamente ocupada por não-índios, os recursos naturais serem degradados e provocarem efeitos deletérios à organização social dos povos indígenas. Os órgãos públicos que deveriam combater essa prática vacilam em condená-la sob pressão das próprias comunidades indígenas. Em 2009, dois exemplos vieram ilustrar essa questão. Depois de mais de 30 anos de arrendamento "oficial"²⁰⁷ nas terras indígenas dos povos Karajá e Javaé, na Ilha do Bananal (TO), em 1995, foram retirados os ocupantes e, em 2008, por decisão em ação judicial movida por MPF, Ibama e Funai, o gado foi retirado das terras indígenas Parque do Araguaia e Inãwébohona o arrendamento terminado²⁰⁸. No entanto, em 2009, o MPF e as comunidades indígenas Javaé do Parque do Araguaia firmaram termo de compromisso para criação de projeto de bovinocultura no Parque do Araguaia, que permitia o arrendamento de terras para

²⁰⁷ No passado com cobrança de taxas pela FUNAI e no presente pela aceitação das comunidades indígenas.

²⁰⁸ Para um breve histórico ver (RODRIGUES, s.d)

criação de 20 mil cabeças de gado (MPF, 2010). O projeto foi contestado judicialmente pela Funai e AGU. Radicalmente diversa foi a postura do MPF na terra indígena Dourados, que entrou com uma ação contra indígenas da etnia Terena que arrendam suas propriedades para plantação de soja por fazendeiros, agravando o quadro de restrição territorial da etnia Guarani-Kaiowá que também vive na área.

A decisão sobre o caso Raposa Serra do Sol gerava embates sobre sua interpretação. A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA solicitou, em outubro, ao STF, a edição de súmula vinculante sobre o marco temporal da entrada em vigor da Constituição, pretendendo colocar uma barreira jurídica intransponível e geral para o reconhecimento de terras indígenas. Já o ministro Gilmar Mendes interpretava amplamente a condicionante que garantia a participação dos estados e municípios nos estudos de identificação, de forma que incluísse a fase decisória, como se vê em sua declaração no 1º Encontro do Fórum Nacional Fundiário para Monitoramento e Resolução dos Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos, realizado em Campo Grande (MS): “*Conforme a minha proposta, o Estado não é tratado mais como partícipe secundário, mas como protagonista*” (GOMES, 2009c).

E o final do ano de 2009 guardava grandes emoções para a política indigenista federal. Em outubro, foi publicizado o parecer técnico e a manifestação da Funai sobre Belo Monte. O Parecer Técnico nº 21 – Análise do Componente Indígena dos Estudos de Impacto Ambiental – atrelava a viabilidade da obra a mais estudos e ao cumprimento de condicionantes que envolviam entre outras: 1) que se defina uma vazão mínima (“hidrograma ecológico”) que garanta a manutenção da ictiofauna no Xingu e o transporte fluvial até Altamira (PA), evitando mudanças no modo de vida dos Juruna da terra indígena Paquichamba e dos Arara da terra indígena Volta Grande; 2) que sejam estabelecidas garantias efetivas de que os impactos decorrentes da pressão antrópica sobre as terras indígenas serão devidamente controlados; 3) que sejam apresentados estudos sobre os impactos previstos no Rio Bacajá, na beira do qual vive o povo Xikrin, sobre indígenas citadinos das terras indígenas Xipaya e Kuruaya e sobre a indústria madeireira. Os povos indígenas afirmaram pública e categoricamente que não foram ouvidos conforme o § 3º do artigo 231 da

Constituição e protestaram contra a manifestação da presidência da Funai que se curvou às pressões internas do governo federal para não criar dificuldades ou tentar obstar o empreendimento²⁰⁹.

Em apenas um dia, uma decisão liminar da Justiça Federal de Altamira, que suspendia o licenciamento de Belo Monte e determinava a realização de novas audiências para que as comunidades atingidas fossem ouvidas, foi cassada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região a pedido da AGU e do Ibama. A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (Índios e Minorias) do Ministério Público Federal promoveu uma audiência pública em dezembro, convocando autoridades do governo federal para prestar esclarecimentos sobre a construção da Usina de Belo Monte. Funai, Ibama e Eletrobrás não enviaram representantes. As comunidades indígenas presentes pediram a demissão do presidente da Funai, Márcio Meira. No mesmo dia o diretor de licenciamento do Ibama, Sebastião Custódio Pires, pediu demissão devido às pressões pela concessão de licença à Belo Monte.

O Ministério da Educação promoveria a primeira Conferência Nacional de Educação Indígena, cujas discussões foram pautadas por três eixos principais:

- *Educação Escolar, Territorialidade e Autonomia dos Povos Indígenas*
- *Práticas Pedagógicas, Participação e Controle Social e - Diretrizes para a Educação Escolar Indígena*
- *Políticas, Gestão e Financiamento da Educação Escolar Indígena*

O ponto mais polêmico da conferência era a organização da educação escolar indígena por meio de territórios etnoeducacionais, como instituído pelo Decreto n. 6.861, de 21 de maio de 2009, alvo de protesto por ter sido editado sem respeitar os resultados e diretrizes já elaboradas pelas conferências preparatórias em submeter a nova política à conferência nacional.

Após um ano e meio sem homologar terras indígenas, o governo federal reconhecia, pela homologação presidencial, as seguintes terras indígenas:

²⁰⁹ No mesmo sentido, ver ISA ([2009d](#)).

- *Anaro (RR), 30.473 ha, ao povo Wapixana;*
- *Balaio (AM), 257.281 ha, aos povos indígenas Tukano, Yepamashã, Desana, Kobewa, Pirá-Tapuya, Tuyuka, Baniwa, Baré, Kuripako e Tariano;*
- *Lago do Correio (AM), 13.209 ha, aos povos Kokama e Tikuna;*
- *São Domingos do Jacapari e Estação (AM), 134.781 ha, para o povo Kokama;*
- *Prosperidade (AM), 5.572 ha, ao povo Kokama;*
- *Las Casas (PA), 21.344 ha, ao povo Kayapó;*
- *Trombetas Mapuera (AM/PA/RR), 3.970.898 ha, aos povos Karafawyana, Waiwai, Katuena, Hixkaryana, Mawayana, Xwreu, Cikiyana, Tunayama, Yapiãna, Pianokoto e Waimiri-Atroari, além de possíveis grupos indígenas em estado de autonomia;*
- *Zo'é (PA), 668.565 ha, ao povo Zo'é;*
- *Arroio Korá(MS), 7,175 ha, ao povo Guarani Kaiowá.*

A homologação da terra indígena Arroio Korá foi suspensa por liminar do presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, em dois mandados de segurança (MS 28555 e MS 28567) impetrados por proprietários de fazendas atingidos pelo decreto presidencial que homologou a demarcação. O ministro suspendeu a eficácia do decreto em relação às fazendas Iporã (184 hectares), Polegar (1.573 hectares), São Judas Tadeu (3.804 hectares), Porto Domingos (760 hectares) e Potreiro-Corá (444 hectares), ou seja, em quase toda a extensão da terra indígena. A homologação da Terra Indígena Anaro, em Roraima, também foi suspensa pelo ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança n. 28574. Todas as decisões se fundamentavam na existência de títulos de propriedade anteriores "*à data de 5 de outubro de 1988, fixada como marco temporal de ocupação pela jurisprudência desta Corte no conhecido caso Raposa Serra do Sol*".

Em todo ano de 2009, foram também declaradas 10 terras indígenas por portaria do ministro da Justiça: Taquara (MS), Pindoty (SC), Buriti (MS), Sururuá

(AM), Ponte de Pedra (MT), Sombrierito (MS), Utaria Wyhyna/Iròdu Iràna (TO), Xukuru/Kariri (AL), Portal do Encantado (MT) e Aldeia Velha (BA).

Nos últimos dias do ano, o Decreto 7.056, de 28 de dezembro de 2009, traz o novo estatuto e o quadro de cargos da Funai. A principal novidade do novo estatuto foi a mudança da função da Funai, antes responsável por exercer a tutela dos índios, passando a "*exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas*". A antiga diretoria de assistência foi substituída pela diretoria de promoção ao desenvolvimento sustentável, e a diretoria de assuntos fundiários se transformou em diretoria de proteção territorial. Todos os postos indígenas, responsáveis pela presença ne servidores da Funai nas terras indígenas, foram extintos, pois considerados resquícios de uma autoridade tutelar. Sem substituí-los, o que de mais próximo se ofereceu aos povos indígenas foram algumas coordenações técnicas locais. Assim, quando os índios precisam de qualquer apoio indigenista deverão ir às cidades à procura da Funai mais próxima, que pode estar a centenas de quilômetros ou dias de viagem de suas aldeias. Nas terras indígenas não se teria mais a presença da Funai, mas em algumas delas permaneciam o atendimento à saúde e as escolas dirigidas por professores dos municípios. Muitas das estruturas regionais e locais foram também extintas, o que gerou uma profusão de manifestações de servidores e indígenas, que estavam vinculados por laços complexos e de ponderável profundidade (SOUZA LIMA, 2011:92). A Administração de Altamira era um dos exemplos mais interessantes, pois atendia os indígenas que serão impactados por Belo Monte e foi simplesmente extinta, na contramão do parecer técnico da própria Funai que recomendava medidas governamentais para garantir a integridade territorial e cultural dos povos indígenas.

A reestruturação foi duramente atacada pelas organizações e lideranças indígenas como um todo, principalmente pela falta de consulta em seu inexistente processo de discussão. O Instituto Socioambiental e o Centro de Trabalho Indigenista apoiaram expressamente a reestruturação (ISA, 2010a). A criação de comitês regionais, vinculados às coordenações regionais, abria as portas da Funai para a participação indígena, de organizações indigenistas, estados, municípios e outros órgãos da administração. A ideia de que esses órgãos se tornassem instâncias

decisórias se choca com a realidade de que apenas em 2011 seria criado o primeiro comitê regional. A nova estrutura previa a criação de cargos em comissão, concentrados em Brasília e no Museu do Índio no Rio de Janeiro, e de cargos efetivos para que a Funai passasse a ter 5.000 servidores.

Indígenas do Brasil inteiro, principalmente do Nordeste, Sul e do Centro-Oeste, foram a Brasília para protestar contra a nova estrutura da Funai. Os sindicatos dos servidores da Funai também encabeçaram os protestos, pois atingidos em suas funções. Formou-se o Acampamento Indígena Revolucionário que reuniu indígenas e ficou instalado em frente ao Ministério da Justiça, na Esplanada dos Ministérios. A sede da Funai em Brasília foi sitiada no início de janeiro de 2010 por indígenas, com apoio de servidores. Muitas rodovias foram bloqueadas em protesto. Em várias regiões do país, o Cimi apoiava os protestos (GOMES, 2010a). Os órgãos de imprensa, sem exceção, repercutiram os protestos e as falas indígenas. Todos pediam a revogação do Decreto e a exoneração do presidente da Funai. Os representantes indígenas na CNPI seriam duramente criticados pelo apoio à reestruturação da Funai, afinal, manifestaram sua posição sem conhecer suas particularidades.

A reestruturação caminharia com o concurso para 425 vagas de agentes indigenistas, cujo edital pontuava o domínio de uma língua indígena, o que favoreceria a aprovação de indígenas²¹⁰. Pressionado por lideranças indígenas o presidente da Funai prometeu uma série de modificações no Decreto de reestruturação, produzindo uma série de documentos para o Ministério da Justiça que nunca seriam devidamente levados em consideração (GOMES, 2010b). Autorizada pelo Ministro da Justiça Luiz Paulo Barreto, a Força Nacional desocupou a sede da Funai. A pedido da Funai, Ministério da Justiça e AGU, a Justiça Federal concedeu reintegração para retirar o Acampamento Indígena Revolucionário da Esplanada dos Ministérios, depois revogada por decisão da mesma juíza. Mesmo sem uma decisão judicial, o governo federal, utilizando mil agentes da Polícia Federal, da Guarda Nacional e da Polícia Militar do Distrito Federal retirou o Acampamento da frente do Ministério da Justiça. A reestruturação foi definida e aplicada por Decreto, sem

²¹⁰ Não se pode achar algum levantamento que apontasse se e quantos indígenas foram aprovados no concurso. Pela análise da lista de aprovados não se encontrou qualquer nome indígena, levando a crer que nenhum indígena foi aprovado no concurso da Funai.

nenhuma discussão com servidores e indígenas, e seu resultado foi a total paralisia do órgão e a desestruturação das atividades e escritórios regionais, sem que até o presente momento tenha-se conseguido instalar um novo modelo próximo às especificidades de cada comunidade indígena.

No primeiro semestre de 2010 a usina de Belo Monte recebeu sua licença prévia ambiental e sua concessão foi leiloadada. Em março, o presidente da República criou, por medida provisória²¹¹, a Secretaria de Saúde Indígena, vinculada ao Ministério da Saúde. A Secretaria de Saúde Indígena substituiu a Funasa, que, ao longo dos últimos anos tinha acumulado acusações de corrupção e desvios, além de demonstrar total incapacidade de atender com eficiência até mesmo as necessidades mais básicas de saúde nas comunidades indígenas. Por essas razões a medida foi comemorada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, que, de certa forma, nascia para representar o movimento indígena de todo Brasil. Em virtude da sua reestruturação, a Funai estava desmantelada administrativamente e não encontrava nenhum apoio político nas entidades indígenas ou mesmo indigenistas.

O Supremo Tribunal Federal, através da Comissão de Jurisprudência, formada pelos ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski manifestou-se pela inadequação formal e arquivamento da proposta edição de súmula vinculante a partir do texto da súmula 650²¹² do Supremo Tribunal Federal. A proposta da CNA procurava definir que a expressão “*ocupação em passado remoto*”, constante da Súmula 650, deveria ser entendida, para efeito dos arts. 20, XI, e 231, § 1º, da Constituição Federal, como toda presença indígena em determinada terra não mais verificada em 5 de outubro de 1988, como julgado no caso Raposa Serra do Sol. Com acerto, a Comissão entendeu que “*a proponente busca, claramente, obter uma nova e mais ampla dimensão do texto sumular, desvinculando-o, por completo, da restrita questão jurídico-constitucional que o originou*”. Esclareceu, ainda, com precisão, que o marco temporal deveria considerar outras variáveis, por exemplo, no caso das comunidades indígenas que foram forçadas a deixar as suas terras por terem sido alvo de diversas modalidades de violência, como estabelece o voto sobre a Raposa “*a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo*

²¹¹ Medida Provisória n. 483, de 24 de março de 2010.

²¹² “*Os incs. I e XI do art. 20 da CF/88 não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.*”

*da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios*²¹³.

A ministra do STF Carmem Lúcia, em junho de 2010, na ação cautelar n. 2641, suspendeu liminarmente o processo administrativo e os efeitos da portaria do ministro da Justiça que declarou a terra indígena Taquara de posse permanente do grupo indígena Guarani-Kaiowá. Sua decisão seguiu e se fundamentou na decisão liminar do ministro Gilmar Mendes nos mandados de segurança n. 28.541/DF, n. 28.567/DF e n. 28.574/DF. Outras suspensões de terras Guarani, mas do subgrupo Mbyá, vieram em agosto. As terras indígenas Tarumã, Morro Alto, Piraí, Pindoty, todas em Santa Catarina, foram suspensas liminarmente por determinação do juízo da 2ª Vara Federal de Joinville/SC na ação ordinária n. 2009.72.01.005799-5/SC. Ambas as suspensões tinham por fundamento uma leitura parcial da decisão do Supremo no caso Raposa Serra do Sol. No entanto, a decisão sobre as terras de Santa Catarina foi suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região²¹⁴. O que une esses processos foram duas portarias do ministro da Justiça, Luiz Paulo Barreto, de conteúdo semelhante, que suspenderam as portarias que identificavam as terras como indígenas, num claro sinal de descontentamento do ministério com a Funai.

Mas o reconhecimento de terras indígenas pelo Poder Judiciário ganharia em agosto uma decisão de mérito exemplar. Em 2007, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública para pedir a validade do reconhecimento da terra indígena Marãiwatsédé²¹⁵, a retirada dos invasores, a proibição da exploração

²¹³ Supremo Tribunal Federal, Proposta de Súmula Vinculante 49 (240), acolhido o parecer da Comissão de Jurisprudência pelo Ministro Presidente Cezar Peluso em 24 de fevereiro de 2012. Diário Oficial da União de 29 de fevereiro de 2012, p. 51.

²¹⁴ Agravos de Instrumento n. 0025576-94.2010.404.0000/SC e 0026761-70.2010.404.0000/SC.

²¹⁵ A terra indígena que hoje é conhecido como Marãiwatsédé era território ocupado pelo povo Xavante até a década de 1960. A primeira ocupação não indígena veio com a Fazenda Suiá-Missú, projeto de exploração agrícola que tinha subsídios do governo estadual e federal. Com o aumento da ocupação agropastoril a comunidade Xavante seria confinada a uma pequena área alagadiça. Atingidas por uma epidemia de sarampo, que matou 150 indígenas, a comunidade foi transferida em 1966, pelos dirigentes da fazenda Suiá-Missú, com auxílio da Missão Salesiana, ligada à Igreja Católica, e da Força Aérea para a terra indígena São Marcos, ao sul do estado do Mato Grosso. Em 1980, a fazenda Suiá-Missu foi vendida para a empresa petrolífera italiana Agip, que, pressionada durante a Eco 92, prometeu devolver aos Xavantes a terra que lhes pertencia. A Funai então inicia os estudos de delimitação e demarcação, mas antes de o território ser homologado, em 1992, a área é invadida por fazendeiros e políticos locais, que ficam com as maiores e melhores terras (CARVALHO, 2012), além de inúmeras famílias de sem-terra e posseiros para ocupar o restante. A demarcação de Marãiwatsédé é homologada apenas em 1998. As ações judiciais pela manutenção da posse dos invasores são promovidas desde então. Em agosto de 2004 os Xavantes, descontentes com o impasse, retomam uma

econômica dos recursos naturais e o reflorestamento da área. A ação foi julgada procedente em 2007 e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a sentença por unanimidade. A fundamentação do acórdão toma a decisão no caso Raposa Serra do Sol como paradigma em toda sua amplitude:

"É incontroverso que esses índios não ocupavam tradicionalmente (leia-se: não habitavam em caráter permanente, não utilizavam para suas atividades produtivas, não era a área imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, nem era necessária para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições) o território em litígio por ocasião da promulgação da Constituição de 1988. Resta então saber se o ocuparam tradicionalmente em outra ocasião e se essa ocupação (em outra ocasião) é apta a fazer incidir a mencionada regra (art. 231, § 6º, da Constituição). (...)

Por outro lado, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a tradicionalidade da posse nativa "não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios". (Petição 3.388-4 RORAIMA)

(...)

Não há dúvida de que o então proprietário da Suiá-Missu, na década de sessenta, promoveu a reunião dos índios Xavantes, procedentes de Marãiwatséde, em uma aldeia nas proximidades da sede da fazenda, os quais ali permaneceram por dois anos, após o que foram transferidos para outra área, da qual, devido a suas características inóspitas, foram transferidos, mais uma vez, com apoio da Missão Salesiana e da FAB, para a Reserva São Marcos, local em que imediatamente houve a morte de quase uma centena deles, vítimas de sarampo."

Apesar de o acórdão não ter transitado em julgado, os recursos que questionam o acórdão não possuem efeito suspensivo. Por essa razão estava aberta a possibilidade de cumprimento das decisões e a retirada dos invasores, o que foi, inclusive, determinado pelo Tribunal no acórdão de 2010.

Em 2010, a Funai publicou apenas duas portarias de identificação. O Ministério de Justiça declarou 7 terras como de posse de comunidades indígenas. O presidente Lula, por sua vez, homologou apenas 2 terras indígenas, Comboios e

pequena parte (cerca de 10%) do território reconhecido para pressionar pela desocupação de seu território.

Tupiniquim (ES), em realidade, ambas tratadas como pertencentes à mesma demanda territorial. O Cimi, ao final de 2010, identificava 603 territórios aguardando o reconhecimento do Estado brasileiro como terras indígenas, 322 deles sem qualquer providência administrativa (Cimi, 2010:40/41).

Territórios reconhecidos no 1º Mandato do governo Lula (CIMI, 2011)				
Ano	2003	2004	2005	2006
Decretos de Homologação	21	23	8	10
Portarias Declaratórias do	3	10	5	11
Ministro da Justiça	(incluída a portaria de redução da TI Bau)			
Despachos do Presidente da	13	8	7	13
Funai - Identificações				

Mas o tema central de 2010 seriam as eleições, principalmente pela escolha do presidente Lula da candidatura de sua ministra-chefe da Casa Civil, Dilma Rousseff, que, ao final foi eleita presidenta da República. O recrudescimento do espírito antiindigenista presente no Brasil, vindo de diversos setores sociais, em maior medida dos proprietários de terra e das populações do interior do país, das Forças Armadas e do setor empresarial encontrava eco no próprio governo, especialmente na questão do fortalecimento do agronegócio e nos empreendimentos de infraestrutura da Amazônia, agendas que eram acompanhadas de perto e defendidas por Dilma Rousseff. O planejamento e a implementação das usinas hidrelétricas na Amazônia, os diversos embates que levaram à saída da ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, e a agenda que priorizava o crescimento do país estavam sob sua responsabilidade. Essa agenda contribuía para que o governo Lula, ao final de seu segundo mandato, fosse considerado pelas lideranças indígenas como inimigo dos povos indígenas. Marina Silva era apoiada pela grande maioria dos indígenas na eleição presidencial.

4.1.3 A política indigenista no governo Dilma Rousseff

O governo da presidenta Dilma Rousseff começa também com a posse dos novos governadores: no Mato Grosso do Sul, era reeleito André Puccinelli

(PMDB); no Mato Grosso também era reeleito Silval da Cunha Barbosa (PMDB); no Amazonas, era eleito Omar Aziz (PMN); no Acre, Tião Viana (PT); em Rondônia, Confúcio Moura (PMDB); em Roraima, foi reeleito Anchieta Júnior (PSDB); no Pará, o eleito foi Simão Jatene (PSDB); e, no Amapá, Camillo Capiberibe (PSDB).

O coordenador da campanha da candidata Dilma Rousseff, José Eduardo Cardozo, é escolhido como ministro da Justiça do governo da nova presidenta. Ele convida Márcio Meira para permanecer no cargo de presidente da Funai e consolidar a reestruturação iniciada no governo Lula (ISA, 2011a). Seu primeiro ato no novo governo foi não ver óbice algum para a concessão pelo Ibama de licença de instalação do canteiro de obras de Belo Monte²¹⁶. Sua decisão, contrária ao pronunciamento técnico da própria Funai, que apontava para ausência de ações significativas destinadas às comunidades indígenas, especialmente as da terra indígena Paquichamba²¹⁷, foi utilizada pelo Ibama para conceder a licença de instalação do canteiro de obras da usina.

A instalação da obra de Belo Monte foi recebida pelas entidades ambientalistas e de defesa dos povos indígenas com grande perplexidade. Os indígenas sentiram em Belo Monte o pânico como sintoma da destruição de suas florestas, de seus rios, de sua vida tradicional e imemorial, numa velocidade não compreendida.

A Organização dos Estados Americanos - OEA intimou em março o governo brasileiro a prestar informações sobre o licenciamento da hidrelétrica de Belo Monte, especialmente sobre a concessão da licença e a ausência de consultas aos povos indígenas afetados pelo projeto. A intimação era vinculada a um pedido de medida cautelar encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH pelo Movimento Xingu Vivo para Sempre e 40 organizações de defesa das populações indígenas e tradicionais da bacia do Xingu. Em abril a CIDH solicitaria a suspensão do licenciamento da usina, o que gerou uma forte reação do Estado brasileiro, com manifestação dos ministérios das Relações Exteriores, Minas e Energia, Meio Ambiente, Defesa e Justiça contra o que consideraram uma solicitação indevida da CIDH, atentatória contra a soberania brasileira. Como retaliação à

²¹⁶ Ofício n. 013/2011/GAB-FUNAI, de 20 de janeiro de 2011.

²¹⁷ Informação n. 22/CGGAM/10, de 14 de janeiro de 2011.

posição da OEA o Brasil retirou seu embaixador e suspendeu o pagamento de sua contribuição anual. A grande questão de Belo Monte definitivamente foi desviada de seus impactos ambientais para se resumir à discussão sobre os direitos dos povos indígenas de serem consultados sobre a instalação da usina.

A Funai não se faz de rogada e divulga uma nota sobre as medidas cautelares da CIDH, esclarecendo que os indígenas afetados pela usina foram devidamente informados, por uma série de reuniões e audiências públicas. No entanto, os próprios servidores da Funai nas reuniões citadas pelo órgão indigenista afirmavam que elas não faziam parte da oitiva exigida legalmente, que seria ainda realizada pelo Congresso Nacional (http://www.youtube.com/watch?v=zdLboQmTAGE&feature=player_embedded). A manifestação da Funai é repetida pelos outros órgãos públicos e demais defensores da obra. O interessante da nota é a diferenciação dos povos indígenas afetados por seu grau de miscigenação, o que revive a classificação do estatuto do índio e reforça os preconceitos contra os povos indígenas: "*Nas TIs Paquiçamba, Arara da Volta Grande do Xingu e Juruna do Km 17, vivem populações que passaram por processos de miscigenação, isto é, que se misturaram com população não indígena. Nas Terras Trinchiera-Bacajá, Koatinemo, Arara, Kararaô, Cachoeira Seca, Araweté Igarapé Ipixuna e Apyterewa vivem povos que falam línguas das famílias: Tupi-Guarani, Gê e Karib.*"

No dia do índio, a presidenta da República homologa as três únicas terras indígenas em 2011: Saraua (PA), para o povo Amanayé; Sapotal e Barro Alto (AM), ambas para o povo Kokama. Dilma Rousseff repetia a centralização que caracterizava seu governo na questão indígena, ordenando que qualquer abertura de processo para identificação de terra indígena deveria ser por ela autorizada.

Em maio, a representante dos povos indígenas Yanomami e Ye'kuana denunciavam a indicação política para a chefia da coordenação do Distrito Sanitário Especial de Saúde Indígena Yanomami e Ye'kuana (DSY) feita pelo senador Romero Jucá sem consulta prévia às comunidades. Em 2007 e 2008, operações da Polícia Federal investigaram e prenderam pessoas indicadas também pelo senador Romero Jucá por desvio de recursos na Funasa (ISA, 2011b). Os protestos foram endereçados por cartas, reuniram indígenas em manifestações na Funasa de Boa Vista (RR) e

retiveram aviões deste órgão. Ao final do impasse, o Ministério da Saúde nomeia como chefe do distrito sanitário pessoa indicada pelos indígenas. A manifestação expunha a falta de apoio do governo federal para que a Secretaria de Saúde Indígena, criada recentemente, tivesse condições de assumir o atendimento da saúde indígena, ainda nas mãos da Funasa. As dificuldades enfrentadas pelo novo modelo, que criou a única secretaria nacional responsável diretamente pela execução de atividade finalística, adiava sua implementação para um novo prazo, final do ano de 2011.

O governo Dilma começa marcando suas diferenças em relação ao governo Lula também na política indigenista. Em virtude do abril indígena, recebe algumas lideranças do Acampamento Terra Livre através dos ministros ou secretários executivos de Justiça, Meio Ambiente, Saúde e das Minas e Energia, com interlocução centralizada no ministro-chefe da Secretaria-Geral, Gilberto Carvalho, que tem a função de dialogar com os movimentos sociais e é muito próximo da Igreja Católica. Enquanto o presidente Lula e seus ministros diziam que nada fariam sem o debate com os indígenas, o governo de Dilma Rousseff é direto ao anunciar a construção de hidrelétricas, estradas, hidrovias ou quaisquer projetos vistos como necessários ao desenvolvimento do país. Sobre o pedido de que fosse demitido o presidente da Funai, feito por alguns na reunião e por quase todos na passeata do dia anterior a que foram recebidos, o ministro Gilberto Carvalho teria dito:

“Eu aconselho a vocês que não prossigam com essa história. Quem escolhe seus auxiliares é a presidenta que teve milhões de votos. Se prosseguirem com isso, vão malhar em ferro frio” e “Nós do governo sabemos o quanto o Márcio Meira chega a se indispor com alguns colegas defendendo os direitos dos índios”. (GOMES, 2011)

Ouvidos, mas sem qualquer resposta a suas propostas, entregaram o Documento Final do Acampamento Terra Livre de 2011²¹⁸, que elabora as principais

²¹⁸ **DOCUMENTO FINAL DO ACAMPAMENTO TERRA LIVRE 2011**

Nós, mais de 700 lideranças, representantes de povos e organizações indígenas das distintas regiões do Brasil, reunidos em Brasília-DF, por ocasião do VIII Acampamento Terra Livre, a maior mobilização indígena nacional, considerando o atual quadro de violação dos nossos direitos que se agrava dia a dia sob o olhar omisso e a conivência do Estado brasileiro, viemos de público manifestar a nossa indignação e repúdio pela morosidade e descaso com que estão sendo tratadas as políticas públicas que tratam dos nossos interesses e aspirações. Animados pelo exemplo e o espírito de luta e coragem dos nossos antepassados, anciãos e caciques que nos presidiram, reiteramos a nossa vontade de continuar unidos na diversidade e de lutar acima das nossas diferenças pela garantia dos nossos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988 e leis internacionais de proteção e promoção dos direitos indígenas como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas.

Diante do Projeto de morte da ofensiva dos interesses do agronegócio, do latifúndio, dos consórcios empresariais, das multinacionais e demais poderes econômicos e políticos sobre as nossas terras e suas riquezas (naturais, hídricas, minerais e da biodiversidade), proclamamos a nossa determinação de defender os nossos direitos, principalmente quanto à vida e à terra e, se preciso for, com a nossa própria vida.

Não admitiremos que o que até hoje preservamos milenarmente – a Mãe Terra – contribuindo para a sustentabilidade ambiental e social do território nacional e do planeta, seja arrancado mais uma vez das nossas mãos ou destruído irracionalmente, como foi há 511 anos pelos colonizadores europeus, em detrimento da vida dos nossos povos e suas futuras gerações.

Não podemos admitir continuar sendo vítimas da voracidade do capitalismo neoliberal, do modelo de desenvolvimento depredador que impera no mundo, inclusive no nosso país, de forma implacável, sob o olhar omissivo, a convivência e adesão explícita do governo atual.

Em nome de todos os povos e organizações indígenas do Brasil reivindicamos que a Presidenta Dilma Rousseff torne realidade o seu compromisso de garantir o respeito aos direitos humanos, a justiça social, a sustentabilidade ambiental e social proclamada por ela na sua campanha e em viagens internacionais, considerando que nós os povos indígenas, relegados secularmente pelo Estado brasileiro e tratados como empecilhos ao plano de desenvolvimento e crescimento econômico do país, enquanto cidadãos e coletividades étnica e culturalmente diferentes, temos direitos assegurados pela Constituição Federal e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário que devem ser devidamente respeitados.

Dessa forma reivindicamos o atendimento das seguintes demandas.

TERRAS: DEMARCAÇÃO E DESINTRUSÃO

Que a Funai crie GTs para dar continuidade aos trabalhos fundiários, voltados a regularizar as terras indígenas, com metas claras para a demarcação, revisão de limites e desintrusão imediata, incluindo o julgamento de casos parados no Supremo Tribunal Federal (STF). A paralisação dos processos demarcatórios e a morosidade nas ações da Funai provocam o aumento de conflitos com os invasores das terras indígenas, alongando o sofrimento dos nossos povos e comunidades em todas as regiões do país, situação agravada pelas 19 condicionantes estabelecidas pelo STF.

A Funai deve contratar funcionários para atender as demandas específicas de demarcação das Terras Indígenas. O órgão deve ainda tomar providências contra servidores envolvidos com fazendeiros e contrários ao direito territorial dos nossos povos como no Mato Grosso do Sul.

Que não se adote a aquisição de terras para os povos indígenas como substituição do devido procedimento legal de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas. Só admitimos esse procedimento em casos em que não se comprove a ocupação tradicional.

É falsa a informação pomposamente divulgada com frequência pelo governo de que 95% das terras indígenas já foram demarcadas. Ao contrário, além de não ter sido demarcada essa totalidade, a maioria das terras indígenas continuam sendo invadidas, sem que todas as fases de regularização estejam concluídas: relatório de identificação, declaração de reconhecimento, colocação de marcos, homologação, registro, desintrusão. Isso em todas as regiões do país. O Acampamento Terra Livre, por meio da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) encaminhará ao Governo um levantamento deste mapeamento que revela a situação crítica das terras indígenas. Reiteramos que a agilidade na conclusão das distintas fases do procedimento de regularização é necessária para diminuir a crescente judicialização que vem retardando a efetividade das demarcações concluídas pelo Executivo, vulnerabilizando as comunidades frente à violência de grupos contrários ao reconhecimento das terras indígenas e à sua proteção pela União.

Cabe, no entanto, lembrar que demarcar não é suficiente se o governo não adota medidas de proteção e sustentabilidade às terras indígenas, adotando programa especial para a fiscalização e proteção das terras indígenas nas faixas de fronteira, com a participação dos nossos povos e organizações.

EMPREENHIMENTOS QUE IMPACTAM TERRAS INDÍGENAS

Que o Governo da presidenta Dilma garanta a aplicabilidade da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Constituição Federal, respeitando o direito dos nossos povos à consulta livre, prévia e informada, a respeito de empreendimentos que impactam as suas terras. É fundamental para isso que o governo regulamente e institucionalize o direito à consulta. Os povos indígenas devem ser devidamente informados quanto aos seus direitos evitando que acordos sejam firmados ou políticas de cooptação praticadas, em detrimento de seus direitos. No caso de comunidades impactadas por empreendimentos, a compensação decorrente deve ser permanente e destinada diretamente para a elas, que definirão de forma autônoma quem deverá gerenciar os recursos em questão. Não admitimos que essa gestão seja feita pela Funai ou qualquer outra instituição, sem se considerar este pressuposto.

Os nossos povos não podem mais ser vítimas de impactos sociais e ambientais na maioria dos casos irreversíveis provocados por estradas que cortam as terras indígenas, monocultivos (soja, cana de açúcar, bambu, eucalipto, pinos), a pecuária, o uso de agrotóxicos e outros tantos projetos e empreendimentos econômicos que impactam de forma negativa a nossa vida e cultura, e provocam a judicialização das demarcações de terras, a perseguição e a criminalização de centenas de lideranças nossas. São usinas hidrelétricas como Belo Monte, Santo Antônio e Jirau, Estreito; projetos de transposição (Rio São Francisco), rodovias, mineração, rede elétrica de alta tensão, Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs), mansões na orla marítima, assentamentos de colonização, criação de parques nacionais e áreas de preservação, portos, esgotos, usinas de álcool, pedreiras, exploração de calcário e areia, fábricas siderúrgicas, refinarias, gasodutos, termelétricas, dentre outros. Pelo menos 434 empreendimentos atingem nossos territórios. Os programas desenvolvimentistas do governo federal, vinculados ou não ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), vão gerar impactos em 182 terras indígenas, em pelo menos 108 povos.

Por tudo isso, não admitimos que o governo “enfie goela abaixo” empreendimentos do Projeto de Aceleração do Crescimento (PAC) que ameçam a continuidade e segurança física, psíquica e cultural dos nossos povos e comunidades.

CRIMINALIZAÇÃO DE LIDERANÇAS INDÍGENAS

Que as lutas dos nossos povos pelos seus direitos territoriais não sejam criminalizadas, sendo eles perseguidos e criminalizados na maioria das vezes por agentes do poder público que deveriam exercer a função de proteger e zelar pelos direitos indígenas.

Denunciamos a articulação existente entre o judiciário, órgãos de segurança e interesses privados, fazendeiros, sobretudo, para criminalizar líderes indígenas. Em alguns estados as polícias militar, civil e federal, e a força nacional ou são omissas ou são utilizadas para expulsar indígenas das terras retomadas. Os fazendeiros, como no sul da Bahia, formam milícias inclusive com a participação de membros da polícia militar e federal.

De acordo com o InfoPen/MJ, pelo menos 748 indígenas estão presos, sendo que muitos são lideranças e outras por luta são perseguidos, submetidas a atos de violência, processos judiciais e com ordem de prisão decretada. Em Pernambuco, a cabeça de uma das lideranças está anunciada por 500 reais.

Lideranças indígenas, mulheres e homens, são assassinados, e os criminosos estão soltos e não são tomadas providências. Reivindicamos que sejam julgados e punidos os mandantes e executores de crimes (assassinatos, esbulho, estupro, torturas) cometidos contra os nossos povos e comunidades.

Juízes ocupantes de terras indígenas ou que defendem interesses de fazendeiros e até de grileiros assentados em áreas demarcadas ou reivindicadas não podem julgar as ações relativas às nossas terras. Devem, portanto, serem impedidos uma vez que são partes interessadas nas ações.

Que o Ministério Público Federal não ofereça denúncia contra lideranças indígenas, uma vez que não se trata de crimes e sim de uma luta coletiva dos povos indígenas pela demarcação de seus territórios tradicionais e demais direitos coletivos constitucionalmente garantidos. O Ministério Público Federal, omissos em alguns casos, deve ao contrário assistir as comunidades e impetrar Habeas Corpus em favor das lideranças que sofrem o processo de criminalização quando em luta por seus territórios.

Que seja fortalecida a Procuradoria da Funai, assegurando o retorno dos Procuradores para a sede das coordenações regionais do Órgão.

Que seja assegurada a liberdade de expressão e de luta dos nossos povos pela garantia de seus direitos, especialmente territoriais.

REESTRUTURAÇÃO DA Funai

Queremos uma Funai que deixe de atender aos interesses econômicos e do latifúndio, e que pare de ser órgão licenciador de obras que rasgam nossas terras. Queremos uma Funai com recursos suficientes para retirar os invasores de nossos territórios e, ao mesmo tempo, ter condições de concluir os procedimentos demarcatórios de nossas terras. Chega de paralisia nas demarcações. Queremos uma Funai com condições de defender nossos direitos coletivos e individuais, especialmente de nossas lideranças que são criminalizadas. Queremos um órgão presidido por alguém que realmente tenha compromisso com os interesses e aspirações dos nossos povos e comunidades.

Com a reestruturação da Funai, a violação dos nossos direitos se agravou. Os processos de demarcação ficaram paralisados e as terras desprotegidas, sem a presença dos chefes de postos. Que os postos e as coordenações regionais extintos com o decreto 7056, retornem. Considerando que o governo brasileiro violou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), reivindicamos que esse decreto seja revogado, até que seja discutido e haja consenso com todos os Povos sobre como deve ser a reestruturação e que seja substituído o atual presidente, como tem reivindicado as regiões afetadas por este processo.

Legislação Indigenista

Que o presidente da Câmara dos Deputados inclua na ordem do dia o PL 2057/91 e crie a Comissão Especial para analisar o projeto em questão, a fim de permitir a discussão e apresentação de emendas, considerando as propostas dos nossos povos e organizações, visando à aprovação do novo Estatuto dos Povos Indígenas. Dessa forma, todas as questões de interesse dos nossos povos serão tratadas dentro desta proposta, evitando ser retalhadas por meio de distintas iniciativas legislativas que buscam reverter os avanços assegurados pela Constituição Federal.

Que o governo, por meio de sua bancada, assegure a tramitação e aprovação do Projeto de Lei 3.571/2008 que cria o Conselho Nacional de Política Indigenista (CNPI), instância deliberativa, normativa e articuladora de todas as políticas e ações atualmente dispersas nos distintos órgãos de Governo. Após cinco anos da existência da Comissão Nacional de Política Indigenista, está na hora da mesma ser substituída pelo Conselho, a fim de evitar maiores desgastes e dificuldades no interior de nosso movimento. Acreditamos que a CNPI já cumpriu a sua função após ter assegurado a consolidação e o encaminhamento do Projeto de Lei do Conselho, que realmente interessa aos povos e organizações indígenas.

Saúde Indígena

Que o Governo garanta os recursos financeiros suficientes para a implementação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) e a efetivação da autonomia política, financeira e administrativa dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI's), com a participação plena e o controle social efetivo dos nossos povos e organizações nos distintos âmbitos, local e nacional, evitando a reprodução de práticas de corrupção, apadrinhamentos políticos, e o agravamento da situação de abandono e desassistência em que estão muitos povos e

demandas dos povos indígenas e retrata a visão indígena sobre a política indigenista brasileira.

No entanto, o documento indígena mais importante do ano seria aquele que anunciava o rompimento dos representantes indígenas com o governo Dilma Rousseff. A suspensão da participação das lideranças indígenas na Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI se fundamentava em nove pontos:

"1º. Resoluções das quais participamos raramente foram encaminhadas, tornando-se sem efeito e resultado concreto.

2º. Outras decisões de governo, como a reestruturação da Funai, foram encaminhadas sem o nosso consentimento, no entanto fomos acusados de ter sido co-responsáveis na sua aprovação e encaminhamento.

3º. Contrariando a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que em seu artigo 6º estabelece que os governos deverão “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que se tenha em vista medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente”, e contrariando o próprio Decreto de criação da CNPI, o governo tem adotado medidas de flagrante violação aos nossos direitos.

O governo está determinado a construir empreendimentos que impactam ou impactarão direta ou indiretamente as nossas terras, o meio ambiente, a vida e cultura dos nossos povos, como a hidrelétrica de Belo Monte.

Nos últimos dias fomos surpreendidos por mais um ato antiindígena do Poder Executivo que publicou sem ter ouvido os nossos povos e organizações a Portaria Conjunta nº 951 de 19 de maio de 2011 que cria um grupo de estudo interministerial para elaborar ato que discipline a participação dos entes federados nos procedimentos de identificação e delimitação das terras indígenas.

Questionamos a finalidade proposta pela referida portaria cuja justificativa é atribuída à aplicação da “Condicionante nº 17 da decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3388”, referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Não podemos entender a pressa do Governo brasileiro em se anteciper à conclusão do julgamento, sendo que o Supremo

comunidades indígenas. Garantir, ainda, concurso público diferenciado e a capacitação de quadros indígenas para assumirem responsabilidades no atendimento à saúde indígena.

A demora na transição das responsabilidades da Funasa para a SESAI, em razão de interesses políticos partidários e corporativos, está gerando caos no atendimento básico e insegurança sobre a garantia do saneamento básico nas comunidades indígenas. O Governo da presidenta Dilma deve tomar providências para que os órgãos competentes cumpram as suas responsabilidades institucionais em bem da saúde dos nossos povos.

Educação Indígena

Que o Ministério da Educação assegure a participação dos povos e organizações indígenas na implementação dos territórios etnoeducacionais e que cumpra as resoluções aprovadas pela I Conferência Nacional de Educação Indígena de 2009.

Código florestal

Repudiamos a ofensiva da bancada ruralista, empenhada na alteração do Código Florestal que, certamente, provocará danos irreparáveis às nossas terras e aos recursos naturais que elas abrigam.

Reforma Política

Reivindicamos que no processo da Reforma Política, em curso no parlamento, seja considerado o direito dos nossos povos à participação, inclusive sendo estabelecida uma quota que garanta a nossa representatividade. Brasília-DF, 05 de maio de 2011.

Tribunal Federal não concluiu este processo, a não ser para atender aos interesses de alguns governos estaduais, grupos econômicos e oligarquias políticas regionais declaradamente contrárias aos direitos dos povos indígenas.

Como representantes dos nossos povos na Comissão Nacional de Política Indigenista queremos tornar pública a nossa posição contrária a esta Portaria, razão pela qual exigimos a sua imediata revogação

4°. Enquanto espaço privilegiado de diálogo e interlocução com o governo para definir as políticas de interesse dos nossos povos a CNPI teve feitos importantes como as consultas regionais sobre as propostas para o novo Estatuto dos Povos Indígenas, a elaboração do Projeto de Lei do Conselho Nacional de Política Indigenista e a construção da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas (PNGATI). Porém, essas ações se tornaram até o momento sem efeito, uma vez que o governo não cumpre o compromisso de viabilizar a tramitação, aprovação e implementação desses instrumentos.

5°. A implementação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) e a autonomia política, financeira e administrativa dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs) não está acontecendo.

6°. A reestruturação da Funai não sai do papel e os problemas nas comunidades continuam se agravando. As coordenações regionais e coordenações técnicas locais não estão funcionando, e o órgão indigenista paralizou as suas ações, notadamente a demarcação das terras indígenas, os processos de desinversão e se comporta conivente do processo de criminalização de lideranças e comunidades indígenas.

7°. A educação escolar indígena diferenciada, direito conquistado na Constituição Federal e em Legislação específica, está sendo desrespeitada. O Ministério de Educação até o momento não implementou as decisões tomadas na Conferência Nacional de Educação Indígena e nem estruturou o setor correspondente para o cumprimento destas ações.

8°. A nossa participação na CNPI tornou-se sem sentido. Só voltaremos a esta Comissão quando a Presidente Dilma Rousseff e seus ministros envolvidos com a questão indígena compareçam a esta instância dispostos a estabelecer um agenda de trabalho e metas concretas, explicitando qual é a política indigenista que irá adotar para o atendimento das demandas e reivindicações que reiteradamente temos apresentado ao governo neste âmbito ou por intermédio dos nossos povos e organizações representativas como aconteceu no último Acampamento Terra Livre realizado em Brasília no período de 02 a 05 de maio de 2011.

9°. Reiteramos o nosso repúdio à forma autoritária e a morosidade com que o governo Dilma está tratando os nossos direitos e reivindicamos respeito a nossa condição de cidadãos brasileiros e representantes de povos étnica e culturalmente diferenciados, com direitos assegurados pela Constituição Federal e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Como o fizemos até agora, manifestamos a nossa disposição de continuar lutando e contribuindo na construção das políticas voltadas nós, desde que estas atendam os reais interesses e aspirações dos nossos povos e comunidades.

No dia 1º de julho, o juiz Julier Sebastião da Silva, da 1ª Vara da Justiça Federal de Mato Grosso, determinara a remoção, em até 20 dias, das famílias de não índios que vivem na Terra Indígena Marãiwatsédé. Diante da iminente remoção, a Assembléia Legislativa do estado de Mato Grosso cria uma possibilidade de interferir na retirada dos invasores através da Lei 9.564, 27 de junho de 2011, que autoriza o estado de Mato Grosso a permutar Marãiwatsédé por área do Parque Estadual do Araguaia. Lembre-se que Marãiwatsédé era reconhecida pelo Poder Executivo e por duas instâncias do Poder Judiciário, que julgaram a imediata desintrusão dos invasores. O Desembargador Fagundes de Deus, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, determina assim a suspensão da decisão de retirada “*tendo em vista a possibilidade de acordo noticiada nos autos*”. A proposta do Poder Legislativo do estado do Mato Grosso, absolutamente inconstitucional pois violadora do artigo 231 da Constituição e desrespeituosa aos direitos indígenas, era obviamente contrária ao desejo da comunidade Xavante, expressada na opinião de Damião, líder da retomada “*Não fomos consultados, é uma grande falta de respeito. Marãiwatsédé é nossa terra original, não vamos sair daqui, a gente não aceita essa transferência*” (ISA, 2011b).

No Seminário “*Subsídios Jurídicos e Antropológicos para a regulamentação da consulta prévia junto a povos indígenas no Brasil*”, promovido por uma rede de organizações de apoio aos povos indígenas²¹⁹ e com a presença de organizações indígenas²²⁰, governo federal e acadêmicos, elaborou-se um documento sobre as diretrizes para a discussão da regulamentação do direito de consulta, previsto na Constituição e na Convenção 169 da OIT (ISA, 2011d). O documento entregue para o governo federal ainda apresenta um conjunto de recomendações para o detalhamento dos procedimentos de implementação desse direito para que fosse institucionalizado o diálogo entre Estado e povos indígenas.

Mas o primeiro ano do governo Dilma Rousseff seria marcado por retrocessos na legislação ambiental. Enquanto caminhava no Congresso projeto de lei patrocinado pela bancada ruralista para mudar o Código Florestal, no sentido de

²¹⁹ Rede de Cooperação Alternativa - RCA, a Associação Brasileira de Antropologia - ABA, o Ministério Público Federal, Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC e o Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas da UnB.

²²⁰ Atix, Apina, Arpinsul, CIR, Foirn, Hutukara, Opiac, Oprint, Wyty-Catë, Comissão Yvy Rupa, além das organizações indigenistas ISA, CPI-AC, CTI e Iepé.

anistiar as infrações ambientais e flexibilizar o cumprimento das normas sobre o aproveitamento da propriedade privada, o governo federal se preocupava em simplificar e delimitar o procedimento de licenciamento ambiental.

Assim, no dia 28 de outubro de 2011, a Portaria Interministerial n. 419, assinada pelos ministros da Justiça, Meio Ambiente, Saúde e Cultura, aparece para regulamentar a participação da Funai, do IPHAN, da Fundação Cultural Palmares - FCP e do Ministério da Saúde nos processos de licenciamento ambiental de competência federal. Por óbvio, a regulamentação limita os prazos das manifestações dos órgão indicados e trata burocraticamente o processo de licenciamento ambiental, para esvaziar seu conteúdo democrático. Pelos prazos fixados na portaria fica impossível aos povos indígenas estabelecer um diálogo, reflexões e ponderações sobre os projetos propostos. Pela quantidade de grandes obras e empreendimentos previstos no país, em especial na Amazônia, os procedimentos de licenciamento ambiental marcarão a relação que a Funai está desenvolvendo com os povos indígenas brasileiros.

Da mesma forma, a Portaria 2498, editada em novembro de 2011 pelo Ministério da Justiça, de novembro, define a participação dos entes federativos no processo de demarcação de terras indígenas, justificada pelo atendimento de decisão do STF no caso Raposa, que sequer tinha transitado em julgado. Ao exigir que outros entes, não previstos legalmente participassem dos trabalhos de identificação e delimitação, o governo estabelecia ingerências políticas e administrativas no reconhecimento de terras indígenas. Se isso não fosse suficiente, em abril de 2012, a Casa Civil, sob ordem presidencial, devolve ao Ministério da Justiça seis terras indígenas prontas para serem homologadas, pois os processos não tinham passado pela análise do ministro de Minas e Energia.

O começo de 2012 vem também com o anúncio do presidente da Funai de que chegava ao final sua passagem pelo órgão indigenista. Sem motivo aparente, supondo-se que em razão da falta de apoio dos indígenas, que atingira uma unanimidade, e do desgaste pessoal dos dirigentes. Abria-se, assim, a sucessão da Funai, agora sem nenhuma esperança de que um indígena tomasse a frente do órgão. Ainda assim, a APIB lança uma *Carta aberta à Presidente Dilma e à sociedade brasileira sobre a indicação para a presidência da Funai*. Chamados pelo governo a

dialogar sobre a regulamentação dos mecanismos de consulta prévia, os representantes dos povos indígenas questionavam a falta de consulta para a nomeação da presidência da Funai:

"ao mesmo tempo em que estávamos reunidos para discutir a participação dos Povos Indígenas e suas Organizações no processo de regulamentação dos Mecanismos da Consulta Prévia, Livre e Informada, prevista na Convenção 169 da OIT, tivemos informações não oficiais de que já há uma pessoa indicada para ocupar o cargo de presidente da Funai, e que seria nomeada em breve. Trata-se da Senhora Marta Azevedo, ex esposa do Secretário Nacional de Articulação Social da Presidência da República, Sr. Paulo Maldos e consultora do Instituto Sócio-ambiental – ISA.

(...)

Ao fazer essa indicação para o cargo de relevante importância para os Povos Indígenas, no momento em que inicia um processo de diálogo como os povos indígenas, o governo perde a oportunidade de demonstrar na prática, que seu discurso é coerente com sua atuação."

No final de abril seria então confirmada a escolha de Marta Azevedo, antropóloga e reconhecida demógrafa do IBGE, que participava da elaboração do censo para os povos indígenas. A nomeação da primeira presidenta da Funai significava uma esperança de mudança na política indigenista e da volta do diálogo.

Em março, foi publicada a Instrução Normativa nº 1, de 2012, que regulamentava os procedimentos internos da participação da Funai nos processos de licenciamento ambiental (de competência federal, estadual e municipal) com impactos em povos indígenas.

A desocupação de Marãiwatséde continuava a revelar toda a bipolaridade da Justiça brasileira. Depois de ouvir a manifestação dos Xavante e a posição do MPF, em decisão em agravo regimental de junho de 2012, o mesmo TRF da 1ª Região cassou decisão anterior que suspendia a desintrusão da terra indígena Marãiwatséde. Mas a questão estava longe de ser resolvida definitivamente. Pronto o plano de desintrusão e fixado judicialmente o dia 1º de outubro de 2012 para o início da retirada dos invasores, uma nova suspensão é concedida pelo vice-presidente do TRF da 1ª Região, em pedido de efeito suspensivo em recurso especial. No entanto, em outubro, o presidente do STF, ministro Ayres Britto, voltara a cassar a última decisão do TRF da 1ª Região mediante um pedido de suspensão de liminar do Ministério Público Federal, reestabelecendo a possibilidade de desintrusão.

O STF voltou a decidir sobre reconhecimento de terras indígenas diante da invasão de mais de sessenta fazendas dentro da terra indígena Caramuru-Paraguaçu por 300 indígenas Pataxó Hãhãhãe. A ministra Carmem Lúcia levantou, na sessão de 02 de maio, uma questão de ordem para retomada no julgamento. Com a morte de Menezes Direito, que pedira vista do processo na primeira parte do julgamento em 2008, e o conflito instaurado, o STF decide pela nulidade dos títulos e ocupações incidentes e garante a retomada do território aos indígenas. A decisão reforçou o acórdão sobre a Raposa, especialmente no correto afastamento das condicionantes quando evidenciada a expulsão dos indígenas de seus territórios tradicionais.

Outra decisão do STF, do ministro Ricardo Lewandowski, negara seguimento à reclamação 13.769/MA, proposta pelo município de Amarante do Maranhão, que alegou desrespeito à decisão no caso Raposa em relação ao reconhecimento do território dos indígenas Gaviões-Pykoby. O Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do Mandado de Segurança 0016759-73.2011.4.01.3400, denegara a nulidade das Portarias 677/2008 e 1.437/2010, da Funai, que haviam determinado a constituição de grupos técnicos para a realização de estudos necessários à verificação de eventual equívoco na delimitação – e, por conseguinte, da necessidade de revisão (ou ampliação, nos termos da decisão da Raposa) – da área da Terra Indígena Governador, demarcada em 1982. Na fundamentação da decisão, o ministro Ricardo Lewandowski inadimitiu a vinculação da decisão do caso Raposa a outros casos sobre terras indígenas, confirmando o entendimento de anterior decisão do Ministro Ayres Britto na Reclamação 8.070/MS.

Diante da conferência Rio+20, Dilma Rousseff faz cerimônia no dia mundial do meio ambiente, com reconhecimento de sete terras indígenas, assinando também Decreto que instituiu a Política Nacional de Gestão Ambiental em Terras Indígenas (PNGATI). Anunciara, ainda, a criação de um comitê interministerial para a execução de medidas envolvendo a política de saúde indígena. Na cerimônia, a representante dos indígenas Sônia Guajajara, tolhida em seu discurso pela equipe

presidencial, pediu diálogo e comprometimento do governo contra a PEC 215/2010²²¹ e o projeto de lei de mineração em terras indígenas. As terras reconhecidas foram:

- *Tenharim Marmelos, gleba B (AM), 474.741 ha, ao povo Tenharim;*
- *Riozinho do Alto Envira (AC), 260.972 ha, aos povos Ashaninka e autônomos;*
- *Xipaya (PA), 178.723 ha, ao povo Xipaya;*
- *Matintin (AM), 21.760 ha, ao povo Tikuna;*
- *Santa Cruz da Nova Aliança (AM), 5.969 ha, ao povo Kokama;*
- *Porto Limoeiro (AM), 4.587 ha, ao povo Tikuna;*
- *Largo do Marinheiro (AM), 3.586 ha, ao povo Mura.*

A Rio+20 foi dominada pela pauta indígena brasileira e internacional, com a enorme participação dos povos indígenas do Brasil e suas reivindicações pelo cumprimento de seus direitos e denúncias da política contrária ao meio ambiente e aos povos indígenas do governo Dilma Rousseff. Belo Monte, cujo canteiro de obras fora invadido por indígenas tendo em vista a lentidão no cumprimento das condicionantes imposta na licença ambiental, foi o principal foco dos protestos. Oficialmente, a Rio+20 produziu um documento sem relevância, que só demonstrou os impasses ambientais e o papel secundário que a agenda ambiental tomara em anos de crise financeira internacional.

Em julho, a Advocacia-Geral da União transforma as condicionantes presentes no acórdão do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.888/RR) na Portaria 303. Sem qualquer alteração na redação das condicionantes, quis com ela fixar sua obediência pelos órgãos jurídicos da administração pública federal. A edição de regulamentação da decisão do STF não era novidade para quem acompanhava a política indigenista do governo federal, no entanto, seu resultado surpreendeu a todos. A Federação de Agricultura e Pecuária de Mato Grosso do Sul - Famasul provocou a

²²¹ A Proposta de Emenda à Constituição 215/2010, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados e já aprovada na sua Comissão de Constituição e Justiça, propõe incluir dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e a ratificação das demarcações já homologadas, estabelecendo, ainda, que os critérios e procedimentos das demarcações serão regulamentados por lei.

AGU para que emitisse normatização que vinculasse os órgãos federais à decisão do STF, especialmente pensada para obrigar a Funai e os advogados da União atuantes nos processos judiciais sobre terras indígenas. Houve muitos protestos contra a AGU, tendo a Funai demonstrado alguma independência ao contestar a portaria em nota técnica, apontando que a portaria restringiria direitos indígenas, que o julgamento ainda não atingira o trânsito em julgado, pendentes embargos de declaração para serem julgados, e que o STF tinha se pronunciado sobre a inaplicação das condicionantes para além do caso Raposa.

Os protestos cresciam, vindos dos indígenas, das organizações de apoio aos povos indígenas, de antropólogos e suas associações, dos servidores da Funai e da própria AGU²²². Em agosto, o governo, representado pelo Advogado-Geral

²²² A Associação Nacional dos Advogados da União publicou uma nota pública que pede a revogação da portaria da AGU.

NOTA AO PÚBLICO: Portarias AGU N. 303/2012 e 415/2012.

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA UNIÃO – ANAUNI, entidade representativa da carreira de Advogado da União, no intuito de dar fiel cumprimento aos seus objetivos institucionais de defesa da carreira e do interesse público, considerando a necessidade de esclarecimentos quanto às Portarias ns. 303/2012, a qual estaria impondo aos Advogados da União orientação jurídica flagrantemente inconstitucional, manifestar sua contrariedade aos termos do aludido ato, editado pelo Advogado-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, e solicitar publicamente a sua revogação, na forma que passa a expor.

1. A Portaria nº 303 foi editada a pretexto de regulamentar “as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme o entendimento fixado pelo STF na Petição 3.338 RR”.

2. Ocorre que a citada Portaria acaba inovando a ordem jurídica, ao restringir, indevidamente, os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que ocupam, reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição Federal.

3. É evidente que essa Portaria tolhe a efetivação de direitos fundamentais, seja nos procedimentos de identificação e demarcação de terras tradicionais, seja na administração e exploração desses territórios. Ao invés de defender os povos indígenas, conforme previsto no texto constitucional, o Advogado-Geral da União atuou em sentido contrário, numa postura hermética aos legítimos interesses sociais.

4. Estendendo as restrições veiculadas no julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” a todas as demais terras indígenas, tanto nos procedimentos em curso como nos finalizados, o Advogado-Geral da União olvidou os direitos humanos fundamentais dos povos indígenas reconhecidos pela Constituição Federal, pela Convenção nº 169 da OIT, incorporada pelo Decreto nº 5.051/04, e pela Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da qual o Brasil é signatário.

5. Tal impropriedade se agrava considerando que o citado julgamento ainda não foi concluído, tendo em conta a pendência de apreciação de embargos de declaração que visam a esclarecer a interpretação e o alcance das “salvaguardas” ali fixadas. Isto desmonta o argumento de garantia da segurança jurídica, invocado pelo Advogado-Geral da União para a edição da Portaria nº 303, a qual se baseou em parecer de caráter provisório, ante a inexistência de trânsito em julgado da decisão judicial.

6. Demais disso, o próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade (reclamação nº 8.070, rel. Min. Ayres Britto, e reclamação nº 13.769, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), esclareceu que a decisão proferida no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não possui efeito vinculante, isto é, não se impõe automaticamente às demais terras indígenas, sobretudo de forma retroativa, como pretende o Advogado-Geral da União. A determinação de revisão dos procedimentos finalizados, além de insuflar de forma preocupante os conflitos que tem caracterizado os procedimentos de demarcação, encontra óbice na garantia constitucional do ato jurídico perfeito e na Lei nº 9.784/99 que, ao regular o processo administrativo no âmbito federal, veda a aplicação retroativa de mudanças de interpretação.

7. Lamenta-se, ainda, o fato de que, mais uma vez, os indígenas tenham sido alijados dos procedimentos decisórios que lhes dizem respeito, em afronta ao direito de consulta e consentimento prévio, livre e informado garantido pela Convenção 169 da OIT. Da mesma forma, lamenta-se que o princípio democrático tenha sido olvidado em todo o processo de elaboração da norma em questão.

8. O aqodamento da publicação da aludida Portaria, que, como consta do seu texto, obrigaria os Advogados da

da União, Luís Inácio Adams, pelo Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e pela presidenta da Funai, Marta Azevedo, dialogou com lideranças indígenas em ampla reunião no Ministério da Justiça. Na reunião os indígenas criticaram duramente o governo e exigiram a revogação imediata da portaria (ISA, 2012a). Apontavam a incongruência de se discutir a regulamentação do direito de consulta e diariamente esse direito ser negado por medidas do governo federal. A presidenta da Funai reafirmou que foi surpreendida pela portaria. Era evidente que todo o governo colocava a AGU como bode expiatório em relação à concepção e intempestiva publicação da portaria.

Ao final da reunião, a AGU concordou em suspender a portaria temporariamente até que o governo conclua uma série de reuniões com organizações e povos indígenas para regulamentar a consulta prévia sobre obras que afetem as terras indígenas. No entanto, de acordo com a Portaria 415 da AGU a "*Portaria 303 entra em vigor no dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet 3388-RR [Raposa-Serra do Sol] que tramita no Supremo Tribunal Federal*", podendo ser classificada como de uma inventividade sem igual.

A Portaria 303 foi uma mensagem do Poder Executivo de que iria seguir a decisão do Supremo para todos os casos de demarcação de terras indígenas, endereçada ao Poder Judiciário, ao Legislativo, onde tramita um projeto de emenda constitucional para restringir a demarcação das terras indígenas, aos proprietários de terras e aos indígenas. Katia Abreu, presidente da CNA e líder da bancada ruralista no Congresso avalia a Portaria como um grande avanço em artigo *Segurança jurídica*,

União ao seu cumprimento, confirmou-se com a publicação da Portaria 415, em 17 de setembro de 2012, onde o Advogado-Geral da União mantém a suspensão da Portaria n. 303, e determina, no Art. 6º, que a referida Portaria entrar em vigor no "dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet 3388-RR que tramita no Supremo Tribunal Federal". Ora, e se as condicionantes apresentadas no primeiro julgamento do STF sobre a matéria forem modificadas ou mesmo afastadas em um novo julgamento? Continuará em vigor a Portaria, obrigando os Advogados da União ao seu cumprimento? A nova portaria, portanto, é por demais descabida, e configura verdadeira confissão de culpa quanto ao aqodamento e a impropriedade da veiculação de tal ato.

9. A ANAUNI, reafirmando o compromisso dos Advogados da União com a ordem jurídica brasileira, com a defesa do interesse público, com os direitos fundamentais dos povos indígenas e com a construção de um Estado de direito democrático e pluriétnico, entende que a revogação imediata da Portaria nº 303/2012 é a única maneira de reconduzir a Advocacia-Geral da União ao seu verdadeiro papel constitucional, que é de manter a atuação da Administração Pública em consonância com a ordem constitucional em vigor, evitando-se, com isso, a imposição de ato normativo inconstitucional aos Advogados da União que em todo o País laboram em causas relacionadas aos povos indígenas.

um bem comum, na *Folha de São Paulo* de 21 de julho, além de colocá-la ao lado do novo Código Florestal como instrumentos que garantem a segurança jurídica para os produtores rurais. No lado oposto, o professor Dalmo Dallari, em *Advocacia e ilegalidade anti-índio* (2012), lembra da nulidade da Portaria 303 e da supremacia das normas constitucionais sobre direitos indígenas.

As obras da usina de Belo Monte seriam suspensas por decisão de mérito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em apelação na Ação Civil Pública do Ministério Público Federal que pedia a revogação da licença ambiental pela falta de consulta prévia aos povos indígenas. A suspensão valeria até que o Congresso fizesse consulta prévia, livre e informada nas comunidades indígenas afetadas, como determina o artigo 231 da Constituição. Contudo, ainda em agosto, o ministro Ayres Britto, presidente do STF, cassou a suspensão em virtude de pedido da Advocacia-Geral da União²²³. Sem adentrar no mérito da questão, entendeu que o TRF desrespeitou decisão anterior da ministra Ellen Gracie, então presidente do STF, que entendia que a paralisação das obras traria prejuízo ao patrimônio público. Em setembro, a Funai se manifestou mais uma vez pela possibilidade do licenciamento das obras de Belo Monte e o Ibama autorizou o barramento definitivo do Rio Xingu.

Os dados sobre os povos indígenas no Censo de 2010 finalmente foram divulgados pelo IBGE. A população indígena no Brasil é de 896,9 mil pessoas, de 305 etnias, que falam 274 línguas indígenas. Vive fora de terras indígenas 42% dessa população, sendo que 36% dela em áreas urbanas. O modelo utilizado de coleta dos dados é a autodeclaração. Uma [página do censo](#) na rede mundial de computadores reúne e torna públicos os dados por terra indígena.

No último semestre de 2012, um manifesto da comunidade indígena Guarani-Kaiowá, que, diante de uma reintegração de posse da área retomada e conhecida como Pyelito Kue, em Ponta Porã/MS, ameaça lutar por seu território até sua morte por suicídio. O drama repercute e ganha alcance de forma inédita com ajuda das mídias alternativas e das redes sociais no Brasil e no exterior. O governo é cobrado pela paralisação dos reconhecimentos de terra indígena e pela falta de

²²³ Interessante sobre esse ponto é o artigo de SMERALDI (2012): *Quando as hidrelétricas são fato consumado*, onde aponta que "nossa tradição é simplesmente começar as obras e ir atrás de liminares, até que a construção parcial sirva para dizer que já é tarde para questionar a usina".

solução para o território Guarani-Kaiowá. O Judiciário revogou a reintegração de posse decisão da Desembargadora Cecília Mello, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, decisão essa que destoa da jurisprudência do Tribunal.

Por fim, abaixo segue quadro que compara os reconhecimentos de terras indígenas no Brasil (ISA, 2012b), lembrando que ainda estão pendentes 323 territórios sem nenhum ato de reconhecimento e 146 territórios sob avaliação.

Presidente [período]	TIs Declaradas*		TIs Homologadas*	
	Nº**	Extensão**	Nº**	Extensão**
Dilma Rousseff [jan 2011 a set 2012]	5	18.461	10	972.149
Luiz Inácio Lula da Silva [jan 2007 a dez 2010]	51	3.008.845	21	7.726.053
Luiz Inácio Lula da Silva [jan 2003 a dez 2006]	30	10.282.816	66	11.059.713
Fernando Henrique Cardoso [jan 1999 a dez 2002]	60	9.033.678	31	9.699.936
Fernando Henrique Cardoso [jan 1995 a dez 1998]	58	26.922.172	114	31.526.966
Itamar Franco [out 92 dez 94]	39	7.241.711	16	5.432.437
Fernando Collor [mar 90 set 92]	58	25.794.263	112	26.405.219
José Sarney [abr 85 mar 90]	39	9.786.170	67	14.370.486

A questão do reconhecimento territorial, apesar de ser a mais relevante demanda do movimento indígena, indica, mas não dá a exata dimensão da avaliação do governo Dilma Rousseff, tido como o mais antiindígena e causador do maior retrocesso ambiental na recente democracia brasileira

5 Conclusão

O ponto inicial da pesquisa assumia que cada povo indígena possui um sistema jurídico que rege sua organização social, ocupação territorial, religião, relações de parentesco, economia etc. Para confirmar se essa premissa era verdadeira foi necessário ir, principalmente, à Antropologia, em especial à Antropologia do Direito, e recorrer a alguns textos da Sociologia e do Direito. Como foi demonstrado rapidamente no primeiro capítulo, a compreensão da existência dos "direitos" indígenas é antiga, ainda de forma teórica em alguns textos clássicos e começa a ser comprovada empiricamente por Malinowski na década de 1920.

Os estudos empíricos sobre os direitos indígenas continuaram por todo o século XX e, em certos momentos, transformaram completamente os paradigmas teóricos da Antropologia. A primeira grande questão foi desfocar o fenômeno jurídico para passar a vê-lo como parte do complexo social e cultural de cada sociedade. Outro grande salto foi dado ao se reconhecer a pluralidade de ordenações a regular um fato/comportamento social e a convivência dessas diversas ordenações numa mesma sociedade. Ou seja, as ordenações indígenas sempre conviveram com outras ordenações, entre elas e com cada vez mais dominância os direitos nacionais, espelhados que são nos direitos de matriz européia. Ao admitir-se a pluralidade de ordenamentos, o que passa a interessar e ter relevância são as relações entre as diversas ordenações. Mais que uma coleção exótica ou um conjunto estático de normas, a regulação sobre a vida indígena começa a ser vista como um processo dinâmico, construído diariamente pelos indivíduos e instituições nas suas mais diversas relações sociais.

O objeto primeiro da pesquisa não foi determinada ordenação indígena ou uma coleção delas, mas exatamente a relação entre as ordenações indígenas e o Direito brasileiro. O problema da pesquisa era investigar qual reconhecimento o direito brasileiro oferece às ordenações sociojurídicas dos povos indígenas. Pode-se falar de um Estado pluralista quando a Constituição de 1988

reconhece e promove a diversidade cultural? Esse reconhecimento opera em qual sentido, nas relações internas ou externas das comunidades indígenas? Quais os limites de sua aplicabilidade? Quais os principais campos em que o conflito se instaura hoje?

Esses problemas começam a ser respondidos pela história do indigenismo no Brasil, ou seja, das relações do colonizador, da empresa colonizadora e do Estado brasileiro com os povos indígenas. Essa análise, apesar de ter envolvido muita pesquisa e leitura, aparece rapidamente para introduzir e contextualizar as relações atuais entre povos indígenas e sociedade nacional. Especificamente, o estudo e análise da legislação e da doutrina jurídica sobre a relação entre sociedade, Estado brasileiro e povos indígenas começam a responder as questões propostas. Afinal, como ensina Manuela Carneiro da Cunha (2009:133), "por violadas que tenham sido, as leis expressam por excelência e até em suas contradições o pensamento indigenista dominante da época".

Mas a análise não estaria completa sem a descrição e contextualização dos principais momentos de construção da norma: as reivindicações dos povos indígenas, a definição e execução das políticas públicas pelos poderes legislativos e executivos, a fiscalização e a defesa dos direitos indígenas pelo Ministério Público e o julgamento dos casos concretos pelo Poder Judiciário. Para tanto, foram analisadas as mais diversas fontes, como matérias de jornais nacionais e regionais, *blogs*, páginas na rede mundial de computadores, documentos públicos e privados, relatórios das mais diversas organizações e decisões judiciais e administrativas. Hoje, a rede mundial de computadores torna possível o acesso a uma gama quase infinita de informações sobre a relação dos povos indígenas com o Estado brasileiro. Relevantes, nesse contexto, são as manifestações políticas dos próprios indígenas, divulgadas por organizações de apoio aos direitos indígenas ou mesmo por mídias alternativas, redes sociais, páginas das próprias organizações indígenas e *blogs* de indígenas e antropólogos. Esses meios de comunicação e manifestação conseguem demonstrar em certa medida o que é importante para os indígenas, quais são seus desejos, como eles se organizam para exercitarem seus direitos e, principalmente, como esses direitos são respeitados pelo Estado.

Todo o caminho percorrido como descrito acima termina ancorado na Constituição brasileira, cuja medida de êxito será o resultado final desse estudo. Mas, para não torná-la um livro religioso, como a Bíblia para os cristãos, onde a fé é sobreposta à compreensão do mundo, é necessário entender que as normas constitucionais que regem a proteção aos povos indígenas bebem na herança da política indigenista construída no século XX. Ainda antes da Constituição, e com igual relevância, a redemocratização e a reconquista da liberdade de organização política possibilitaram de forma inédita que os povos indígenas se organizassem para lutar por seus direitos. Diretamente influenciada por seus destinatários²²⁴, nasce a Constituição de 1988 e com ela a afirmação de novos direitos aos povos indígenas.

Comparados com os direitos reconhecidos anteriormente, os direitos presentes na Constituição brasileira representam ao mesmo tempo uma continuidade da política indigenista e uma ruptura de velhas normas e práticas do Estado brasileiro. Esses novos direitos são, em boa medida, respostas jurídicas a relações antigas da sociedade e do Estado com os povos indígenas brasileiros. Estão previstos especificamente nos artigos 210, 215 e, com maior relevância, nos artigos 231 e 232. Dentre eles, de forma inédita e de extrema relevância a este trabalho, está o reconhecimento constitucional à organização social dos povos indígenas.

Na ordem instituída pelo *caput* do artigo 231, o principal dos artigos endereçados aos povos indígenas, a organização social tem um lugar bastante destacado, afinal, o seu reconhecimento deve ser interpretado de forma a proteger quase todos os demais aspectos da vida e da cultura indígena. Costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam devem ser interpretados como desdobramentos ou especificações do reconhecimento à organização social dos povos indígenas. Ou seja, o respeito à organização social se dá ao se respeitarem e protegerem as manifestações culturais, os costumes, as línguas, as crenças, as tradições e os territórios de cada povo indígena. Organização social que, em parte, confunde-se com o que é chamado pela sociedade de cultura européia-ocidental como *Direito*.

²²⁴ Ver *Os povos indígenas e a Constituinte 1987-1988* (LACERDA, 2008).

A necessidade de reconhecimento e respeito às organizações sociais dos diversos povos indígenas, e de qualquer conteúdo próximo à organização jurídica, irradia-se por todas as relações sociais dos indígenas. Ou seja, a Constituição não diferencia se o respeito se deve nas relações internas ou nos relacionamentos com outros povos indígenas ou com a sociedade brasileira de modo geral, o que leva a crer que toda forma de organização indígena deva ser respeitada.

O reconhecimento previsto no caput do artigo 231 se desdobra em outros direitos específicos na própria Constituição. O direito indígena de maior relevância (seja para os próprios indígenas ou porque é o mais ameaçado de todos) é o reconhecimento ao território, que se desdobra em sete parágrafos que delimitam o seu correto preenchimento. O primeiro deles define como terras indígenas aquelas *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*. Até mesmo a definição do que são terras indígenas fica atrelada aos usos, costumes e tradições de cada povo indígena.

É justamente no reconhecimento territorial que muitos povos ou comunidades indígenas brasileiras tiveram maior respeito à sua organização social. Não há país no mundo que tenha reconhecido ao seus povos indígenas algo próximo a 110 milhões de hectares (área equivalente ao território da Bolívia) ou 13% do território nacional. Entretanto, o processo jurídico-político de demarcação de terras indígenas não garantiu o reconhecimento do território de maneira uniforme e equivalente a todas as comunidades indígenas, pois as diversas realidades foram marcadas pela história mais ou menos violenta e definitiva de colonização e espoliação territorial. Anterior ou posterior à Constituição de 1988, em regra, os territórios indígenas que foram reconhecidos em sua plenitude foram as áreas menos cobiçadas ou exploradas economicamente, principalmente aquelas localizadas na Amazônia. Fundamental também foi a defesa de seus territórios e a resistência dos próprios indígenas contra a invasão e colonização, além da posterior luta política para terem suas terras reconhecidas pelo Estado brasileiro. Seguramente, após a

Constituição de 1988 a maioria dos estudos de identificação da Funai costumam expressar o entendimento de cada povo indígena sobre seu território.

Entretanto, os povos indígenas não amazônicos, aqueles cujas terras estão localizadas no Nordeste, Sudeste e Sul do país, e que sofreram mais cedo o processo de colonização, não tiveram suas terras reconhecidas de forma plena. Mesmo a mais forte das garantias constitucionais, o comando de nulidade dos atos de ocupação, do domínio e da posse das terras indígenas, não pôde restaurar sua população dizimada, expulsa de seus territórios, diluída na população brasileira. Não tem força política para restituir seus territórios ancestrais descaracterizados pela invasão massiva, que hoje são ocupados por cidades e propriedades rurais antigas, consolidadas pela força do tempo, da ação do Estado e do perecimento da memória.

Os povos que tentam retomar seus territórios há não muito tempo invadidos, como os Guarani-Kaiowá, ocupados pela expansão da atividade pastoril e da lavoura intensiva de grãos e de cana, que se intensificou e abriu novas fronteiras de exploração rural nos últimos 40 anos, enfrentam a oposição de poderosos setores sociais. O próprio governo federal, que é incumbido constitucionalmente do dever de reconhecer e proteger as terras indígenas, revela sua oposição cada vez maior ao reconhecimento dos direitos indígenas à terra. Exemplo emblemático dessa postura é a edição da Portaria 303 da Advocacia-Geral da União.

O Poder Judiciário, antes favorável, ainda que em certa medida, aos direitos dos povos indígenas, tem colocado obstáculos crescentes ao reconhecimento dos territórios indígenas. Os maiores são representados pelas condicionantes do caso Raposa Serra do Sol, que demonstram uma interpretação da Constituição restritiva a direitos indígenas, tecnicamente sem paralelo com outras decisões do próprio Supremo Tribunal Federal. Tão nociva quanto a decisão, que por si atinge frontalmente o respeito à organização social dos povos indígenas, a sua interpretação equivocada ou tendenciosa por outro órgão do Poder Judiciário agrava ainda mais a violação desses direitos. Outro obstáculo vindo do Judiciário é suspensão dos atos do Poder Executivo que reconhecem os territórios indígenas e a demora em julgá-los,

acirrando os conflitos, obstruindo qualquer via negocial, adiando indefinidamente a resolução das questões e expondo os indígenas à violência.

Por fim, o reconhecimento das terras indígenas também tem como obstáculo a oposição política dos produtores rurais. Em nível nacional, a organização se dá no Ministério da Agricultura, por meio de associações como a Confederação da Agricultura e Pecuária no Brasil - CNA e pela bancada ruralista no Congresso Nacional. No plano estadual e municipal, as vozes e os representantes do setor agrário agem com maior ou menor desenvoltura dependendo da importância do setor na economia em cada ente da Federação, mas não é raro que controlem os poderes políticos dos estados e municípios. Os poderes executivos, legislativo e judiciário e as polícias costumam servir aos "proprietários" de terras nas disputas pela posse das terras indígenas. Por outro lado, os indígenas raramente são representados ou têm voz nas diversas instituições estatais. Uma pequena conquista é a eleição de vereadores e prefeitos indígenas, o que abre a possibilidade de uma nova e ainda tímida alteração na correlação de forças. O resultado desse desequilíbrio de poder é traduzido na falta de apoio institucional ao reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas. Em muitos casos, com o Estado compactuando e apoiando a invasão de terras indígenas não regularizadas. Em pior medida, o forte sentimento antiindígena presente na população e nos poderes políticos de estados como Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Rondônia, Roraima e Santa Catarina, traduz-se na perseguição das lideranças indígenas e na impunidade dos crimes perpetrados contra os indígenas de maneira geral.

Seguindo ainda o artigo 231 da Constituição, os direitos dos povos indígenas ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos existentes nas terras indígenas tem ganhado as mais diversas restrições. Restrições essas que não são previstas constitucionalmente e afrontam a organização social dos povos indígenas. Outra vez, a decisão sobre o caso Raposa Serra do Sol merece crítica, uma vez que estatuiu que o usufruto das terras indígenas pelas comunidades indígenas deve ser limitado quando há: relevante interesse público da União; interesses da política de defesa nacional; atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal; instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte e

construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União; instituição de unidades de conservação.

Essas limitações violam a organização social das comunidades indígenas, pois, além de não serem previstas no artigo 231, foram elaboradas de forma genérica, sem a devida ponderação de interesses no caso concreto, e afastam a necessária e prevista legalmente consulta aos povos indígenas. Se, de saída, é cassada a oportunidade de manifestação e proibida qualquer discussão sobre um procedimento adequado à consulta aos povos indígenas, como compreender a posição e os valores dos indígenas? Como saber das suas necessidades e prioridades? Como receber e aproveitar o conhecimento sobre o território indígena e os recursos naturais nele presente?

Além dessas questões, toda intervenção num território indígena causa impactos e altera a forma de relacionamento interno e externo das comunidades indígenas. Por exemplo, uma estrada expõe os indígenas a riscos como atropelamentos, barulho e poluição; aumenta a possibilidade de invasão ao território e à exploração ilegal dos recursos naturais; pode obstruir ou dificultar deslocamentos internos e afastar comunidades indígenas uma das outras; facilita o deslocamento da população indígena para outras regiões, inserindo-as em outras relações sociais. Enfim, uma infinidade de impactos que podem ou não ser mensurados e que atingem frontalmente a organização social dos povos indígenas, que sequer terão o direito de opinar sobre o futuro de suas vidas.

A instituição de unidades de conservação sobrepostas às terras indígenas, da forma como colocada nas condicionantes previstas no julgamento do caso Raposa Serra do Sol traz ingerências indevidas sobre o comportamento e a organização dos indígenas. Ainda que sejam previstos o respeito aos usos, tradições e costumes (e descartada a organização social e crenças) e a oitiva das comunidades, difícil imaginar que esse relacionamento não seja perpassado por imposições e restrições indevidas, como aconteceu até agora em inúmeros casos. A decisão autoriza o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios nas condições estipuladas pelo ICMBio, sem consulta aos povos indígenas. No limite, uma terra indígena

afetada também por uma unidade de conservação pode ser objeto de um turismo intenso, com uma visitação massiva, com restrições e impactos as comunidades indígenas sem que elas possam se manifestar.

A autodeterminação dos povos indígenas foi cassada por uma via das mais autoritárias. O diálogo intercultural, a construção de uma política não homogenizante e o tratamento diferenciado que é reconhecido pela Constituição foi negado antes mesmo de ser devidamente implementado.

As exceções ao usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são e deveriam ser apenas aquelas previstas constitucionalmente. Elas são o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. São duas as condições impostas pelo § 3º do art. 231 para que elas possam operar em cada caso concreto: a oitiva das comunidades indígenas e a autorização do Congresso Nacional. Pelo artigo 231 da Constituição, o Congresso Nacional deveria resguardar os interesses indígenas e ser árbitro de eventuais confrontos (VALLE, 2011: 162). No entanto, no único caso de aproveitamento hidroelétrico em terras indígenas pós-Constituição de 1988, a usina de Belo Monte, o Congresso Nacional deu sua autorização sem qualquer estudo ambiental e sem ouvir as comunidades afetadas, com a justificativa de ser medida urgente. A oitiva das comunidades indígenas foi delegada ao Poder Executivo, no procedimento de licenciamento ambiental, afrontando a própria Constituição e a Convenção 169 da OIT. O Congresso Nacional, casa de representação do povo brasileiro, julgou desnecessário ouvir as comunidades indígenas para aprovar a intervenção nas terras indígenas. Questão, que como foi visto, teve análise parcial pelo Poder Judiciário, que, nas manifestações de mérito julgou necessária a oitiva pelo Congresso, mas, devido a suspensões de decisões pelas instâncias superiores, ficou desimpedido o início da construção.

Em muitas terras indígenas, atividades ilegais como o garimpo, a exploração de recursos madeireiros, o arrendamento para agricultura ou pecuária, a pesca e caça afrontam a exclusividade do usufruto das terras indígenas pelos indígenas. Em certos casos, os próprios indígenas compactuam e obtêm alguma

remuneração com essas práticas, provocando divisão nas suas comunidades e dificultando a fiscalização e o combate das ilegalidades pelo Estado. Mas, no geral, as atividades são combatidas, fiscalizadas e denunciadas aos órgãos do Estado pelos indígenas. A resposta do Estado nem sempre é satisfatória e rápida, expondo as comunidades e lideranças indígenas a ameaças e intervenções de organizações criminosas.

Em quase todas as questões relevantes que envolvem os povos indígenas, o Ministério Público está presente. De forma geral, as abrangentes atribuições e a força institucional do Ministério Público no Brasil de hoje são proporcionadas pela Constituição de 1988. Em relação à questão indígena, a tutela, no sentido de proteção, que antes era encargo da Funai pelo Estatuto do Índio, foi compartilhada com o Ministério Público por força dos arts. 129 e 232 da Constituição. Se a norma constitucional destina ao Ministério Público a incumbência de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, sua ação amplia e cumpre o mandamento constitucional em grande medida. Não há hoje órgão público ou entidade privada que rivalize na defesa dos povos indígenas com o Ministério Público.

O Ministério Público Federal é a divisão institucional do Ministério Público que lida com as questões coletivas e com a competência federal na questão indígena. É órgão independente, autônomo e tecnicamente preparado para cumprir seu dever constitucional. Na grande maioria das oportunidades sabe reconhecer e respeitar os povos indígenas e suas organizações sociais. Ainda assim, não está livre de polêmicas e erros pontuais em suas ações.

Se uma ressalva pode e deve ser feita é a falta de protagonismo dos ministérios públicos estaduais. Eles intervêm no processamento dos crimes cometidos por indígenas ou que tenham indígenas como vítimas e cuja competência é definida pela jurisprudência dos tribunais superiores à Justiça estadual. Sua ação é centrada na investigação dos culpados pelo crime e a acusação dos réus se sobrepõe ao exercício de seu papel como controlador da lisura do processo criminal e defensor das garantias dos indígenas. Raramente a atuação dos ministérios públicos estaduais é preparada

técnicamente para lidar com os casos envolvendo indígenas. Deveriam, nesses casos, compreender o crime como fenômeno maior que uma conduta reprovável pela lei, um conflito interétnico. Ainda quando as garantias dos indígenas são trabalhadas corretamente pelos ministérios públicos, acabam ignoradas pelo Poder Judiciário. O estatuto diferenciado concedido pela Constituição e pela legislação deveria ser uma baliza para seu trabalho, evitando perseguições e possibilitando a devida aplicação da justiça criminal. No entanto, falta-lhes sensibilidade e sobra preconceito.

O direito à educação, que os povos indígenas compartilham como cidadãos brasileiros, passa a ser considerado pela Constituição de 1988 e por toda legislação nela baseada como uma modalidade de ensino específica dentro do sistema nacional de educação. Por força constitucional, as novas práticas educacionais devem respeitar os valores culturais e as organizações sociais, além de utilizar as línguas maternas e processos próprios de aprendizagem dos povos indígenas. Nesse contexto legal, o governo federal, os próprios povos indígenas e as organizações da sociedade civil de apoio aos índios têm feito um grande esforço em busca da universalização do ensino público laico, não homogeneizador, que respeite e fortaleça as diferentes línguas e culturas indígenas, que inclui políticas de formação de professores, de confecção de material didático, de aperfeiçoamento de indígenas no terceiro grau.

Contudo, aos estados e municípios cabem as responsabilidades pela criação e manutenção das escolas indígenas e a contratação e formação de seu corpo funcional, o que implica custos financeiros elevados e que são recebidos a contragosto. As secretarias estaduais e municipais de ensino dispõem de pessoal pouco qualificado, de restritos recursos financeiros (ainda que complementados com orçamento federal), mas, principalmente carecem de compreensão e vontade política para oferecer uma educação indígena que atenda as especificidades de cada comunidade indígena. O grande desafio é sair do simples repasse de conteúdo de baixa qualidade, feito por tantas escolas por esse país, para um ensino que seja pautado pelas demandas e projetos de futuro de cada comunidade indígena.

O caminho percorrido demonstra que o direito dos povos indígenas de ter reconhecida sua organização sociojurídica é uma inovação como norma

constitucional vinda da Constituição de 1988. Antes do texto constitucional esse direito estava presente de forma muito tímida no Estatuto do Índio de 1975.

Descendo na hierarquia normativa, a Constituição de 1988 veio acompanhada pela completa reformulação do marco legal sobre a proteção dos povos indígenas. Uma nova legislação sobre reconhecimento e gestão das terras indígenas, educação, seguridade social, saúde, meio ambiente, patrimônio cultural, participação e representação política desenvolveu os conteúdos das normas constitucionais. Importantes conquistas jurídicas fizeram avançar a forma como o estado e a sociedade se relacionam com os povos indígenas.

Como foi visto no Capítulo 3, o reconhecimento da organização sociojurídica dos povos indígenas levou a algum esforço na criação das normas que considerassem a pluriethnicidade da população brasileira e as especificidades culturais de cada povo indígena. Poucas são as normas e políticas públicas que tentam lidar adequadamente com a particularidade das relações entre Estado e cada povo ou comunidade indígena. De forma geral a legislação ainda é elaborada tendo como destinatários genericamente o índio ou as comunidades indígenas.

O direito indígena a ter reconhecidas suas organizações sociais é bastante abrangente. Para ser mais claro, é um direito que deve acompanhar uma gama enorme de outros direitos, políticas e ações estatais. Por outro lado, por não ser facilmente identificável, verificável em uma questão mediata ou particular, sua construção e aplicação é descuidada e bastante assimétrica. Não há nenhuma preocupação do legislador ou dos diversos executores da política com a representação política das comunidades indígenas ou que efeitos sociais suas ações terão na organização interna de cada comunidade indígena.

Infelizmente, como aparece no capítulo 4, nos últimos anos existe um fortalecimento das posições antiindígenas no cenário político nacional que tenta interromper a plena implementação dos direitos constitucionais assegurados aos povos indígenas, quando não reverter os avanços constitucionais a eles reconhecidos. Inúmeras propostas foram apresentadas no Congresso Nacional no sentido de excluir ou diminuir os direitos indígenas, sendo a mais temerária a PEC 215. Outro projeto

que merece extrema atenção é o que regulamenta a atividade de mineração em terras indígenas, que, por envolver interesses econômicos e políticos poderosos, pode resultar em um projeto que afaste qualquer garantia ou direito aos povos indígenas.

Além disso, qualquer legislação que faça evoluir a implementação dos direitos constitucionais indígenas, principalmente os direitos ao reconhecimento territorial e à autodeterminação, está congelada em sua apreciação. A tentativa de avançar no projeto sobre o novo estatuto dos povos indígenas, apesar de meritória, pode despertar os setores antiindígenas presentes no Congresso a desvirtuar o projeto original no sentido contrário aos interesses indígenas. A bancada ruralista, que ampliou sua influência legislativa e social, a ponto de desconstruir a legislação ambiental em seu favor, agora volta seus esforços na direção dos direitos indígenas.

Nesse afrouxamento da legislação ambiental, o Poder Executivo federal mostrou que sua pauta desenvolvimentista apoia o atropelo de qualquer direito socioambiental. O governo do presidente Lula, notadamente em seu segundo mandato, quase que paralisou os reconhecimentos de territórios indígenas, o que se agravou no governo de Dilma Rousseff. O licenciamento ambiental, pensado e construído juridicamente para ser um local democrático participativo de compatibilização de anseios e direitos, tornou-se, nos últimos anos, um procedimento burocrático que ajusta minimamente as atividades econômicas impactantes e chancela as decisões políticas por mais obras.

O Poder Judiciário, que antes tinha um movimento pendular ora em direção a posições retrógradas, ora reafirmando os direitos originários, adotou, no caso Raposa Serra do Sol uma visão militarizada e autoritária sobre o relacionamento do Estado com os povos indígenas, além de fechar muitas possibilidades de reconhecimento de direitos territoriais dos povos indígenas. Essa decisão foi ainda mais desvirtuada pelos órgãos judiciais contrários aos direitos indígenas sobre seus territórios, praticamente impedindo qualquer reconhecimento de terras indígenas no Brasil.

Não há dúvida de que são tempos difíceis para os direitos indígenas. Está-se longe de oferecer subsídios ao empoderamento do exercício da autonomia

pelos povos indígenas e da organização de políticas públicas baseadas na diversidade, participação e construção de uma cidadania diferenciada.

Para que o respeito à organização social e jurídica seja devidamente tomado em consideração e guie as políticas públicas e as ações do Estado, em seus mais diversos níveis, é fundamental primeiro ouvir os povos indígenas. São extremamente relevantes os conselhos nacionais ou estaduais que tragam a posição dos povos indígenas nos diversos assuntos como educação, cultura, saúde e reconhecimento territorial. Entretanto, eles não podem ser apenas cooptadores de lideranças indígenas, mas devem procurar uma efetiva representatividade dos povos indígenas. Sem tirar a relevância das representações já existentes, é necessário que um intenso diálogo com cada uma das comunidades indígenas destinatárias preceda as políticas públicas e as ações do Estado. Assim, existe a necessidade de se criarem mais lugares e procedimentos formais para esse diálogo, que deve ocorrer nas diversas etapas, como o planejamento, a formulação, a normatização e a implementação das ações.

Um exemplo bastante citado é a construção de usinas hidroelétricas nos rios amazônicos. Geralmente, os povos indígenas afetados recebem informações sobre o projeto de alguma usina quando ela já está com etapas avançadas para seu licenciamento. Não raro a primeira apresentação do projeto é dada no licenciamento ambiental da obra. Na verdade os povos indígenas mereceriam um diálogo inicial, informado e qualificado no planejamento do sistema elétrico brasileiro, que contemplasse alternativas abrangentes que evitassem os impactos de uma nova obra. Diálogo esse que hoje é inexistente para os povos indígenas e para os demais cidadãos brasileiros, tendo em vista a tomada de decisão centralizada, tecnicista e nada democrática que caracteriza o Estado brasileiro.

O diálogo deve ser franco e transparente, colocando claramente as posições do Estado e os benefícios e impactos das ações. Ele deve também respeitar os procedimentos, o tempo e as linguagens escolhidos pelas comunidades. Como fruto do diálogo nasceriam as posições dos indígenas sobre a ação do Estado, que demonstrariam como os indígenas imaginam seu presente, os temores e esperanças.

Como eles vêem o seu desenvolvimento e seu lugar no futuro da sociedade brasileira. As posições dos povos indígenas deveriam ser levadas realmente em consideração. Hoje, quando muito, elas são tidas como meras etapas necessárias e ignoradas na tomada de decisão.

Para que esse diálogo seja possível, é necessário um órgão indigenista moderno, com qualificação e conhecimento dos povos indígenas, que coordene as ações dos órgãos estatais e demonstre e exija a particularização das políticas públicas. Entretanto, a Funai sempre foi um órgão fraco, despreparado e capturado por interesses não indígenas. Sua quase inoperância, aprofundada pela descentralização das ações indigenistas nos últimos 20 anos e pela atual reestruturação, deixa um vazio institucional que é preenchido pela atuação da política local, fortemente marcada por interesses econômicos e fundiários contrários aos povos indígenas. Um órgão que promova a autonomia dos povos indígenas é condição essencial para o cumprimento da norma constitucional.

Por fim, nas relações do Estado com os povos indígenas, é preciso dar lugar à aceitação do outro, da negociação, da participação dos indígenas nos benefícios do desenvolvimento. Sem esforço pelo diálogo, pela divisão dos benefícios e pela espera pelo consenso, a imposição de uma cultura e a subjugação dos povos indígenas, minando sua cultura e altivez, repetirão os erros do passado. O autoritarismo e o desprezo pelo outro já não combinam com um país que se quer democrático e que possui uma Constituição que pretende guiar o Brasil para o bem de todos os cidadãos brasileiros.

6 Bibliografia

ABI-EÇAB, Pedro. *Presença indígena em unidades de conservação*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

ALBUQUERQUE, Antonio U. do L. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007.

ANDERSON, James N. D. *Islamic Law in Africa*. London: Cass, 1970.

ANTUNES, Paulo de B. *A demarcação de terras indígenas e a constitucionalidade do Decreto 22/91*. Revista da Procuradoria Geral da República, n. 8, jan./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ANTUNES, Paulo de B. *Ação Civil Pública, meio ambiente e terras indígenas*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 1998.

ARAÚJO, Ana V. de. *A defesa dos direitos indígenas no Judiciário*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.

ARDITO, Wilfredo. *The Right to Self-regulation: Legal Pluralism and Human Rights in Peru*. Journal of Legal Pluralism, New York, n. 39, p. 1-42, 1997.

ARRUDA, Roldão; FREITAS, Evelson. *Governo aperta cerco, mas garimpo ilegal avança em reserva*. O Estado de São Paulo, 15 de dezembro de 2007, em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,governo-aperta-cerco-mas-garimpo-ilegal-avanca-em-reserva,96661,0.htm>

ARRUDA, Roldão. *Canaviais empregam mais índios*. O Estado de São Paulo, 11 de fev. de 2008 (2008a), em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,canaviais-empregam-mais-indios,122569,0.htm>

AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas Alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005.

BACHOFEN, Johann Jakob. *Das Mutterrecht*. Stuttgart: Kraiss & Hoffman, 1861.

BAPTISTA, Fernando M. *Descascando o abacaxi da mineração em Terras Indígenas*. In RICARDO, Fanny e ROLLA, Alicia (orgs.). *Mineração em terras indígenas na Amazônia Brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 123-133, 2005.

BAPTISTA, Fernando M. e VALLE, Raul S. T. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BARBOSA, Marco A. *Autodeterminação: direito a diferença*. São Paulo: Plêiade, 2001.

BARNES, John Arundel. *Law as politically active: an anthropological view*. In SAWER, G. *Studies in the Sociology of Law*. Canberra, Australian National University, p. 167-196, 1961.

BARRETO, Helder G. *Direitos Indígenas. Vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

BARTON, Roy Franklin. *Ifugao law*. University of California Publications in American Archaeology and Ethnology, v. 15, Berkeley: University of California Press, 1919.

BARTON, Roy Franklin. *The half way sun: life among the headhunters of Philippines*. New York, Brewer and Warren, 1930.

BEIRÃO, Cláudio Luiz dos Santos e LIMA, Luiz Soares. *Demarcação em Terras Indígenas, Faixa de Fronteira e Oitiva do Conselho de Defesa Nacional*. Tese do Oitavo Congresso de Advocacia Pública – IBAP, 2004.

BELLOQUE, Juliana G.; REZENDE, Guilherme M.; NOLAN, Michael M. *Reforma do CP traz avanço no tratamento penal do índio*. Consultor Jurídico, 21 de jun de 2012, em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-21/reforma-codigo-penal-traz-avanco-tratamento-penal-indio>.

BENDA-BECKMANN, Franz Von. *Property in social continuity: Continuity and change in the maintenance of property relationships through time in Minangkabau, West Sumatra*. The Hague: M. Nijhoff, 1979.

BENDA-BECKMANN, Franz von. *Who's afraid of legal pluralism?* Journal of Legal Pluralism, New York: n. 47, p. 37-82, 2002.

BENDA-BECKMANN, Keebet von. *The environmental Protection and human rights of indigenous peoples: a tricky alliance*. Law & Anthropology, The Hague: Vol. 9, p. 302-320, 1997.

BENDA-BECKMANN, Franz von; BENDA-BECKMANN, Keebet von. *The dynamics of change and continuity in plural legal orders*. Journal of Legal Pluralism, New York: n. 53-54, p. 1-44, 2006.

BENDA-BECKMANN, Keebet von. *Transnational dimensions of legal pluralism*. In FIKENTSCHER, Wolfgang (ed.). *Begegnung und Konflikt - eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme*. Munchen: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 2001.

BENSUSAN, Nurit. *Breve histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil*. In LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.). *Quem fala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003 (Série Documentos do ISA; 8).

BENSUSAN, Nurit. *Terras Indígenas: as primeiras Unidades de Conservação*. In RICARDO, Fany (org). *Terras indígenas e unidades de conservação. O desafio da sobreposição*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 66-75, 2004.

BERMAN, Paul S. *Global legal pluralism*. Southern California Law Review. Vol. 80, p. 1155-1238, 2007.

BIONDI, Karina. *Junto e misturado: uma etnografia do PCC*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010.

BLANCO, Michel. *Focos de autonomia*. Brasil Indígena. Ano III, n. 5, dez/jan 2007, Fundação Nacional do Índio - FUNAI, 2007, em [http://www.funai.gov.br/ultimas/Brasil Indigena/Brasil Indigena5%5B1%5D.pdf](http://www.funai.gov.br/ultimas/Brasil%20Indigena/Brasil%20Indigena5%5B1%5D.pdf).

BOAS, Franz. *The Mind of Primitive Man*. New York: Publisher, Macmillan, 1911.

BOHANNAN, Paul. *Justice and judgment among the Tiv*. London: Oxford University Press for the International African Institute, 1957.

BORGES, André; RITTNER, Daniel. *Licenças de mineração estão suspensas até o novo código*. Jornal Valor Econômico, 31 de agosto de 2012. em [http://amazonia.org.br/2012/08/licenças-de-mineração-estão-suspensas-até-o-novo-código/](http://amazonia.org.br/2012/08/licencas-de-mineracao-estao-suspensas-ate-o-novo-codigo/)

BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades, Cali: Universidad ICESI, p. 45-87, 2003.

BURMAN, Sandra; HARRELL-BOND, Barbara E. (eds.). *The Imposition of Law*. New York: Academic Press, 1979.

CARVALHO, Cleide. *Manifestantes entram em confronto com Força Nacional em Mato Grosso*. 10 de dez. de 2012, em <http://oglobo.globo.com/pais/manifestantes-entram-em-confronto-com-forca-nacional-em-mato-grosso-6992836>.

CARVALHO, Othilia M. B de. *Políticas de Transferência de Renda a Povos Indígenas*. In RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (orgs.). *Povos indígenas no Brasil - 2006/2010*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 99-101, 2011.

CAVALCANTI, Themístocles B. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1951.

CHAMBERS, Ian. *El Convênio 169 de la OIT: avances y perspectivas*. In GÓMEZ, Magdalena. *Derecho Indígena*. México, DF: Instituto Nacional Indigenista, p. 123-141, 1997.

CALDERÓN, J. Federico C. *Los derechos indígenas y su situación frente al derecho penal: el caso del error culturalmente condicionado*. *Ciências Penales*. Revista de Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Ano 13, n. 19, agosto, 2001.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos dos Índios - Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Derecho Consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva Constitución de Brasil*. In STAVENHAGEM, Rodolfo y ITURRALDE, Diego (orgs.). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, DF: Instituto Indigenista Interamericano y Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 299-313, 1989.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Legislação indigenista no Século XIX: Uma compilação: 1808-1889*. São Paulo: EDUSP: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Política indigenista no século XIX*. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org). *Histórias dos índios no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Cia. das Letras, p. 133-154, 2009.

CHANOCK, Martin. *Law, Custom and the Social Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

CIMI. *Perversidade e Autoritarismo: Governo Dilma edita portarias de restrição e desconstrução de direitos territoriais indígenas e quilombolas*, 2011, em http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=5931&action=read.

COELHO, Elizabeth M. B. *Povos indígenas e ações afirmativas*. *Ciências Humanas em Revista* - São Luís: v. 5, número especial, p. 65-74, junho 2007.

COHN, B.S. *Some notes on law and change in North China*. Economic Development and Cultural Change, Vol 8, p. 79-93, 1959.

COIAB et al. *Posição das conveniadas sobre o “novo modelo” de saúde indígena proposto pela Funasa*, Manaus 27 de fev. de 2004, em http://www.socioambiental.org/website/noticias/indios/saudeind_novmod.htm.

COIAB. *Proposta indígena sobre sistema de saúde dos Povos Indígenas*. 01 de jun. de 2009, em <http://www.coiab.com.br/coiab.php?dest=show&back=noticia&id=366&tipo=N&pagina=30>

COMAROFF, John L.; ROBERTS, Simon. *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

COSTA, Helena R. L. da. *O Direito Penal ambiental e o índio*. In VILLARES, Luiz Fernando (org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, p. 105-122, 2009.

COURTIS, Christian. *Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina*. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo: Ano 6 • Número 10 • p. 53-80, Jun 2009.

DALLARI, Dalmo de A. *Índios, Cidadania e Direitos*. In O Índio e a Cidadania, Brasiliense, 1983.

DALLARI, Dalmo de A. *Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 28, n. 111, julho/setembro, p. 315-320, 1991.

DALLARI, Dalmo de A. *Advocacia e ilegalidade anti-índio*. Jornal do Brasil, País, Sociedade aberta, 24 de agosto de 2012. em <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2012/08/24/advocacia-e-ilegalidade-anti-indio-2/>

DELMANTO, Delmanto; DELMANTO, Roberto; Jr. DELMANTO, Roberto. *Código Penal comentado*. 4ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DERANI, Cristiane. *Patrimônio Genético e Conhecimento Tradicional Associado: Considerações Jurídicas sobre seu Acesso*. In: LIMA, André. (org.). *O Direito para o Brasil Socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

DIAMOND, Stanley. *The Rule of Law versus the Order of Custom*. In BLACK, Donald; MILES, Maureen (eds.). *The Social Organization of Law*. New York: Seminar Press, p. 318-344, 1973.

DIEGUES, Antonio C. S. *O mito moderno da natureza intocada*. 3ª ed. São Paulo: Hucitec, Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas, USP, 2000.

DONOVAN, James M. *Anthropology & Law*. New York: Berghahn Books, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DOTTI, René A. et al. *Penas Restritivas de Direitos: Críticas e comentários às penas alternativas - Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

EHRLICH, Ehrlich. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.

EPSTEIN, Arnold L. *Juridical Techniques and the Judicial Process: a study in African customary Law*. Manchester: Published on behalf of the Rhodes-Livingstone Institute by the Manchester University Press, 1954.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *FUNAI quer barrar adoções em MS*. 09 de fev. de 2008, em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,funai-quer-barrar-adocoes-em-ms,121915,0.htm>

EVANS-PRITCHARD, Edward E. *The Nuer, a description of the modes of livelihood and political institutions of a Nilotic people*. Oxford: Clarendon Press, 1940.

FALCÃO, Ismael M. *O Estatuto do Índio comentado*. Brasília: Ed. Gráfica do Senado Federal, 1985.

FALLERS, Lloyd. *Changing customary law in Busoga district of Uganda*. *Journal of African Administration* 8: p. 139-144, 1956.

FALLERS, Lloyd. *Customary law in the new African states*. *Law and Contemporary Problems* 27:605-631, 1962.

FALLERS, Lloyd. *Law without precedent*. Chicago/London: Chicago University Press, 1969.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional*. *Revista brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Método e Escola Superior de Direito Constitucional, n. 3, p. 689-699, jan./jun. de 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIRESTONE; Laurel. *Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos*. In LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.). *Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003 (Série Documentos do ISA; 8).

FITZPATRICK, Peter. *Law and State in Papua New Guinea*. London: Academic Press, 1980.

FONDO INDÍGENA. *El avance de las declaraciones sobre derechos de los Pueblos indígenas de la ONU y OEA y el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región*. La Paz: Fondo Indígena, 2005.

FONTELES, Cláudio L. *Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual*. In NOVAES, Sylvia Caiuby. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor e Núcleo de Direitos Indígenas, p. 201-206, 1993.

FORSYTH, Miranda. *A typology of relationships between state and non-state justice systems*. Journal of Legal Pluralism, New York, n. 56, p.67-113, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Discipline and punish: the birth of the prison*. New York: Pantheon Books, 1977.

FRAKE, Charles O. *Struck by Speech: The Yakan Concept of Litigation*. In NADER, Laura. *Law in Culture and Society*. Berkeley: University of California Press, p. 147-167, 1997.

FRANCHETTO, Bruna. *Línguas indígenas e o risco de perda linguística no Brasil*. In MUSEU DO ÍNDIO. Vocabulário Básico de Línguas Indígenas do Brasil. Rio de Janeiro: FUNAI e UNESCO, 2004. CD ROM.

FRANCIA, Luis. Pluralidad cultural y derecho penal. Derecho 47. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

FULLER, Lon L. *Human Interaction and the Law*. 14 American Journal of Jurisprudence. 14 (1), p. 1-36, 1969.

FULLER, C. *Legal anthropology, legal pluralism and legal thought*. Anthropology Today 10: 9-13, 1994.

FUNAI, *Licenciamento ambiental e comunidades indígenas*. 2011, em http://www.funai.gov.br/projetos/Plano_editorial/Pdf/Cartilha_Licenciamento_Web.pdf

GALANTER, Marc. *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*. Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, New York, n. 19, p. 1, 1981.

GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge: Further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books, 1983.

GENRO, Tarso; MEIRA, Márcio; ABRAMOVAY, Pedro. *Da Avenida Paulista aos ianomâmis*. Rio de Janeiro: O Globo, 23 de set. de 2009.

GILISSEN, John. *Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique*. In GILISSEN, John. *Le pluralism juridique*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, p. 7-17, 1971.

GILISSEN, John. *Le pluralism juridique*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1971.

GLUCKMAN, M. *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester University Press, for the Rhodes-Livingstone Institute, 1955a.

GOMES, Mércio P. *Os índios e o Brasil: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência*. Petrópolis: Editora Vozes, 1988.

GOMES, Mércio P. *O índio na história: o povo Tenetehara em busca da liberdade*. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GOMES, Mércio P. *Uma dívida histórica*. Jornal do Brasil, 12 de fevereiro de 2004, em http://www.funai.gov.br/ultimas/artigos/mercio_historia.htm.

GOMES, Mércio P. *Índios do Juruena vêm a Brasília falar com o presidente da Funai*. 5 de jun. de 2007 (2007b), em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2007-06-07T09:45:00-03:00&max-results=10&reverse-paginate=true>.

GOMES, Mércio P. *Governador do Amazonas dá calote na COIAB*. 11 de jun. de 2007 (2007a), em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2007-06-13T12:56:00-03:00&max-results=10&reverse-paginate=true>.

GOMES, Mércio P. *Índios Guaraní querem retirada de igrejas de suas terras*. 16 de jan. de 2008, em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2008-01-24T12:03:00-02:00&max-results=10&reverse-paginate=true>

GOMES, Mércio P. *O que poderá acontecer nesta semana em relação a Mato Grosso do Sul*. 8 set. de 2008, em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2008-09-09T09:57:00-03:00&max-results=10&reverse-paginate=true>

GOMES, Mércio P. *Impasse no Mato Grosso do Sul*. 16 de set. de 2008, em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2008-09-26T12:25:00-03:00&max-results=10&reverse-paginate=true>

GOMES, Mércio P. *Por que sou rondoniano*. Estudos Avançados, São Paulo: vol.23, n.65, p. 173-191, 2009.

GOMES, Mércio P. *Coiab critica Funai por liberar BR-319*. 22 de jul. de 2009, em http://merciogomes.blogspot.com.br/2009_07_01_archive.html.

GOMES, Mércio P. *Gilmar Mendes diz que Acórdão do STF sobre demarcação é "sofisticadíssima"!* 30 de set. de 2009, em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2009-10-26T12:14:00-02:00&max-results=10&reverse-paginate=true>.

GOMES, Mércio P. *CIMI junta-se ao movimento indígena revolucionário*. 16 de jan. de 2010, em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2010-01-18T21:21:00-02:00&max-results=10&reverse-paginate=true>

GOMES, Mércio P. *A política e a Funai vistas em três dias em Brasília*. 23 de mar. de 2010, em <http://merciogomes.blogspot.com.br/search?updated-max=2010-04-07T18:44:00-03:00&max-results=10&reverse-paginate=true>

GOMES, Mércio P. *A FUNAI aos quarenta anos: parte 7*. 3 de mai. de 2011, em <http://merciogomes.com/2011/05/03/a-funai-aos-quarenta-anos-parte-7/>.

GOMES, Mércio P. *Documento do ATL condena mas não condena a Funai*. 06 de mai. de 2011, em <http://merciogomes.com/2011/05/06/documento-do-atl-condena-mas-nao-condena-funai/>.

GOMEZ, Magdalena (coord.). *Derecho Indígena*. México, DF: Instituto Nacional Indigenista/AMNU, 1997.

GONÇALVES, Wagner. *Natureza jurídica das comunidades indígenas. Direito Público e Direito Privado. Novo Estatuto do Índio. Implicações*. In SANTILLI,

Juliana (org.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, p. 241-250, 1993.

GONZAGA, João B. *O Direito Penal Indígena: À época do Descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s. d.

GOODALE, Mark R. *Leopold Pospisil: A Critical Reappraisal*. *Journal of Legal Pluralism* 40: 123-149.

GOVER, Kirsty. *Tribal constitutionalism: states, tribes, and the governance of membership*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010.

GREENHOUSE, Carol J. *Legal pluralism and cultural difference: What is the difference? A response to Professor Woodman*. *Journal of Legal Pluralism* n. 42, p. 61-72, 1998.

GREENHOUSE, Carol J.; STRIJBOSCH, Fons. *Legal Pluralism in Industrialized Societies*. *Journal of Legal Pluralism*, New York, n. 33, p. 1-9, 1993

GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism?* *Journal of Legal Pluralism*, New York, n. 24, p. 1-55, 1986.

GRUPIONE, Luís D. B. *Educação Indígena*. 2006 em http://www.socioambiental.org/pib/portugues/indenos/polit_educacao.shtm.

GUIMARÃES, Paulo M. (Org.). *Ementário de jurisprudência indigenista*. Brasília: Cimi, 1993.

GUIMARÃES, Paulo M. *Superposição de unidades de conservação em terras tradicionalmente ocupadas por índios*. www.cimi.org.br. 2006

GUIMARÃES, Paulo M. *Efeitos da detração penal sobre o Direito dos Povos Indígenas*. www.cimi.org.br. 2006.

GULLIVER, P.H. *Social control in an African society: a study of the Arusha, agricultural Masai of Northern Tanganyika*. Boston: Boston University Press, 1963.

HAMMES, Bruno J. *O direito de propriedade intelectual*. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

HARTLAND, E.S. *Primitive Law*. London: Methuen & Co, 1924.

HEMMING, John. *Red Gold: The Conquest of the Brazilian Indians*. London: Macmillan, 1978.

HEMMING, John. *Die if you must: Brazilian. Indians in the Twentieth Century*. London: Macmillan, 2003.

HENRY, Stuart. *Private Justice. Towards Integrated Theorising in the Sociology of Law*. London: Routledge and Kegan Paul, 1983.

HENRY, Stuart. *Community justice, capitalist society, and human agency: the dialectics of collective law in the cooperative*. Law & Society Review, Boston: n. 19, p.303-327, 1985.

HOEBEL, E. Adamson. *The Law of Primitive Man*. Cambridge: Harvard University Press, 1954.

HOGBIN, H.L. *Law and order in Polynesia: a study of primitive legal institutions*. London, Christophers, 1934.

HOOKER, M. Barry. *Legal Pluralism: An introduction to colonial and neo-colonial laws*. Oxford: Clarendon Press, 1975.

HOWELL, P.P. *A manual of Nuer law. Being an account of customary law, its evolution and development in the courts established by the Sudan government*. London, New York and Toronto, Oxford University Press, 1954.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

INESC. *Orçamento & Política Socioambiental*. Ano V, n. 16, INESC, junho de 2006.

INESC. *Orçamento & Política Socioambiental*. Ano VI, n. 21, INESC, junho de 2007, em <http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/textos/boletins/orcamento-politica-socioambiental/boletim-no21>.

INESC. *As obras de infraestrutura do PAC e os povos indígenas da Amazônia brasileira*, 2012, em <http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/noticias/biblioteca/textos/obras-do-pac-e-povos-indigenas/>.

ISA. *Xingu. O Parque*. S.d. em <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/xingu/1539>.

ISA. *Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT*. S.d., em http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e.

ISA. *Zuruahã. Cosmologia e suicídio*. ISA. Povos indígenas no Brasil, s.d. <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/zuruaha/989>

ISA. *Consulta prévia na América do Sul*. S.d., em http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=consulta-previa-e-medidas-administrativas/america-do-sul.

ISA. *Galeria da crise permanente*. S.d., em <http://www.socioambiental.org/pi-interno/portugues/indenos/presfunai.shtm>.

ISA. *Ministério da Justiça anuncia novo presidente da Funai*. 20 de jan. 2003 (2003a), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=540>.

ISA. *Instituto Socioambiental apresenta ao ministro da Justiça o trabalho que realiza junto aos povos indígenas*. 06 de fev. de 2003b, em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=558>.

ISA. *MEC tem novo coordenador para escolas indígenas*. 20 de mar. de 2003 (2003c), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=613>.

ISA. *Nilmário Miranda anuncia que vai rever decreto que dispõe sobre a atuação de militares em terras indígenas*. 11 fev. de 2003 (2003d), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=564>.

ISA. *Oito terras indígenas são homologadas*. 11 de fev de 2003 (2003f) em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=565>.

ISA. *ISA apresenta propostas sobre educação indígena ao MEC*. 14 de mar. de 2003 (2003f), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=608>.

ISA. *Sai novo pacote de homologações de Terras Indígenas*. 06 de abr. de 2003 (2003g), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=645>.

ISA. *Funai realiza seminário para discutir a Conferência Nacional de Política Indigenista*. 25 de jul. de 2003 (2003h), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1356>.

ISA. *Coiab, Apoinme e Conselho de Caciques do Sul elaboram conjunto de propostas para a política indigenista*. 28 de ago. de 2003 (2003i), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1393>.

ISA. *Mércio Pereira Gomes assume presidência da Funai sob fogo cruzado*. 09 de set. de 2003 (2003j), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1407>.

ISA. *Campanha em apoio aos índios Cinta-Larga faz alerta ao governo brasileiro e a entidades internacionais*. 24 de out. de 2003 (2003k), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1453>.

ISA. *A tragédia mais do que anunciada na área dos índios Cinta-Larga*. 19 de abr. de 2004 (2004a), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1718>.

ISA. *Mudanças na política de saúde indígena causam preocupações e desconfianças*. 11 de fev de 2004b, em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1573>.

ISA. *Arrendamento é um dos principais desafios na gestão territorial de áreas indígenas*. 26 de jul. de 2006, em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2287>.

ISA. *Márcio Meira assume a presidência da Funai*. 20 de mar. de 2007 (2007a), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2422>.

ISA. *Abril Indígena denuncia ineficiência do Estado para demarcar terras*. 11 de abr. de 2007 (2007b), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2438>.

ISA. *Comunidades têm de ser consultadas sobre grandes projetos, exige Abril Indígena*. 17 de abr. de 2007 (2007c), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2440>.

ISA. *Funai defende discussão sobre mineração em Terras Indígenas na primeira reunião da CNPI*. 07 de jun. de 2007 (2007d), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2478>.

ISA. *Em encontro, lideranças Yanomami alertam para ameaças ao território e saúde de seu povo*. 07 de dez. de 2007 (2007e), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2580>.

ISA. *Invasões de madeireiros peruanos avançam sobre áreas protegidas e provocam conflitos*. 10 de dez. de 2007 (2007f), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2583>.

ISA. *Pedido de vista suspende julgamento do STF sobre Terra Indígena dos Pataxó*. 25 de set. de 2008 (2008a), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2759>.

ISA. *Índios são eleitos prefeito e vice-prefeito de São Gabriel da Cachoeira (AM)*. 06 de out. de 2008 (2008b), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2768>.

ISA. *Candidatos indígenas mostram força nas Eleições Municipais de 2008*. 16 de out. de 2008 (2008c), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2777>.

ISA. *STF dá com uma mão e tira com a outra*. 20 de mar. de 2009, (2009a), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2859>.

ISA. *Indígenas pedem a Lula realização de consulta prévia para usina de Belo Monte*. 23 de jul. de 2009, (2009b), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2927>.

ISA. *Relatório da ONU critica falta de respeito aos direitos indígenas no Brasil*. 21 de ago. de 2009, (2009c), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2941>.

ISA. *Funai libera construção de Belo Monte apesar de não saber quais serão seus impactos sobre os povos indígenas*. 29 de out. de 2009, (2009d), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2981>.

ISA. *Mudanças na organização da Funai geram conflitos*. 18 de jan. de 2010, em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3027>.

ISA. *Órgãos de assistência a indígenas e quilombolas não tem pessoal para cumprir novos prazos de licenciamento*, 2011, em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3447>.

ISA. *Convidado pelo ministro da Justiça, Márcio Meira permanece na Funai*. 06 de jan. de 2011, (2011a), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3240>.

ISA. *Yanomami e Ye'kuana não aceitam mais indicações de Romero Jucá para a saúde indígena*. 20 de mai. de 2011, (2011b), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3334>.

ISA. *Povo Xavante reivindica saída imediata de não índios da Terra Indígena Marãiwatsédé*. 05 de jul. de 2011, (2011c), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3377>.

ISA. *Povos indígenas exigem participar da regulamentação do direito de consulta prévia e informada*. 14 de out. de 2011, (2011d), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3428>.

ISA et al. *Sobre os retrocessos do governo Dilma na agenda socioambiental*, 2012, em <http://www.wwf.org.br/?uNewsID=30765>.

ISA. *Advogado-geral nega interferência política em portaria, mas avalia mudanças na norma*. 15 de ago. de 2012, (2012a), em <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=3643>.

ISA. *Demarcações nos últimos seis governos*. 25 de set. de 2012, (2012b), em <http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/demarcacoes-nos-ultimos-governos>.

JC ONLINE. *Vem do sertão Pernambucano a primeira doutora indígena*, 2007, em <http://www2.uol.com.br/JC/sites/indios/educacao3.html>.

KAHN, Marina; ANDRADE, Álvaro P. de; BARROS E SILVA, Maria das Dores. *Manual para administração de organizações indígenas*. São Paulo: ISA; Recife: AFINCO, 2002.

KARAM, Maria L. *O proibicionismo criminalizador em matéria de drogas e a violação de direitos de povos indígenas na América Latina*. In VILLARES, Luiz Fernando (org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, p. 139-150, 2009.

KUPPE, René; POTZ, Richard. *La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*. In *Antropología Jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 9-45, 1995.

KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford: Claredon Press, 1995.

KYMLICKA, Will. *Multicultural odysseys. Navigating the new international politics of diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LACERDA, Rosane F. *Os Povos Indígenas e a Constituinte: 1987/1988*. Brasília : Conselho Indigenista Missionário, 2008.

LEITÃO, Ana V. N. A. *Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento*. In NOVAES, Sylvia Caiuby. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor e Núcleo de Direitos Indígenas, p. 225-240, 1993.

LEITE, José R. M. e AYALA, P. de A. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LESKIEN, Dan and FLITNER, Michel. *Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a Sui Generis System*, IPGRI, *Issues in Genetic Resources*, n. 6, 1997.

LIMA, André e BENSUSAN, Nurit (orgs.). *Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003 (Série Documentos do ISA; 8).

LINHARES, Anna M. A. *Patrimônio Material Indígena em Contextos Dísparos: análise da cerâmica figurativa Karajá*. In MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINNHEIRO, Antônio (orgs.), *Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais*. Belém: CESUPA/MPEG, p. 239-256, 2005.

LLEWELLYN, K.N. e HOEBEL, E. Adamson. *The Cheyenne Way*. Norman: University of Oklahoma Press, 1941.

LOBATO, Elvira. *STJ investiga governador de RO por extração de diamantes*. Folha de São Paulo, São Paulo, 05 de out de 2004, em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0510200402.htm>.

LOBO, Luiz F. B. *Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996.

LÔBO, Sandro e ARANTES, Rivane. *Constitucionalidade dos Distritos de Educação Escolar Indígena*. 2006, em <http://www.cimi.org.br>.

MACHADO, Paulo A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MAIA, Luciano M. *Comunidades e organizações indígenas: Natureza Jurídica, Legitimidade Processual e Outros Aspectos*. In SANTILLI, Juliana (org.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, p. 251-293, 1993.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. London: John Murray, 1861.

MAGALHÃES, Julia. *Tempo Rei*. Revista Brasil Indígena, Brasília, FUNAI, Ano III, n. 2, março/abril, p. 8-11, 2006.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Os argonautas do Pacífico Ocidental*. São Paulo: Ed. Abril, 1978.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília/ São Paulo: Ed. UnB/ Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika Magami. *Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas*. em <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas2010>.

MCLENNON, John F. *Primitive marriage. An inquiry into the origin of the form of capture in marriage ceremonies*. Edinburgh, A. and C. Black, 1865.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17ª ed. São Paulo:Atlas, 2002.

MAUSS, Marcel. *Essai sur les variations saisonnières des sociétés Eskimos. Étude de morphologie sociale*. L'Année Sociologique, 9: p. 39-132, 1906.

MELO, Mario. *Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Sur, Revista internacional de direitos humanos. vol.3, nº 4, São Paulo: Juho, p. 30-47, 2006.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Daniel. *Mato Grosso do Sul é o estado com maior número de indígenas encarcerados*. Agência Brasil, 08 de jul. de 2009, em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2009-06-08/mato-grosso-do-sul-e-estado-com-maior-numero-de-indigenas-encarcerados>.

MELLO FRANCO, Afonso A. de. *O índio brasileiro e a revolução francesa. As origens brasileiras da teoria da bondade natural*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1937.

MENDES, Gilmar F. *O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu*. Brasília: Ministério Público Federal, 1988.

MENDES Jr., João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. Edição fac-similar do original. Typ. Irmãos Hennies, 1912, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1988.

MERRY, Sally E. *Legal pluralism*. *Law and Society Review* 22: p. 869-896, 1988.

MERRY, Sally E. *International law and sociolegal scholarship: Toward a spatial global legal pluralism*. In SARAT, Austin (ed.). *Special Issue Law and Society Reconsidered*. *Studies in Law, Politics, and Society*, Vol. 41, Emerald Group Publishing Limited, p.149-168, 2007.

MILANEZ, Felipe. *Nas sombras da Floresta*. Brasil Indígena. Fundação Nacional do Índio - FUNAI, Ano III, n. 5, p. 30-35, dez/jan 2007, em [http://www.funai.gov.br/ultimas/Brasil Indigena/Brasil Indigena%5B1%5D.pdf](http://www.funai.gov.br/ultimas/Brasil%20Indigena/Brasil%20Indigena%5B1%5D.pdf).

MILANEZ, Felipe. *O mercado das almas selvagens*. *Rolling Stone*, Edição 63, dez. de 2011, em <http://rollingstone.com.br/edicao/edicao-63/o-mercado-de-almas-selvagens>.

MILANEZ, Felipe. *Contágio nas matas*. In RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (eds). *Povos indígenas no Brasil 2006-2010*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 408-411, 2011.

MILCO, Bruno A. P.; SOARES, Gysele A. *A Cultura Tradicional e o Direito Autoral*. In MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla A.; BARROS, Benedita; PINHEIRO, Antônio (orgs.), *Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais*. Belém: CESUPA/MPEG, 2005.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Inventário brasileiro de emissões e remoções antrópicas de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal*. 2009. em http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4199.pdf.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Organização criminosa era voltada para grandes extensões de terra na Amazônia Legal*. 2006, em http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_indios-e-minorias/mpf-mt-operacao-da-pf-desarticula-quadrilha-de-exploracao-de-terras-indigenas.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF/TO acompanha projeto de criação de gado na Ilha do Bananal*. 22 de abr. de 2010, em http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_indios-e-minorias/mpf-to-acompanha-projeto-de-criacao-de-gado-na-ilha-do-bananal/.

MOORE, Sally F. *Law and Social Chance: The Semi-Autonomous Social Fields as an Appropriate Subject of Study*. Law & Society review 7, p.719-746, 1973.

MOORE, Sally F. *Law as Process: An anthropological approach*. London: Routledge and Kegan Paul, 1978a.

MOORE, Sally F. *Social Facts and Fabrications : "Customary" Law on Kilimanjaro, 1880-1980*. (Lewis Henry Morgan Lectures). Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

MOORE, Sally F. *Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographical Resources*. In LIPSON, Leon; WHEELER, Stanley (edts.). *Law and the Social Sciences*. New York: Russell Sage Foundation for the Social Science Research Council, p. 11-62, 1986.

MOORE, Sally F. *Certainties Undone: Fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999*. Journal of the Royal Anthropological Institute 7: p. 95-116, 2001.

MOORE, Sally F. *Law and Anthropology: A Reader*. Oxford, and Malden, Massachusetts: Blackwell, 2004.

MOORE, Sally F. *Introduction*. In LIKOSKY, Michael. *The Silicon Empire: Law, Culture And Commerce*. London: Ashgate Publishing, 2005.

MORAES, Paulo D. *A via crucis da saúde indígena no Brasil*. In RANGEL, Lúcia H. et al. *Violência contra os Povos Indígenas no Brasil - 2006-2007*, São Paulo: CIMI, p. 23-24, 2008.

MORGAN, Lewis H. *Systems of consanguinity and affinity of the human family*. Washington: Smithsonian institution, 1870.

MORGAN, Lewis H. *Ancient society*. Tucson, Arizona: University of Arizona Press, 1985.

NADEL, Siegfried F. *A black Byzantium*. London: Oxford University Press, 1942.

NADEL, Siegfried F. *The Nuba: an anthropological study of the hill tribes in Kordofan*. London: Oxford University Press, 1947.

NADEL, Siegfried F. *Reason and Unreason in African Law*. Africa: Journal of the International African Institute, Vol. 26, nº 2, p. 160-173, abr. 1956.

NADER, Laura. *The ethnography of law*. Menasha, Wisconsin: American Anthropological Association, 1965.

NADER, Laura. *Law in Culture and Society*. Chicago: Aldine, 1969.

NADER, Laura. *The Life of the Law: Anthropological projects*. Berkeley: University of California Press, 2002.

NADER, Laura; KOCH, Klaus F.; COX, Bruce. *The Ethnography of Law: A Bibliographical Survey*. Current Anthropology, Vol. 7, nº 3, p. 267-294, jun. 1966,.

NADER, Laura; METZGER, Duane. *Conflict Resolution in Two Mexican Communities*. American Anthropologist, New Series, Vol. 65, nº 3, p. 584-592, jun. 1963.

NAGEL, Stuart S. *Cultural Patterns and Judicial Systems*. Vanderbilt Law Review 16, p. 147-157, 1962.

NEPSTEAD, Daniel; SCHWARTZMAN, S.; BAMBERGER, B.; SANTILLI, M.; RAY, D.; SCHLESINGER, P.; LEFEBVRE, P.; ALENCAR, A.; PRINZ, E.; FISKE, Greg; ROLLA, Alicia. *Inhibition of Amazon Deforestation and Fire by Parks and Indigenous Lands*. Conservation Biology, volume 20, número 1, p. 65-73, 2006.

NOVAES, Sylvia C. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor e Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

NUNES, Tássia S. S. *A efetividade das unidades de conservação e das terras indígenas na contenção do desflorestamento na Amazônia Legal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Ambientais – Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, Instituto de Geociências, Universidade Federal do Pará, Museu Paraense Emilio Goeldi e EMBRAPA, Belém: 2010.

OLANDER, Jacob; BORGES, Beto; SURUÍ, Almir Narayamoga. *Projeto Suruí: promovendo a capacitação dos povos indígenas para um acordo informado sobre o financiamento de REDD*. In VALLE, Raul S. T. (org.). *Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas: experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico*. São Paulo: ISA, p. 111-128, 2010.

OLIVEIRA, Ana Gita. *Salvaguarda do Patrimônio Cultural: bases para constituição de direitos*. In MOREIRA, Eliane; BELAS, Carla Arouca; BARROS, Benedita; PINNHEIRO, Antônio (orgs.), *Anais do Seminário Patrimônio Cultural e Propriedade Intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais*. Belém: CESUPA/MPEG, p. 27-32, 2005.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)*. In CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Histórias dos índios no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Cia. das Letras, p. 115-132, 2009.

PASCHOAL, Janaína C. *O índio a inimizabilidade e o preconceito*. In VILLARES, Luiz Fernando (org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, p. 81-92, 2010.

PEREIRA, Deborah D. B. *O Estado Pluriétnico*. In LIMA, Antonio Carlos de Souza e HOFFMANN, Maria Barroso. *Para além da tutela. Bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, p. 41-44, 2002.

PIERANGELLI, José H. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luiz C. R. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. In *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

PONTES, Bruno C. L. *O índio e a Justiça Criminal brasileira*. In VILLARES, Luiz Fernando (org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, p. 167-224, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Povos Indígenas no Brasil*. São Paulo: Cedi, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. V, Arts. 157-218, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

PANKARARU, Paulo. *Manejo florestal em Terras Indígenas*. página <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/maneflorest.shtm>, 2006.

POSPISIL, Leopold. *Kapauku Papuans and their law*. Yale University Publications in Anthropology 54, 1958.

POSPISIL, Leopold. *Anthropology of Law: A comparative theory*. New York: Harper and Row, 1971.

POSPISIL, Leopold. *E. Adamson Hoebel and the anthropology of law*. Law & Society Review n.7: p. 537-559, 1973.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred R. *Structure and function in primitive society, essays and addresses*. Glencoe, Ill.: The Free Press, 1952.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred R. *Estrutura e Função na Sociedade Primitiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 1973.

RAMÍREZ, Silvina. *Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de um abordaje multidisciplinario*. Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Ano 4, n. 4. Número dedicado al tema Justicia Penal y comunidades indígenas/Justiça criminal e comunidades indígenas. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados em Ciencias Penales y Sociales. INECIP y Editores del Puerto, p. 65-78, 1999.

RAMOS, Adriana. *O GT do CONAMA: aquele que foi sem nunca ter sido*. In RICARDO, Fanny. *Terras indígenas e unidades de conservação. O desafio da sobreposição*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 17, 2004.

RANGEL, Lúcia H. *Contexto social e fatores de violência*. In RANGEL, Lúcia H. et al. *Violência contra os Povos Indígenas no Brasil - 2006-2007*, São Paulo: CIMI, p. 9-12, 2008.

RANGER, Terence. *The Invention of Tradition in Colonial Africa*. In HOBBSBAWN, Eric; RANGER, Terence (eds.) *The invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 450-461, 1983.

REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. V. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RECONDO, Felipe; GALUCCI, Mariângela. *Ministros divergem de relator e admitem idéia de reduzir reserva*. O Estado de São Paulo, Nacional, p.A4, 29 de ago. de 2008.

REYES, Mylene V. *Derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente en lo relativo a los aspectos penales*. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciários, Santiago do Chile, n. 6, mayo, p. 9-23, 2003.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. A integração das populações indígenas no Brasil moderno. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

RICARDO, Beto. *Quem fala em nome dos índios?* In RICARDO, Beto (ed.). *Povos Indígenas no Brasil: 1991-1995*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 90-91, 1996.

RICARDO, Beto (ed.). *Povos Indígenas no Brasil: 1991-1995*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996.

RICARDO, Fanny e ROLLA, Alicia. *Mineração em terras indígenas na Amazônia Brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005.

RICARDO, Fanny. *Terras indígenas e unidades de conservação*. O desafio da sobreposição. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

RIOS, Aurélio V. V. *Terras Indígena no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição*. In LIMA, Antonio Carlos de Souza e HOFFMANN, Maria Barroso. Para além da tutela. Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

RIOS, Aurélio V. V. *Os direitos constitucionais dos índios nas faixas de fronteira*. In NOVAES, Sylvia Caiuby. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor e Núcleo de Direitos Indígenas, p. 51-64, 1993.

ROCHA, Carmem L. A. *O princípio do direito adquirido no Direito Constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 308, out./nov., 1989.

ROBERTS, Simon. *Order and Dispute: An introduction to legal anthropology*. Harmondsworth: Penguin, 1979.

ROBERTS, Simon. *Against legal pluralism: Some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain*. Journal of Legal Pluralism, New York: n. 42, p. 95-106, 1998.

RODRIGUES, Aryon Dall'Igna. *Linguas Indigenas: 500 Anos de Descobertas e Perdas*. Delta, São Paulo, v. 9, n.1, p. 83-103, 1993.

RODRIGUES, Cintia R. *O positivismo, o Estado nacional e as populações fetichistas no Brasil*. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, julho 2011.

RODRIGUES, Patrícia de M. *A invasão e a ocupação da Ilha do Bananal*. S.d, em http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_verbetes/javae/ocupacao_ilha_bananal.pdf

ROULAND, Norbert. *Legal Anthropology*. London: Athlone Press, 1994.

RUFINO, Marcos P. *As candidaturas indígenas*. In RICARDO, Beto (org.). *Povos indígenas no Brasil - 1996/2000*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 217-217, 2000.

RUFINO, Marcos P. *Nem só de pregação vive a missão*. Instituto Socioambiental, 2000, em <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/igrejas-e-missoes-religiosas/-nem-so-de-pregacao-vive-a-missao->.

SMERALDI, Roberto. *Quando as hidrelétricas são fato consumado*. Folha de S. Paulo, Tendências e Debates, A3, 20 de set. de 2012.

SALES, Rodrigo; KWON, Viviane O.; FREDERIGHI, Patrícia V. *Aspectos jurídicos do projeto de carbono dos Suruí*. In VALLE, Raul Silva Telles do (org.). *Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas: experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico*. São Paulo: ISA, p. 129-147, 2010.

SANCHES, Mariana. *Juntos, médico e pajé evitam a amputação*. Rio de Janeiro: 27 de fev. de 2009 em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI62314-15228,00-JUNTOS+MEDICOS+E+PAJE+EVITAM+AMPUTACAO.html>

SANTILLI, Juliana (org.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

SANTILLI, Juliana. *A Lei de Crimes Ambientais se aplica aos índios?* In RICARDO, Fanny. Terras indígenas e unidades de conservação. O desafio da sobreposição. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 24-25, 2004.

SANTILLI, Juliana. *Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção*. In SOUZA LIMA, Antonio C. e HOFFMANN, Maria B. Para além da tutela. Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

SANTILLI, Juliana. *Aspectos jurídicos da mineração e garimpo em terras indígenas*. NOVAES, Sylvia C. Os Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor e Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

SANTILLI, Márcio. *A cilada corporativa*. In RICARDO, Fanny. Terras indígenas e unidades de conservação. O desafio da sobreposição. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 11-14, 2004.

SANTILLI, Márcio. *Terras Indígenas e crise climática*. In VALLE, Raul S. T. (org.). *Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas: experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico*. São Paulo: ISA, p. 9-20, 2010.

SANTOS, Boaventura S. *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law*. Law and Society Review, 12, p. 5-126, 1977.

SANTOS, Boaventura S. *Toward a New Legal Common Sense*. 2^a ed. London: Butterworths, LexisNexis, 2002.

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

SANTOS, Boaventura S.; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. (eds.). *Law and Globalization from below*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SANTOS, Priscila; BRITO, Brenda; MASCHIETTO, Fernanda; OSÓRIO, Guarany; MONZONI, Mário. *Marco Regulatório sobre Pagamento por Serviços Ambientais no Brasil*. Belém: Imazon. FGV, GVces, 2012.

SANTOS FILHO, Roberto L. *Apuração e julgamento de crimes praticados por índios*. Dourados News, 04 de junho de 2006.

SANTOS FILHO, Roberto L. *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto L. *Índios e competência criminal. A necessária revisão da súmula 140 do STJ*. Revista do TRF da 3ª Região, Vol. 68, nov. e dez., p. 139-142, 2004.

SCHNEIDER, D. M. *Political Organization, Supernatural Sanctions and the Punishment for Incest on Yap*. American Anthropologist 59, p. 791-800, 1957.

SCHOTT, Rüdiger. *Main trends in German ethnological jurisprudence and legal ethnology*. Journal of Legal Pluralism, New York, no 20, p. 37-68, 1982.

SCHWARTZ, Richard D.; MILLER, James C. *Legal Evolution and Societal Complexity*. American Journal of Sociology LXX (2): p. 159-169, 1964.

SEZGIN, Yüksel. *Theorizing formal pluralism: quantification of legal pluralism for spatio-temporal analysis*. Journal of Legal Pluralism, New York, n. 50, p. 101-118, 2004.

SHAPER, I. *A handbook of Tswana law and custom*. London: Oxford University Press for the International African Institute, 1955.

SHIRLEY, Robert W. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Editora – Vozes, 2001.

SILVA, José A. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SILVA, José A. *Direito Constitucional Ambiental*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista Direito do Estado n. 4, p. 23-51, 2006.

SMILJANIC, Maria Inês. *Quando os Caciques São Outros*. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (Org.). *Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 147-148, 2011.

SMITH, W and ROBERTS, J.M. *Zuni law: a field of values*. Cambridge, Massachusetts, Peabody Museum Papers 43(1), 1954.

SNYDER, Francis G. *Capitalism and Legal Change: An Africa Transformation*. New York: Academic Press, 1981a.

SNYDER, Francis G. *Colonialism and Legal Form: The Creation of Customary Law in Senegal*, Journal of Legal Pluralism, New York, n° 19, p. 49-90, 1981b.

SMITH, Watson e ROBERTS, John M. *Zuni law: a field of values*. Cambridge: The Museum, 1954.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. (org.). *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba, Juruá, 1992.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. *As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios*. In SOUZA LIMA, Antonio C.; HOFFMANN, Maria

Barroso. *Para além da tutela. Bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. *Tutela aos Índios: Proteção ou Opressão?* In SANTILLI, Juliana (org.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, p. 296-312, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos F. M.; VALLE, Raul S. T. *Contra os índios, mais uma vez*. JC e-mail 4587, de 20 de Setembro de 2012, em <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=84235>.

SOUZA LIMA, Antonio C. de S. *Um grande cerco de paz: Poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis, RJ: Ed Vozes, 1995.

SOUZA LIMA, Antonio C. de S.; HOFFMANN, Maria B. (orgs.). *Para além da tutela. Bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

SOUZA LIMA, Antonio C. de S. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*. In CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Histórias dos índios no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Cia. das Letras, p. 155-174, 2009.

SOUZA LIMA, Antonio C. *Participação indígena no contexto dos governos Lula*. In RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. *Povos Indígenas no Brasil 2006-2010*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 91-95, 2011.

SPOSATI, Ruy. *Kadiwéu: Justiça determina que indígenas saiam de território demarcado há mais de 100 anos*, 2012, em http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=6541&action=read

STARR, June; COLLIER, Jane F. *Historical Studies of Legal Change*. Current Anthropology, Vol. 28, No. 3, Jun., p. 367-372, 1987.

STARR, June; COLLIER, Jane F. *History and power in the study of law: new directions in legal anthropology*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1989.

STAVENHAGEM, Rodolfo y ITURRALDE, Diego (orgs.). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena em América Latina*. México, DF: Instituto Indigenista Interamericano y Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *El marco internacional del derecho indígena*. In GÓMEZ, Magdalena. *Derecho Indígena*. México, DF: Instituto Nacional Indigenista, 1997.

Van den STEENHOVEN, Geert. *Leadership and Law Among the Eskimos of the Keewatin District, Northwest Territories*. Hague: Uitgeverij Excelsior, 1962.

STIRLING, P. *Land, marriage and the law in Turkish villages*. Part I. The Reception of Foreign Law in Turkey: *International Social Science Bulletin* 9, p. 21-23, UNESCO, 1957.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

TOURINHO NETO, Fernando C. *Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas*. In SANTILLI, Juliana (org.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, p. 9-43, 1993.

TAMANAHA, Brian Z. *The folly of the “social scientific” concept of legal pluralism*. *Journal of Law and Society* n° 20, p. 192-217, 1993.

TAMANAHA, Brian Z. *A non-essentialist version of legal pluralism*. *Journal of Law and Society* n° 27: p. 296-321, 2000.

TAMANAHA, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TAMANAH, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law (Law in Context)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TEUBNER, Gunther. *Legal Pluralism in World Society*. In TEUBNER, Gunther. *Global Law Without a State*. Aldershot, Dartmouth: Ashgate, p. 3-28, 1996.

VALLE, Raul S. T.; YAMADA, Erika M. *Créditos de carbono gerados em Terras Indígenas: uma análise jurídica sobre sua titularidade*. In VALLE, Raul Silva Telles do (org.). *Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas: experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico*. São Paulo: ISA, p. 77-110, 2010.

VALLE, Raul S. T. do. *Áreas Protegidas e UHEs na Amazônia*. In RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. *Povos Indígenas no Brasil 2006-2010*. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 159-162, 2011.

VANDERLINDEN, Jacques. Le pluralisme juridique: essai de synthèse. In GILLISSEN, John (edt.). *Le pluralisme juridique*. Brussels: Université libre de Bruxelles, p. 19-56, 1971.

VANDERLINDEN, Jacques. *Return to legal pluralism: twenty years later*. Journal of Legal Pluralism n° 28, p. 149-157, 1989.

VILLARES, Luiz F. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLARES, Luiz F. *Direito Penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica*. Prisma Jurídico, v. 6, p. 333-349, 2007.

VILLAS BÔAS, Hariessa C. *Mineração em Terras Indígenas: a procura de um marco legal*. Rio de Janeiro: CETEM, MCT, CNPq, CYTED, UIA, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de derecho penal, Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1982.

YAMADA, Erika M. *Análise Jurídica da Demarcação Administrativa das Terras Indígenas no Brasil*. Relatório de trabalho. Retirado de www.funai.gov.br/procuradoria/jurisprudencia/terrasindigenas, 2006.

YAMADA, Erika M. e BELLOQUE, Juliana G. *Pluralismo Jurídico, Direito Penal e Direitos Humanos*. A morte para os sistemas jurídicos indígenas. In VILLARES, Luiz Fernando (org.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, p. 123-138, 2010.

YAMADA, Erika M.; VILLARES, Luiz F. *Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio*. Revista Direito GV, v. 11, p. 143-158, 2010.

YILMAZ, Ihsan. *Secular Law and the Emergence of Unofficial Turkish Islamic Law*. Middle East Journal, Vol. 56, nº 1, p. 113-131, 2002.

YRURETA, Gladys. *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

WINANS, Edgar V.; EDGERTON, Robert B. *Hehe Magical Justice*. American Anthropologist, New Series, Vol. 66, nº 4, Part 1, p. 745-764, ago., 1964.

WOODMAN, Gordon R. *Legal pluralism and the search for justice*. Journal of African Law, Vol. 40, nº 2, p. 152-167, 1996.

WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

WOLKMER, Antonio C. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio C. *Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos*. In WOLKMER, Antonio C.; NETO, Francisco Q. V.; LIXA, Ivone. *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.