

Antônio Carlos Gomes, Sérgio Lima
e Maria Raimundo Hoffmann

SEBASTIÃO BARRETO EDITORA

ALÉM DA TUTELA

Textos para uma nova política indígena



COLEÇÃO

ALÉM DA TUTELA

Além da tutela: aspectos de uma nova regulação dos direitos indígenas no Brasil	7	Cidadania e globalização: povos indígenas e agências multilaterais	105
Antonio Carlos de Souza Lima Maria Barroso-Hoffmann		João Pacheco de Oliveira	
Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988	23	Referências bibliográficas	121
Ana Valéria Araújo Sergio Leitão			
Os índios e o novo Congresso Nacional	35		
Adriana Ramos			
O Estado pluriétnico	41		
Deborah Duprat de B. Pereira			
As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios	49		
Carlos Marés			
Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição	63		
Aurelio Veiga Rios			
Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção	83		
Juliana Santilli			

Além da tutela: aspectos de uma nova regulação dos direitos indígenas no Brasil

Antonio Carlos de Souza Lima
Maria Barroso-Hoffmann

Os textos que se seguem compõem o terceiro volume de *Bases para uma nova política indigenista*, e condensam algumas das discussões pertinentes quanto aos povos indígenas no Direito brasileiro. Parte deles havia sido inserida no segundo volume da série, *Estado e povos indígenas no Brasil*, porém julgamos oportuno ampliá-la, de modo a obter um panorama mais abrangente das diversas questões em jogo na produção do direito à diferença sociocultural, problemas que transcendem a (não) tramitação do *Estatuto das sociedades indígenas* (Projeto de Lei 2057/91). Assim, apenas os textos de Deborah Duprat de B. Pereira, Carlos Marés e Aurelio Veiga Rios são oriundos do seminário homônimo a esta série, realizado no Museu Nacional em junho de 1999 (cf. Souza Lima & Barroso-Hoffmann 2002)¹. Nesta coletânea, preocupamo-nos tanto em oferecer elementos de contexto com uma visão qualificada que permita entender os progressos e as estases do processo de “invenção” jurídica no tocante aos direitos indígenas (Leitão & Araújo, Ramos) quanto em apresentar temas que, se estavam presentes já em 1999, impuseram-se de modo mais claro à reflexão nos últimos três anos (Santilli).

Não tivemos a pretensão de ser exaustivos². Nossa intenção foi agregar elementos que sirvam de baliza ao leitor, permitindo-lhe deslocar-se sobre as amplas águas abertas pela idéia de caráter pluriétnico da sociedade brasileira, a partir da Constituição de 1988, e refletir acerca dos aspectos morais (Oliveira) apresentados pela ruptura da unicidade sob a qual o Brasil vinha sendo pensado oficialmente. Remar contra a

¹ A íntegra do seminário está disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br>.

² Para um exemplo de coletânea em que os direitos indígenas aparecem em quadro mais abrangente, cf. Lima (2002).

maré de um país que foi concebido sob o signo da “mistura de raças que funde e anula, e de um território que se manteve ‘íntegro’ – é nesse sentido que os subsídios fornecidos permitem trabalhar.

O artigo de Sergio Leitão e Ana Valéria Araújo faz um diagnóstico da situação atual da legislação brasileira em relação às diversas inovações propostas pela Constituição de 1988 para a questão indígena, avaliando em que medida, passados quase 15 anos de sua promulgação, processaram-se as alterações jurídicas infraconstitucionais necessárias para fazer valer, na prática, o novo texto constitucional. Após situar o afastamento da perspectiva assimilacionista e o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas entre os principais avanços introduzidos em 1988, Leitão e Araújo analisam os percalços na tramitação dos diversos substitutivos apresentados ao Estatuto do Índio de 1973, que desde 1991 vêm sendo debatidos no Congresso Nacional sem que tenha sido obtida a aprovação de um novo Estatuto. Além de profundas divergências dentro do governo quanto ao tratamento conceitual a ser dado ao indivíduo, às comunidades e aos povos indígenas, os autores citam, entre as principais razões da demora dessa aprovação, as resistências de setores da FUNAI ao fim da perspectiva tutelar e o modo de agir personificado e clientelista ensejado por ela.

Com relação a outros aspectos legislativos, registram avanços obtidos recentemente, como a aprovação, em 2001, do novo Código Civil pelo Congresso Nacional, e a ratificação, em 2002, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A primeira eliminou a menção à relativa capacidade dos índios fixada pelo Código Civil de 1916, ao passo que a segunda implicou a aceitação do conceito de *povos indígenas* pelo governo brasileiro.

No capítulo das Terras Indígenas, em que pesem os obstáculos resultantes das incompatibilidades entre o texto constitucional de 1988 e o Estatuto do Índio de 1973 ainda em vigor, os autores citam conquistas importantes, sobretudo na questão do reconhecimento territorial, situando entre os principais desafios a serem enfrentados pelo Estado nos próximos anos a consolidação dos direitos territoriais indígenas, o aumento das reivindicações por novas terras (sobretudo nas regiões Centro-Oeste, Sul e Nordeste) e a solicitação de revisão de demarcações anteriores à Constituição de 1988.

O texto analisa as crescentes contestações às demarcações de terras indígenas e às propostas de revisão de terras já demarcadas por parte de interesses contrariados, os quais obtiveram considerável apoio a partir da promulgação do Decreto n. 1.175 de 1995. Esse decreto permite a

manifestação de qualquer interessado durante o correr dos processos administrativos de demarcação, e esse movimento de contestação, que encontra eco junto a setores do governo e do Congresso Nacional, traz à baila a discussão das relações entre saberes jurídicos, administrativos e antropológicos, uma vez que o cerne das argumentações contrárias às demarcações tem sido a discussão legal da legitimidade dos relatórios de identificação produzidos por antropólogos, nos marcos dos procedimentos administrativos estabelecidos pela FUNAI.

Indicando a necessidade de estabelecer um equilíbrio adequado entre o papel dos antropólogos como produtores de conhecimento científico e suas obrigações como participantes de grupos de trabalho técnico, os autores assinalam ainda a importância de definir um diálogo adequado entre os antropólogos e a lei, chamando atenção para a urgência de consolidar o espaço de reconhecimento da antropologia junto aos poderes Executivo e Judiciário. Nessa direção, poderíamos acrescentar que a questão de fundo aqui presente se associa ao processo de singularização e autonomização da antropologia em face dos saberes jurídicos e administrativos, por meio do qual se deve evitar cair naquilo que Oliveira (2000) definiu como uma “antropologia espontânea”, reelaborada e explicada segundo os critérios formulados por juízes, advogados e administradores. Tratar-se-ia, assim, de contrapor ao viés positivista que ainda permeia grande parte das expectativas da Justiça e da Administração, tanto em relação à antropologia quanto aos povos indígenas, uma perspectiva que sublinhe o caráter histórico e politicamente progressivo do fenômeno étnico e dos processos de territorialização, evitando criar expectativas no sentido de que os antropólogos possam produzir uma *expertise* sobre questões para as quais não há respostas precisas nem palavras finais. Nesse sentido, caberia prioritariamente aos antropólogos chamar atenção para as circunstâncias de produção dos pareceres antropológicos em processos administrativos e jurídicos, destacando a natureza e a complexidade dos mecanismos sociais em jogo no contexto das situações de *expertise* e buscando situar as autoridades competentes em relação às consequências que a adoção de tais ou quais propostas quanto à definição de terras indígenas podem produzir sobre as comunidades envolvidas.

O texto se encerra com uma avaliação sobre a atuação do Ministério Público Federal como instância jurídica voltada para o atendimento das demandas dos povos indígenas, tal como definido pela Constituição de 1988. Leitão e Araújo advertem sobre algumas das distorções que vêm ocorrendo em relação às atribuições inicialmente previstas para

aquele órgão, entre as quais as tentativas de transformá-lo em corte de arbitragem entre diferentes instâncias da administração ou de funções decisórias e executivas, em detrimento do exercício de fiscalização dessas mesmas funções. Registram, todavia, o papel essencial que o MPF vem desempenhando na familiarização da Justiça com o trato da questão indígena, bem como na criação de precedentes que deverão permitir interpretações favoráveis à garantia e à consolidação dos direitos indígenas no futuro.

Adriana Ramos faz um balanço da questão indígena no Congresso Nacional, apresentando e discutindo os principais projetos propostos pelo Executivo e por deputados e senadores, com vistas à regulamentação dos dispositivos constitucionais firmados em 1988 e à adaptação da legislação infraconstitucional aos mesmos. Entre estes, destaca o Projeto de Lei n. 2.057 de 1991, modificando o Estatuto das Sociedades Indígenas estabelecido pela lei n. 6.001 de 1973, a regulamentação do acesso aos recursos genéticos localizados em terras indígenas e o uso de seus recursos naturais. O texto comenta também diversas proposições parlamentares de interesse específico dos povos indígenas, como a proposta de emenda constitucional ligada ao estabelecimento de vagas no Congresso Nacional para representantes das comunidades indígenas (PEC n. 146 de 1999, do deputado federal Antonio Feijão); o projeto de política de cotas para os povos indígenas em cargos da administração pública e em instituições de ensino superior (projeto de lei do senador Tião Viana, do PT-AC); e a tramitação e aprovação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil.

A autora, embora ressalte não ser possível traçar um perfil claro das atuações no Congresso associando partidos políticos e/ou ideologias aos diversos interesses indígenas, fornece importantes indicações para o reconhecimento de algumas de suas principais linhas de força. Destaca-se, nesse sentido, sua análise sobre o grande número de projetos de emenda constitucional visando a alterar o capítulo relativo aos direitos indígenas da Constituição (art. 231), avaliando-os como lesivos, de modo geral, aos interesses indígenas. Ramos identifica uma atuação organizada da bancada amazônica, capitaneada pelo estado de Roraima, na qual predominaria uma lógica integracionista antagônica à perspectiva pluralista estabelecida pela Carta Constitucional de 1988. Seria esse o caso, por exemplo, da tentativa de limitar a extensão das terras passíveis de serem reconhecidas como indígenas nos estados brasileiros e a atribuição ao Senado da prerrogativa de homologar as terras indígenas (PEC n. 38, do senador Morazildo Cavalcanti, PFL-RR).

Considerando propostas desse tipo uma deturpação dos objetivos dos constituintes, Ramos atribui responsabilidade parcial à inadimplência dos governos pós-1988 em relação à política indigenista, já que muitas vezes ela é usada como justificativa para a necessidade de oferecer novas alternativas econômicas aos índios. Destacam-se entre estas os projetos que viabilizam a exploração mineral e as parcerias agropecuárias em terras indígenas. A autora comenta também a falta de uma base parlamentar de apoio às demandas indígenas que permita traçar uma estratégia de ação propositiva, e não apenas reativa, como ocorrido até o momento. Observa, entretanto, que a redução de cerca de 30% da bancada ruralista no último pleito eleitoral pode ser considerada um indício de tempos mais favoráveis à defesa dos interesses indígenas, uma vez que os principais grupos contrários a eles possuem representação junto àquela bancada.

Ao indicar a diversidade de posições na esfera política do Congresso Nacional, o texto de Adriana Ramos fornece elementos importantes para compor um quadro mais nítido das posições do conjunto dos atores sociais envolvidos com a questão indigenista e permite situá-los no eixo do debate entre perspectivas mais *integracionistas* ou mais *pluralistas*, o qual, em que pese a clara afirmação da perspectiva pluralista pela Constituição de 1988, parece continuar a nortear, na prática, grande parte das propostas e dos debates em torno da questão indígena no Brasil.

Deborah Duprat analisa os pressupostos filosóficos e antropológicos que sustentam a perspectiva pluriétnica da Constituição de 1988, descrevendo as alterações nos paradigmas do conhecimento científico postulados pela modernidade que lhe servem de base. Entre estas, destaca o abandono do positivismo jurídico que acompanhou o fim da cumplicidade do Direito com as ciências naturais e cita as novas concepções sobre alteridade que tornaram obsoleta a visão do Estado-nação orientado por uma lógica legiscentrista. Comenta que o Direito, ao apropriar-se das denúncias no campo filosófico quanto à colonização da diferença pelo sempre igual e pelo homogêneo, direcionou-se em favor das perspectivas que salientam o fragmento contra a totalização e privilegiam o descontínuo e o múltiplo em detrimento das grandes narrativas e sínteses. A Constituição de 1988, acompanhando essas transformações, recobrou o espaço ontológico do *outro*, não mais subsumido ao universal, e impôs ao Estado a garantia do pleno exercício dos direitos culturais, expresso na afirmação do caráter pluriétnico da nação brasileira. Para isso, foi necessário incorporar também as trans-

formações da antropologia quanto à questão da definição dos grupos étnicos, passando-se a levar em consideração as auto-representações dos grupos indígenas, no lugar das categorias impostas a eles.

Duprat enfatiza o papel dos antropólogos como mediadores culturais habilitados a “traduzir” as visões de mundo indígenas para a sociedade envolvente, atribuindo-lhes a tarefa de propiciar uma inteligibilidade entre mundos capaz de nortear a aplicação do Direito. Considerando que os novos princípios constitucionais impõem a ruptura do Estado com as visões etnocêntricas, não só questiona os projetos de desenvolvimento impostos aos grupos indígenas sem levar em conta suas representações nesse campo, como também indica a necessidade de limitar a atuação dos poderes do Estado nos territórios indígenas, a fim de que seja garantido a cada grupo a expressão de suas normatividades específicas.

Se, como foi dito, o texto mostra que a lei se apóia no princípio da etnicidade como algo auto-atribuído, também informa que, na prática, há casos em que se recorre ao saber de especialistas para referendar ou não a auto-identificação de determinados grupos, o que demonstra que a questão da etnicidade resulta de processos sociais complexos que não se separam do terreno da política. Assim, parece ser importante, na busca de soluções para os problemas ligados à aplicação da lei, o reconhecimento, por um lado, de que esta, por si só, não é capaz de eliminar noções enraizadas no imaginário da sociedade brasileira – como as de índios *aculturados* ou *civilizados* –, e, por outro, da necessidade de levar em conta a dimensão política de questões que não podem ser equacionadas como meramente técnicas, isto é, como terreno de “especialistas”, sob o risco de voltarmos aos padrões positivistas que o novo texto constitucional propõe superar.

Carlos Marés faz uma exegese da Constituição de 1988 ressaltando tanto as rupturas que estabeleceu em face das antigas relações entre o Estado, as sociedades indígenas e a sociedade nacional quanto as armadilhas decorrentes da falta de regulamentação dos novos direitos. Para ele, as duas grandes novidades instituídas em 1988 são a possibilidade do reconhecimento dos direitos coletivos em contraposição aos direitos individuais e o rompimento com o princípio da integração que rege a política indigenista desde os tempos coloniais. Contudo essas notáveis rupturas, que no plano jurídico implicaram o reconhecimento do direito dos indígenas de continuarem a ser índios, ainda não foram incorporadas às práticas do Estado, que mantém acentuada defasagem em relação às novas normas, configurando uma situação aberrante em que este muitas vezes tem sido o principal transgressor da lei. Assim,

ao mesmo tempo em que o Legislativo se omite de regulamentar os direitos criados, o Executivo insiste em interpretar as normas constitucionais segundo antigos paradigmas de integração, e o Judiciário em assumir a defesa da propriedade privada individual em detrimento da propriedade coletiva garantida pela nova lei.

Marés ressalta que os novos direitos coletivos incluem aspectos territoriais, culturais e de organização social que demandam uma série de ajustes para vigorar plenamente. Na questão territorial, o princípio de que os direitos coletivos indígenas são originários, e portanto não necessitam de lei para terem vigência e reconhecimento, implica que os procedimentos demarcatórios passariam a ser ditados pelos critérios de cada povo, e não mais pelos critérios do Estado, gerando a premência da revisão das demarcações realizadas antes da nova Constituição. No âmbito da cultura, destaca-se o fato de que, além do direito ao pleno exercício de suas próprias tradições, compete a cada povo decidir que aspectos de outras culturas lhe interessa incorporar, o que inaugura uma nova situação na relação com o Estado, pois abre aos povos indígenas a prerrogativa de opinar sobre as políticas públicas que lhes são destinadas. Quanto à organização social, impõe-se o reconhecimento do direito à lei indígena, isto é, a legitimação das formas de estruturação de poder próprias a cada povo segundo seus usos, costumes e tradições, cabendo ao Estado impedir intervenções externas.

Apesar de garantir o direito à não-integração, o texto constitucional não impõe obstáculos às decisões de desenvolvimento social e econômico dos povos indígenas, sendo ressaltada por Marés a importância de observar o princípio de que cabe a cada povo conceituar o que entende por *desenvolvimento*, além da necessidade de um consentimento informado como meio de evitar os riscos de manipulação por parte do Estado, da Igreja ou das ONGs. Percebe-se, dessa forma, que o direito à auto-organização depende de um processo de mão dupla, em grande medida subordinado, mais que à lei, aos graus de conscientização e aos valores políticos dos diversos atores da sociedade em interação com os grupos indígenas.

Aurelio Veiga Rios se detém na problemática legal das terras indígenas, iniciando seu artigo com um breve histórico da legislação referente a elas desde o período colonial. Ressalta que a Constituição de 1988 considerou as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios bens da União destinados à sua posse permanente, com usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Além disso, definiu a expressão “terras tradicionalmente ocupadas”

– motivo de muita controvérsia – como aquelas habitadas, utilizadas e imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao bem-estar e à reprodução física e cultural dos grupos indígenas, incluindo-se aí tanto as formas de viver mais estáveis quanto aquelas dependentes de áreas de perambulação. A nova Carta proíbe ainda a remoção de grupos indígenas de uma região para outra do país, coibindo uma prática até então freqüentemente utilizada pelo Estado.

Em relação ao usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras, o texto se detém no exame do projeto de lei do Estatuto do Índio (n. 2.057), voltado para a atualização do Estatuto de 1973. Observa que o projeto, que prevê uma flexibilização do uso exclusivo dos índios sobre os recursos naturais, tem despertado reações diferentes entre os grupos indígenas: alguns são favoráveis a ele em nome do direito à autodeterminação, enquanto outros o vêem como uma abertura para práticas ambientais não sustentáveis que podem pôr em risco os recursos naturais e as culturas dos povos indígenas. Veiga Rios considera que o debate sobre a auto-sustentação dos povos indígenas é a principal e mais controvertida questão indígena para o século XXI, substituindo os debates que prevaleceram nos últimos anos em torno da definição das terras indígenas, de seu reconhecimento oficial e de sua posterior demarcação física. Apesar disso, observa que a finalização dos processos de demarcação previstos pela União Federal não esgotarão os processos de reivindicação de terras por parte dos índios, uma vez que estes estão sujeitos a pressões econômicas, políticas e sociais que certamente demandarão a ampliação de seus espaços territoriais para além das áreas já oficialmente demarcadas pelo poder público.

Comentando as desigualdades regionais em relação aos critérios para a delimitação das áreas indígenas, chama atenção para o fato de que, enquanto na Amazônia Legal foi possível proceder à demarcação de grandes extensões de terra, em consonância com os preceitos constitucionais de 1988, nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste a falta de áreas disponíveis levou diversos grupos indígenas ao confinamento em glebas mínimas. Destacando a dificuldade de corrigir essas situações por meio de novas identificações e pela redefinição dos limites das glebas já demarcadas – o que implicaria grandes custos sociais e econômicos –, cita como alternativas novas formas de obtenção de terras, entre as quais a compra de imóveis rurais pelos índios e suas comunidades, a aquisição direta pela União Federal ou, em último caso, a desapropriação por interesse social de áreas contíguas às terras indígenas. O texto evidencia o cruzamento da temática indígena com a dos demais trabalhadores sem-terra

no Brasil, considerando adequado o enquadramento das situações em que os índios estão confinados em glebas ínfimas na atual legislação sobre reforma agrária (decretos n. 433/92 e 2.614 /98), que prevê a aquisição de imóveis rurais destinados à sua implementação, a fim de atender ao princípio constitucional relativo à função social da propriedade.

Juliana Santilli aborda os regimes legais de proteção ao chamado *componente intangível da biodiversidade*, envolvendo os conhecimentos, inovações e práticas de comunidades indígenas e tradicionais considerados relevantes para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade. O artigo traz à luz os diversos debates travados atualmente em torno do assunto, situando as principais referências legislativas ligadas ao tema tanto nacional quanto internacionalmente. No primeiro caso, a referência básica é a Convenção da Diversidade Biológica, documento produzido durante a ECO-92, cuja ratificação e implementação pelos diversos países vem sendo objeto de inúmeras polêmicas, uma vez que a associação que propõe entre *biodiversidade* e *sociodiversidade* é uma inovação ainda longe de ter alcançado consenso nos meios científicos, políticos e jurídicos. Ao menos duas posições poderiam ser mapeadas: a primeira, na direção contrária à da Convenção, com base em concepções que descontextualizam os fenômenos da natureza em relação ao domínio da cultura, e a segunda, apoiando seus ditames, calcada na identificação de interconexões entre os dois níveis.

De acordo com essa última posição, a diversidade de espécies, ecossistemas e recursos genéticos deve ser encarada como fenômeno tanto natural quanto cultural, isto é, resultante *também* da ação humana. Em relação a esta, são sobretudo as ações das assim chamadas *populações tradicionais* – entre as quais os povos indígenas – o objeto principal do debate, uma vez que o histórico de baixo impacto ambiental associado a elas é, por um lado, tomado como modelo de sustentabilidade, exigindo, do outro, uma série de medidas de proteção aos conhecimentos que lhe servem de base e direcionando as discussões para o viés do reconhecimento dos direitos coletivos de propriedade intelectual. No caso específico dos povos indígenas, a Agenda 21, também firmada na ECO-92, estabelece diretamente a conexão entre seu reconhecimento e fortalecimento e a criação de mecanismos que protejam seus direitos de propriedade intelectual e cultural.

No Brasil, embora a proteção à sociodiversidade associada à biodiversidade tenha sido assegurada pela Constituição de 1988 (art. 215, §1 e art. 225, §1, II), ainda se encontram em fase de definição os mecanismos de proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais. O próprio

conceito de *população tradicional* ainda é considerado em construção, definido apenas de forma indireta na legislação brasileira, que o mencionou pela primeira vez na lei n. 9.985 de 2000, ao instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

No plano internacional, a garantia da proteção aos direitos intelectuais das comunidades indígenas e de outras comunidades tradicionais com vistas à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade tem sido objeto de um debate polarizado em torno de duas posições. Na primeira, capitaneada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual, que norteia o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio, prevê-se uma proteção do conhecimento tradicional por meio do sistema ocidental de propriedade intelectual. Propõe-se, nesse caso, uma adaptação do sistema patentário vigente, de forma a abarcar sob sua proteção os conhecimentos tradicionais. Na segunda, defendida por diversas redes de ONGs e adotada por boa parte dos países do Terceiro Mundo – onde se concentram os maiores contingentes de populações tradicionais –, pleiteia-se a criação de um regime legal *sui generis*, distinto do sistema patentário do ponto de vista tanto conceitual quanto valorativo, considerando-se que este protege os direitos de propriedade intelectual apenas dos “conhecimentos novos” individualmente produzidos, e não os conhecimentos tradicionais gerados coletiva e informalmente, e transmitidos oralmente de uma geração a outra.

A aplicação do sistema de patentes aos conhecimentos tradicionais é entendida como inadequada pelos defensores da segunda posição por tornar reservado um conhecimento compartilhado e impor uma lógica individual a sistemas que se organizam e desenvolvem coletivamente. Ao utilizar para os conhecimentos tradicionais os mesmos mecanismos voltados para proteger as inovações industriais, estar-se-ia correndo o risco de destruir o sistema que os produz. Chama-se atenção, nesse caso, para o fato de que o termo “tradicional” deve ser entendido como associado não à antiguidade, mas sim a um modo específico de aquisição e uso de conhecimentos.

Entre as premissas defendidas pelos que apóiam a criação de um regime legal *sui generis* de proteção aos direitos intelectuais coletivos das comunidades tradicionais, destacam-se a anulação de patentes ou outros direitos de propriedade intelectual resultantes da utilização de conhecimentos tradicionais, de forma a impedir o monopólio exclusivo sobre os mesmos; a garantia de livre circulação e intercâmbio de informações entre as várias comunidades, essencial à geração desses

conhecimentos; a obrigatoriedade legal de conhecimento prévio das comunidades tradicionais sobre a utilização ou divulgação de seus saberes, prevendo-se formas de participação nos lucros gerados por seu uso comercial; a inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais; e a criação de um sistema nacional de registro de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade com caráter meramente declaratório, uma vez que não se questiona o direito das comunidades sobre eles.

O texto apresenta um histórico dos instrumentos legais aprovados e em discussão no Brasil voltados para a implementação da Convenção da Diversidade Biológica e examina os diversos projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional e os impactos da Medida Provisória n. 2.052, de 30 de junho de 2000, do Executivo. Embora reconhecendo o direito das comunidades indígenas e locais de decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, protegendo-os ao mesmo tempo contra a utilização e exploração ilícitas, a MP n. 2.052 estabeleceu que tal proteção não afetaria os direitos relativos à propriedade intelectual, prevendo a possibilidade de patenteamento de processos ou produtos resultantes da aplicação comercial ou industrial desses conhecimentos. Essa posição foi alterada pelo Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002, que estabeleceu a Política Nacional da Biodiversidade: adoção do regime legal *sui generis* e estabelecimento de mecanismos de compensação econômica sobre o uso de conhecimentos tradicionais.

Juliana Santilli apresenta ainda um panorama sobre a implementação da Convenção da Diversidade Biológica e a definição dos sistemas de proteção de propriedade intelectual sobre conhecimentos tradicionais em diversos países do Terceiro Mundo, a maior parte dos quais favorável à instituição do regime legal *sui generis*. Um ponto importante diz respeito à definição do regime de propriedade a ser estabelecido sobre o patrimônio genético das nações. Embora haja a tendência de considerá-los bens da União, vem se firmando uma posição alternativa entre aqueles que defendem o regime legal *sui generis* no sentido de encarar a soberania assegurada aos países signatários da Convenção da Diversidade Biológica sobre seus recursos genéticos como *soberania popular*, e não *estatal*. Nesse caso, embora submetidos à proteção estatal e tendo seu uso limitado e condicionado por regras de interesse público, os recursos genéticos não se tornariam necessariamente propriedade pública.

Grande parte dos impasses e das indefinições em torno dos assuntos citados decorre da etapa ainda preliminar em que se encontram as discussões de categorias jurídicas relativamente novas, como *bens de*

interesse difuso ou público, populações tradicionais e direitos coletivos dos povos indígenas. Os especialistas têm chamado atenção para o fato de que somente no fim dos anos 1970 a agenda internacional de discussão dos direitos humanos começou a levar em consideração as reivindicações de grupos identificados como indígenas, consolidando-se a partir daí a tendência a incorporar os direitos coletivos aos direitos humanos, inicialmente entendidos apenas como individuais.

No caso específico dos direitos relativos à produção de conhecimentos das populações tradicionais, os debates indicam inúmeros impasses, uma vez que parece ser questionável a clivagem entre conhecimentos tradicionais como essencialmente coletivos e conhecimentos científicos como essencialmente individuais. Na verdade, os longos processos de acumulação de conhecimentos humanos, sempre dependentes de intercâmbios, diálogos, apropriações e releituras cuja história não podemos reconstituir de forma precisa, parecem indicar antes o interesse de uma clivagem que identifique sem margem de dúvida as diversas possibilidades de apropriação de seus resultados, permitindo que se criem mecanismos de proteção contra procedimentos que produzem a espoliação de grupos ou sociedades inteiras em benefício de poucos.

Por fim, vale chamar atenção para o fato de que as discussões em torno dos povos indígenas e seus direitos está na confluência de lógicas bastante distintas e nem sempre facilmente identificáveis. Na cena internacional, encontramos, por um lado, toda uma tradição que remonta às lutas em defesa dos direitos civis travadas a partir dos anos 1960, hoje traduzidas nas lutas pela afirmação do direito à diferença e dos direitos políticos de minorias, e, por outro, uma apropriação da temática das minorias, especialmente indígenas, pelas agências multilaterais de cooperação e desenvolvimento, cujas metas, definidas nos anos 1940, decorreram de concepções e objetivos bastante diversos. Embora essas agências tenham incorporado e mencionem em seus programas a intenção de ouvir as populações sujeitas a intervenções sobre seus próprios projetos e aspirações, ainda é difícil estimar até que ponto essas expectativas de participação têm se cumprido. Faltam avaliações também sobre os tipos de resposta que as sociedades indígenas têm dado a essas diferentes lógicas, ou mesmo se têm reagido diferenciadamente a elas.

Um esforço importante para aumentar as chances de sucesso dos procedimentos que se dizem voltados para o incremento de poder das comunidades indígenas parece passar, assim, pela tentativa de definir um perfil mais nítido dos diversos atores implicados nos processos atual-

mente em curso. Nesse sentido, não apenas os índios devem deixar de ser vistos como *índios genéricos*, mas também os diferentes atores da cooperação internacional estariam demandando o estabelecimento de critérios que os diferenciem e melhor situem não apenas aos olhos da opinião pública de modo geral, como também, e sobretudo, em relação aos próprios índios. Da mesma forma, o Estado brasileiro precisa deixar de ser visto como entidade monolítica, definindo-se de forma mais clara quem é quem nos diversos segmentos de sua burocracia e que tipos de visão orientam suas formas de atuação. Finalmente, as ONGs, sobre as quais têm recaído mais fortemente a tentação de uma caracterização genérica, também requerem um exame mais detido, visando não apenas a situá-las individualmente, mas também a evidenciar o que representam como fenômeno político-administrativo associado à globalização. Tais esforços parecem urgentes, já que, embora se reconheça sem maiores dificuldades que a atual gestão da questão indígena no Brasil passa por um modelo que combina a atuação desses diversos atores, não avançaremos muito na discussão de suas implicações e sentidos enquanto não balizarmos mais claramente os diversos perfis existentes dentro de cada um deles.

João Pacheco de Oliveira aborda em seu texto a situação no mundo atual e as perspectivas de futuro dos povos indígenas, cada vez mais afetadas por projetos cuja elaboração e decisão não se dá apenas no âmbito dos Estados nacionais. Elas seguem igualmente um conjunto de normas, convenções e diretrizes definidas em foros internacionais e em agências multilaterais. O artigo focaliza justamente um desses instrumentos, a diretriz operacional de 1991, que estabelece as condições que devem ser seguidas em quaisquer projetos apoiados pelo Banco Mundial, realizando uma leitura crítica a partir do contexto histórico brasileiro e dos interesses e das demandas indígenas aí manifestados. A análise aborda basicamente quatro pontos: a) a insuficiência dos critérios socioculturais para identificação das populações indígenas, indicando os prejuízos trazidos pela noção de “vulnerabilidade” (frequentemente associada a julgamentos sobre a primitividade e a autenticidade) e a recomendação da retomada dos procedimentos de autoclassificação propostos na Convenção 169 (OIT 1989); b) as condições de salvaguarda apresentadas e do risco de imagens e expressões ambíguas (como a de “mitigação”); c) as formas de participação previstas para os povos indígenas, bem como os fatores que as podem limitar ou mesmo anular; d) o enorme risco de distanciamento entre as diretrizes e as práticas, indicando alguns dos fatores que podem ser responsáveis por tal descompasso.

O texto de Oliveira retoma algumas questões clássicas do ponto de vista tanto da teoria quanto da prática antropológicas, tais como a construção da imagem do índio como primitivo e o sentido dessa construção para as lutas de classificação social; o debate sobre etnocentrismo associado à definição de riqueza como sinônimo do acúmulo de bens e mercadorias; o tratamento do problema da *autenticidade* como critério exterior aos processos de construção social da identidade pelos próprios grupos indígenas; a temática das condições de articulação entre *norma* e *prática*; e a influência de perspectivas opostas, como as de *aculturação* e *preservação da singularidade cultural*, entre os parâmetros norteadores das intervenções indigenistas.

No que diz respeito ao campo específico do assim chamado *desenvolvimento*, no qual se inserem as ações do Banco Mundial discutidas no texto, Oliveira também trabalha sobre alguns temas clássicos, entre os quais se destacam as implicações do recurso a procedimentos e critérios genéricos da sociologia do desenvolvimento para tratar especificamente de sociedades indígenas e a discussão sobre as possibilidades e os limites da *participação* indígena proposta pelo Banco Mundial, tendo em vista as condições de assimetria que permeiam os processos de consulta instaurados entre os diversos povos. O autor afirma não ser suficiente a busca de uma *participação informada* das sociedades indígenas, se essa busca não for acompanhada da possibilidade de recusa dos projetos a elas propostos. Além disso, trata também do problema da *representatividade* e sua influência quanto às possibilidades reais de participação, indicando a necessidade de distinguir as posições dos mediadores indígenas “para fora” das posições das autoridades nativas tradicionais, não coincidentes na maior parte dos casos.

Por último, situa os parâmetros que instauram a dimensão *moral* como elemento central para balizar a atuação dos atores sociais envolvidos com a questão indígena, indicando ao mesmo tempo o papel estratégico da antropologia quanto à elucidação da importância da diversidade cultural como *valor em si*, o que, no que diz respeito ao tema abordado pelo artigo, remeteria à necessidade de levar em consideração as concepções indígenas sobre o que é *desenvolvimento*.

Se é verdade que, por um lado, o Direito não engendra realidades sociais, mas as sanciona e ordena, é fato que, por outro, o legislador produz intervenções sociais de largo alcance, “fazendo”, em certo sentido, a sociedade de que é parte: ao formalizar, confere *um* contorno a problemas sociais que poderiam se organizar e representar de muitas outras maneiras; ao codificar, situa idéias e noções cuja proveniência

pode ser distinta, dando-lhes ordem em um todo coerente e único. A leitura dos textos deste volume pode, assim, ser feita em relação à esfera jurídica e somente a ela. Surgirão então origem, forma, hierarquia. Lê-los, porém, em seu dinamismo, relacionando-os ao contexto dos debates mais amplos com que dialogam – em relação à idéia de etno-desenvolvimento e suas implicações, como apresentadas no primeiro volume desta série, ou aos dispositivos administrativos com os quais se pretende empreender a criação, na prática, de um Direito da diferença, como no segundo volume –, leva-nos à realidade do imenso trabalho de produção do social a que a instauração de uma ordem democrática obriga. O jurista, como o cientista social, tem aí um chamado e um fértil campo de pesquisa e intervenção.

Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988

Ana Valéria Araújo
Sergio Leitão

A Constituição de 1988 trouxe uma série de inovações ao tratamento da questão indígena, indicando novos parâmetros para a relação do Estado e da sociedade brasileira com os índios. Embora de lá para cá tenham havido avanços significativos na proteção e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no país, há ainda uma série de pendências que reclamam providências e cuja solução é motivo de intenso debate entre os atores da chamada cena indigenista.

As atuais discussões revelam perplexidades relacionadas a um conjunto de temas que às vezes não encontra base mínima de consenso e dificulta as discussões sobre o necessário rearranjo da estrutura normativa que deve reger as relações entre povos indígenas, Estado e sociedade envolvente. Analisar os avanços e detalhar o conteúdo dos impasses só é possível levando-se em conta as mudanças já ocorridas e a nova Constituição Federal, marco divisório para a avaliação da situação dos índios nos dias de hoje.

A Constituição de 1988 e os novos mecanismos de proteção

Pela primeira vez em nossa história, os constituintes de 1988 consagraram um capítulo específico à proteção dos direitos indígenas, o Capítulo VIII, além de dedicar ao tema outros dispositivos esparsos. A Constituição afastou definitivamente a perspectiva assimilacionista, assegurando aos índios o direito à diferença e não fazendo nenhuma menção ao instituto da tutela. Dessa forma, reconheceu-lhes direitos permanentes e coletivos, entre os quais:

- ♦ reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições;
- ♦ direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e indisponíveis;

- ♦ posse permanente sobre essas terras;
- ♦ usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes;
- ♦ uso de suas línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem;
- ♦ proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, que passam a integrar o patrimônio cultural brasileiro.

A Constituição inovou também ao reconhecer a capacidade processual dos índios, suas comunidades e organizações para a defesa de seus próprios direitos e interesses, atribuindo ao Ministério Público o dever de garanti-los e de intervir em todos os processos judiciais que digam respeito a tais direitos e interesses, fixando, por fim, a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas.

O advento da nova Carta propiciou o debate sobre a necessidade de reformular o Estatuto do Índio de 1973, que tem suas bases assentadas sobre a noção de tutela e assimilação dos índios à comunhão nacional. Além disso, era preciso regulamentar temas presentes no texto constitucional que reclamavam detalhamento em leis específicas para ser plenamente executados, como a proteção aos recursos hídricos existentes em terras indígenas e o estabelecimento de salvaguardas para os índios no caso de realização de atividades mineradoras em seus territórios.

Um novo estatuto

Em 1991, visando a produzir uma lei que substituísse o antigo Estatuto do Índio, foram apresentados ao Congresso Nacional três projetos de lei: um de iniciativa do Poder Executivo, um elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e outro pelo então Núcleo de Direitos Indígenas (NDI), que posteriormente compôs o Instituto Socioambiental (ISA). Os projetos foram analisados por uma Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados, que aprovou, em 1994, um texto que pretendia conciliá-los, adotando um perfil avançado no tratamento de temas como capacidade civil dos índios, proteção aos conhecimentos tradicionais e demarcação de terras.

Desde 1995, porém, a análise do substitutivo aos projetos está bloqueada na Câmara dos Deputados em razão do pedido do deputado (hoje senador) Artur da Távola, que o elaborou em nome do primeiro governo Fernando Henrique Cardoso. O pedido do novo governo, que se preparava para tomar posse, tinha como justificativa a necessidade de formação de um juízo sobre projetos polêmicos antes de sua eventual aprovação por qualquer Casa do Congresso.

Passados quase oito anos, esse juízo não se fez ou não foi suficiente para garantir o empenho do Governo na aprovação de uma nova lei. Tentativas para alterar o quadro de estagnação governamental foram feitas na gestão dos ex-ministros da Justiça José Carlos Dias e José Gregori, bem como dos ex-presidentes da FUNAI Márcio Santilli e Carlos Marés, que realizaram inúmeras discussões sobre o tema com as mais diferentes áreas do governo federal.

Em 2000, o Governo apresentou ao relator do substitutivo uma proposta que permitiria o desbloqueio de sua tramitação. A proposta resultava das discussões, durante a gestão Carlos Marés, entre o Ministério da Justiça e a Casa Civil da Presidência da República, mediadas pela Assessoria Especial do Presidente da República, com participação e consulta a diversos outros órgãos federais. Tais discussões, marcadas por debates acirrados e por divergências profundas entre instâncias governamentais, geraram um texto que preserva os avanços do substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara em 1994, embora não solucione as divisões existentes no âmbito do governo acerca do tratamento conceitual a ser dado ao indivíduo, às comunidades e aos povos indígenas. Nesse sentido, a proposta fez uma opção tímida, limitando-se a falar em índios e comunidades. De qualquer maneira, sua apresentação reacendeu as discussões sobre o tema, gerando amplo debate no âmbito das organizações indígenas e de apoio que, ao longo desses oito anos, jamais deixaram de cobrar do governo e do Congresso a aprovação de uma nova lei. Registre-se que ao longo desse período as organizações indígenas desenvolveram enorme capacidade de intervenção nos debates sobre a revisão do Estatuto e que sua participação tem sido fundamental para aperfeiçoar o conteúdo das propostas elaboradas. Em que pesem esses esforços, porém, não se logrou alterar a situação, sendo provável que a discussão e aprovação de um novo Estatuto fique para Governo e Legislatura que se iniciam em 2003.

Tutela

Nas discussões do novo Estatuto, um dos temas centrais é a capacidade civil dos índios e as consequências da alteração do atual sistema tutelar. O texto do substitutivo aprovado em 1994, assim como o da proposta alternativa apresentada pelo Executivo em 2000, propõe o fim da tutela e da conceituação dos índios como relativamente incapazes, sem descuidar da necessidade de um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades culturais e estabelecendo inúmeros mecanismos de proteção no que diz respeito às relações com particulares e com o Estado.

As propostas de substituição da tutela, contudo, têm sido duramente combatidas por setores encastelados na estrutura da FUNAI, sob o argumento de que, com o fim do instituto, um órgão criado para exercer a função tutelar ficaria condenado ao desaparecimento, apesar de os dois textos aumentarem suas competências, dando-lhe possibilidades concretas de reaparelhamento, inclusive com a realização de concursos para contratação de quadros qualificados e montagem de uma nova estrutura de fiscalização.

Tais setores da FUNAI, sob o argumento de ameaça de extinção do órgão e conseqüente abandono da proteção dos povos indígenas por parte do Estado, acabam mobilizando índios que, em razão de seus vínculos orgânicos e de sua dependência em relação à estrutura de clientelismo patrocinada com os recursos do próprio orçamento da FUNAI, constituem-se em tropa de choque permanentemente utilizada para agredir quem queira debater o tema com seriedade, o que, aliás, ocorreu repetidas vezes durante os anos de 2000 e 2001.

Parece claro que o que mobiliza tais setores é o temor de que o fim da tutela e a fixação de parâmetros mais objetivos para disciplinar o relacionamento do Estado com os povos indígenas, delimitando o campo de discricionariedade em que podem atuar os agentes públicos, inviabilizem não a atuação da FUNAI ou de qualquer outra estrutura do poder público voltada para atender os índios, mas sim um modo de agir personificado que se abriga na estrutura do Estado. Esse modo de agir sempre teve a tutela como passaporte obrigatório a franquear sua participação em todo e qualquer assunto que dissesse respeito aos índios. Nesse sentido, em 2001 a FUNAI encaminhou ao Ministério da Justiça (MJ) a proposta de que o texto do novo Estatuto estabelecesse a participação obrigatória de seus agentes em qualquer assunto relacionado aos direitos coletivos dos povos indígenas. O MJ, todavia, teve o bom senso de rejeitar a idéia.

Vale lembrar aqui a preocupação manifestada por Daniel Cabixi, que durante o seminário “Bases para uma nova política indigenista”, realizado pelo Departamento de Antropologia do Museu Nacional em 1999, já chamou a atenção para a impossibilidade de, ao mesmo tempo, propor o fim da tutela e erigir barreiras ao exercício da vontade indígena sobre seus bens e projetos de futuro. Com as mudanças pretendidas, haverá espaço para que os índios tenham controle sobre seu destino, sem que o Estado, personificado em seus agentes, seja uma força onipresente e onipotente.

Avanços legislativos

Convenção 169

No contexto da questão indígena no Brasil pós-1988, em que pese a não-aprovação de uma lei que substitua o Estatuto do Índio, alguns avanços legislativos precisam ser mencionados. Em junho de 2002, após anos de tramitação, o Congresso Nacional ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), primeiro instrumento internacional a tratar dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas, estabelecendo padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação no que diz respeito a esses povos.

A ratificação se deu, em parte, pela retirada da discreta oposição do Governo, receoso das conseqüências que o conceito de povos indígenas adotado pela Convenção pudesse ter nos planos interno e externo. Contribuiu para isso o fato de o Itamaraty se manifestar, durante as discussões preparatórias para a Conferência sobre o Racismo, ocorrida na África do Sul em 2001, em favor da adoção do conceito de povos. A mudança de posição do Itamaraty, e conseqüentemente do Governo como um todo, deveu-se à atuação decisiva da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, então chefiada pelo embaixador Gilberto Sabóia. Obviamente teve importância também o fato de que a ratificação atenuaria o saldo negativo do governo Fernando Henrique no que diz respeito à aprovação de leis sobre direitos indígenas, já que o Brasil foi um dos últimos países da América a ratificar a Convenção.

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

Novo Código Civil

Em 2001, ocorreu a aprovação, pelo Congresso Nacional, do novo Código Civil, que também ofereceu um tratamento mais positivo aos índios e estabeleceu que o tema de sua capacidade para a prática dos atos da vida civil deve ser matéria de lei específica. Isso significa que o novo Código extirpou de seu texto a menção à relativa capacidade

dos índios fixada pelo código de 1916. Ele tampouco fala em tutela, tendo varrido de seu vocabulário o ultrapassado termo *silvícola*.

É interessante registrar que a discussão do novo Código não atraiu a atenção que normalmente recai sobre a tramitação do projeto de revisão do Estatuto do Índio, que desperta interesses os mais variados, da bancada de deputados e senadores da Amazônia, passando por indigenistas (autênticos ou não), até organizações indígenas e de apoio. Não faltou, assim, quem lamentasse ter perdido a oportunidade de reafirmar a continuidade do instituto da tutela, preocupado com o fato de que um de seus maiores pilares de sustentação tivesse ruído sem qualquer oposição.

Terras indígenas

No que tange aos índios, as políticas públicas do Estado brasileiro padecem hoje, em sua implementação, de um certo grau de esquizofrenia, fruto da convivência de um texto constitucional extremamente avançado com um Estatuto do Índio arcaico e fundado em conceitos totalmente superados, que mesmo assim dita as regras do dia-a-dia da aplicação dessas políticas. Por exemplo, quando a procuradoria da FUNAI se manifesta oficialmente contrária à criação de associações indígenas sem o aval do órgão, contestando a validade dos atos por elas praticados, em função de sua condição de relativamente incapazes. Ao mesmo tempo, não vê qualquer problema no fato de eles assumirem o cargo de administrador de unidades regionais do órgão e entender que a tutela os isenta de responsabilidade em casos de eventuais irregularidades.

Apesar dos inúmeros problemas criados a partir dessa condução esquizofrênica da política indigenista no país, é preciso reconhecer que muitos avanços ocorreram nos últimos anos, em especial na questão do reconhecimento territorial. O número de terras demarcadas aumentou consideravelmente, com a superação de algumas pendências históricas, como a demarcação das terras Ticuna, do Alto e Médio Rio Negro, Yanomami e Panará. Restam, infelizmente, algumas pendências importantes, como, entre outros, o caso de Raposa Serra do Sol – que, embora delimitada por Portaria do Ministro da Justiça, aguarda a expedição do decreto de homologação por parte do Presidente da República – e o das terras Guaraní no Mato Grosso do Sul.

Registre-se também o fato de que, a partir do fim dos anos 1990, começaram a surgir de forma intensa novas reivindicações por demarcações de terras nas regiões Centro-Oeste, Sul e Nordeste, que poderiam, segundo dados do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), elevar o

atual número das terras indígenas de aproximadamente 590 para mais de setecentas. Precisar a validade desses números, o potencial impacto das reivindicações em termos de conflitos sociais envolvendo os índios e os atuais ocupantes dessas terras, a extensão das terras reivindicadas e o número de famílias a serem possivelmente reassentadas são tarefas que se impõem desde já, posto que, surgida a reivindicação formal, a tendência é o imediato acirramento dos conflitos locais. Apenas para exemplificar, sabe-se que nos estados de Mato Grosso e Santa Catarina os conflitos entre índios, fazendeiros e posseiros se intensificaram fortemente nos últimos dois anos.

O binômio consolidação de direitos territoriais/aumento de reivindicação por novas terras delinea duas vertentes de atuação a serem exigidas do Estado nos próximos anos. A primeira, no sentido de proporcionar aos índios os mecanismos adequados à gestão territorial de suas terras, principalmente na Amazônia, onde a complexa mistura de grandes extensões, enormes riquezas naturais, inserção geopolítica delicada e pressão constante de frentes predatórias, abrigadas ou não por projetos de inversões governamentais – o verdadeiro Avança Brasil, na correta metáfora cunhada pelo antropólogo Carlos Alberto Ricardo –, torna o tema obrigatório. A segunda, consubstanciada no desafio de lidar com o conjunto de novas reivindicações pelo reconhecimento de identidades indígenas emergentes e da conseqüente demarcação de terras, o que é particularmente delicado em regiões como o Nordeste e o Sul.

Não se pode esquecer ainda a solicitação de revisão de demarcações já realizadas, as quais, aparentemente consolidadas, são questionadas pelos índios. É o caso, por exemplo, da revisão dos limites da Terra Indígena do Toldo Chimbangue (SC), demarcada nos anos 1980 após intenso conflito com os posseiros que a ocupavam, e na qual o Estado não fez uso do dispositivo constitucional de nulidade dos títulos existentes, pagando aos ocupantes à época o efetivo valor das benfeitorias e da terra nua. Uma parte dos posseiros de lá desintrusados constituiu o núcleo pioneiro de formação do Movimento Sem-Terra (MST). Há também grupos de trabalho já criados para revisar os limites de terras Xavantes e Kayabi, no Mato Grosso, entre outras.

Laudos antropológicos

O quadro das novas reivindicações territoriais se delinea em um momento no qual cresce o movimento de contestação às demarcações de terras indígenas, fortalecido por personagens que, por exemplo, apoiaram o capítulo dos direitos indígenas na Assembléia Nacional Constituinte.

Muitos deles engrossam agora no Senado o coro da bancada de Roraima, que quer pôr sob controle do Congresso Nacional a demarcação das terras indígenas (Proposta de Emenda Constitucional de autoria do senador Mozarildo Cavalcanti, que se encontra na pauta de votação do Senado).

Esse movimento encontra eco também em amplos setores do governo, que chegaram a formular, há cerca de dois anos, uma proposta dificultando ao máximo a possibilidade de revisão de terras indígenas já demarcadas, que seria incluída no texto alternativo do Executivo ao projeto do novo Estatuto. A proposta não prosperou devido à oposição que lhe ofereceu o ex-presidente da FUNAI, Carlos Marés, contando com o apoio do ex-ministro da Justiça José Carlos Dias.

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

Essa situação é resultado direto do fato de os setores contrariados com a demarcação das terras indígenas passarem a analisar os relatórios de identificação, procurando imprecisões e incoerências que os auxiliassem na tarefa de contestar a proposta de delimitação de dada terra. Assessorados por bons advogados, que passaram a acumular experiência na análise de dados territoriais, tais setores aperfeiçoaram o conteúdo de suas contestações, deixando de se basear em acusações meramente genéricas e pouco consistentes para se concentrar na justificativa apresentada pelos próprios laudos que apóiam os procedimentos de demarcação. Isso, diga-se de passagem, já era esperado desde o advento do Decreto 1.775, de 1995, que permitiu a qualquer interessado manifestar-se no cerne do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

Apesar das tentativas governamentais de aperfeiçoamento na confecção dos relatórios de identificação, requisitando a apresentação de um conjunto de informações mais elaborado sobre as terras indígenas e seus ocupantes, perduram problemas estruturais relacionados ao estabelecimento de um equilíbrio entre o papel dos antropólogos como produtores de conhecimento científico sobre povos indígenas e sua obrigação funcional como participantes de um grupo de trabalho técnico que precisa apresentar ao Estado informações objetivas e um balanço de todos os dados e questões envolvidos em um determinado caso.

A necessidade de um adequado diálogo entre os antropólogos e a lei já havia sido tratada por Márcio Santilli em texto no qual descrevia a enorme gama de responsabilidades que recaem sobre esse profissional, cuja tendência é aumentar. Já que, no que toca ao tema indígena, a interdependência entre os campos do Direito e da Antropologia é total, faz-se necessário um esforço cada vez maior no sentido de consolidar o espaço de reconhecimento que a antropologia acumula junto aos Poderes Executivo e Judiciário.

Defesa dos direitos indígenas

Com o advento da Constituição de 1988, o Estado começou a estruturar, por meio do Ministério Público Federal (MPF), uma eficiente rede de atendimento às demandas jurídicas dos povos indígenas. Para tanto, designou ao menos um procurador da República dedicado à defesa dos interesses indígenas em todos os estados da federação, lotados nas capitais, o que vem se espalhando por outras cidades do interior que sediam varas da Justiça Federal, como é o caso, por exemplo, de Santarém e Marabá, no Pará.

O MPF também estruturou um corpo de assessores técnicos em diversas áreas, como antropologia e engenharia florestal. O trabalho dos antropólogos tem sido voltado principalmente para assessorar os procuradores na realização das perícias antropológicas em ações judiciais que tratam da disputa sobre a posse de terras indígenas.

Há, porém, uma série de questões que precisam ser analisadas no que diz respeito ao desempenho institucional do MPF no trato dos direitos indígenas. Em primeiro lugar, a posição independente do órgão o tem levado a ser instado a mediar conflitos entre as diversas instâncias do Poder Executivo que detêm parcelas de poder sobre o tema indígena, ainda que não seja essa uma de suas funções. Essas instâncias, por seu turno, empenham-se em atrair o órgão para apoiar suas posições, querendo obrigá-lo a funcionar como corte de arbitragem de disputas que deveriam ser resolvidas no âmbito da Administração.

Além disso, a inércia do Poder Executivo no cumprimento de várias de suas atribuições leva o MPF, em algumas ocasiões, a praticamente exercer o papel reservado ao Executivo, em uma inversão que pode acarretar controvérsias e gerar expectativas sobre a atuação do órgão que não lhe caberiam responder. É o caso, por exemplo, das propostas de revisão do Estatuto que estabelecem uma série de atribuições ao MPF, repassando-lhe funções executivas e decisórias em assuntos administrativos que dificultariam o exercício das funções de fiscalização

desses mesmos atos. Isso é objeto de preocupação dentro do órgão, como se deduz da manifestação do procurador da República Aurélio Rios, no seminário sobre política indigenista já mencionado, que, ao comentar o capítulo de mineração da proposta do novo Estatuto, considerou equivocado atribuir ao MPF a tarefa de atestar a legitimidade da manifestação de vontade dos índios quanto à aceitação de mineradoras em suas terras, ressaltando que a atuação do órgão deve se dar no sentido da fiscalização de todo o procedimento de autorização da mineração.

É indiscutível, porém, que a inserção do MPF no trato da questão indígena tem sido fundamental e foi um dos maiores avanços feitos desde 1988. Sua atuação permitiu aos índios contar com um órgão independente, dotado de profissionais qualificados, os quais, ao longo desses 14 anos, têm demonstrado honrar o encargo recebido.

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

Para citar apenas um caso, o dos índios Panará, pela primeira vez o Estado brasileiro foi condenado pelo Judiciário a pagar indenização a um povo indígena em razão dos danos sofridos em decorrência de políticas executadas pelo órgão indigenista. Como se sabe, nos anos 1970 os Panará foram contatados e retirados de suas terras tradicionais, sendo transferidos para o Parque do Xingu com o fim de afastar qualquer obstáculo à construção da rodovia Cuiabá-Santarém, que fazia parte do Plano de Integração Nacional elaborado e executado pelo governo Médici. O contato e a remoção causaram a morte de mais da metade desse povo, que só nos anos 1990 conseguiu retomar uma parte de suas terras tradicionais. Os Panará, que moveram ações judiciais representados pelos advogados do ISA, em 2001 finalmente obtiveram do Judiciário o reconhecimento do direito de serem compensados pelos danos sofridos.

Conclusão

Em que pese o fato de não termos ainda um novo Estatuto que adeqüe a legislação infraconstitucional aos avanços da Constituição de 1988, persistindo um descompasso na elaboração e execução das políticas públicas relativas aos índios, é inegável que a fotografia da cena indigenista em nosso país foi não só acrescida de novos ingredientes, como alterada para melhor. No plano legislativo, algumas mudanças significativas se fizeram sentir, em especial o fim da relativa incapacidade dos índios no âmbito do Código Civil.

No Executivo, merece destaque a mudança do Governo quanto à aceitação do conceito de povos indígenas, ao avanço no reconhecimento dos direitos territoriais e ao aumento do número de terras demarcadas. Não obstante, persistem de forma preocupante as objeções à aprovação de um texto avançado que possa regular as relações do Estado e da sociedade com os povos indígenas, garantindo a estes as ferramentas necessárias para o exercício de suas vontades e a elaboração de seus projetos de futuro.

No plano da defesa judicial dos direitos indígenas, consolidou-se o espaço de atuação institucional do MPF, abrindo para os índios a oportunidade de verem encaminhadas suas mais diversas demandas jurídicas. Ao mesmo tempo, grandes vitórias judiciais foram obtidas pelos índios, assessorados por organizações da sociedade civil e pelos próprios representantes do MPF, criando precedentes que permitirão multiplicar uma interpretação favorável à garantia e à consolidação de seus direitos.

Os avanços são muitos, mas as pendências também, razão pela qual o ano de 2003 deverá exigir atenção redobrada, uma vez que a posse de um novo Governo e de um novo Congresso renova a possibilidade de discussão dos impasses a serem resolvidos.

Os índios e o novo Congresso Nacional

Adriana Ramos

A Constituinte de 1988 foi um grande momento para a discussão dos temas relacionados aos povos indígenas no Congresso Nacional. A nova Constituição Federal é um marco para os direitos indígenas no Brasil. Seu capítulo VIII, deixando para trás a perspectiva de que os índios desapareceriam, assegurou-lhes o direito à terra e à diferença.

Com os avanços constitucionais, veio a necessidade de revisão da legislação ordinária. Novos temas foram incluídos no debate jurídico relativo aos índios. Desde então, inúmeros projetos de lei têm sido apresentados pelo Executivo e por deputados e senadores, buscando regulamentar dispositivos constitucionais e adequar a legislação aos termos da nova Carta¹. É o caso especificamente do Projeto de Lei 2.057, de 1991, de autoria, entre outros, do então deputado Aloísio Mercadante, que visa a instituir o Estatuto das Sociedades Indígenas. A proposta tem como objetivo adequar a Lei 6.001, o Estatuto do Índio, aos novos princípios introduzidos pela Constituição Federal. Diversas versões do texto já foram produzidas e levadas à discussão em diferentes situações, sem que fosse viável um consenso. É fato que há discordâncias entre grupos e lideranças indígenas, especialmente no que tange à questão da tutela, mas o estatuto esbarrou também no conservadorismo dos parlamentares, que via de regra tem impedido o avanço de diversas proposições de interesse dos povos indígenas.

Impressiona no Congresso Nacional, entretanto, o conjunto de proposições que visam a alterar ou regulamentar o capítulo dos índios da Constituição Federal, com o claro objetivo de usurpar os direitos indígenas. As propostas de emenda constitucional alterando o artigo 231 somam cinco no Senado Federal e 16 na Câmara dos Deputados. A maioria delas propõe limitar a extensão de cada estado passível de ser reconhecida como terra indígena ou estabelece como

¹ Ver, neste volume, o texto de Sérgio Leitão e Ana Valéria Araújo (p. 23-33).

competência do Congresso a demarcação das áreas. Todas guardam em si um questionamento de fundo sobre o direito à terra e a intenção de incluir o Congresso como instância reguladora dos procedimentos de reconhecimento previstos na Constituição. A mais recente, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 38, de autoria do senador Mozarildo Cavalcanti (PFL-RR), inclui os dois dispositivos. A proposta original limita em 30% a área de cada unidade da federação passível de ser reconhecida como terra indígena ou unidade de conservação. O relator da matéria, senador Amir Lando (PMDB-RO), “aumentou” esse limite para 50%. Além disso, prevê que a homologação das terras indígenas seja feita pelo Senado Federal. A discussão dessa proposta de emenda constitucional evidencia um padrão de atuação da bancada amazônica do Congresso no que tange aos assuntos indígenas.

As propostas têm quase sempre a mesma origem: parlamentares amazônicos, em sua maioria francamente contrários aos interesses indígenas, que se alternam na apresentação das proposições. Essa tropa de choque encontra em Roraima sua maior base e ocupa com frequência as tribunas da Câmara e do Senado para discorrer sobre suas teses anti-indígenas. Exemplo disso foi o discurso proferido pelo mesmo senador Mozarildo Cavalcanti no plenário do Senado em 25 de março de 2002. Ao citar a criação de uma secretaria do Índio no estado de Roraima como proposta concreta “de levar ao índio uma nova visão para que se integre à sociedade pelo caminho de sua valorização pessoal”, o senador deixou claro sob qual perspectiva pensa a questão indígena. Embora a Constituição tenha superado a lógica da integração, para o parlamentar essa ainda é a base que norteia o assunto. No que tange à questão territorial, as reações são ainda mais explícitas. No mesmo discurso, o senador se refere às demarcações de terras indígenas como “um seqüestro feito pela União, em relação aos estados, de imensas áreas para destinar ‘aos índios’”.

Não se pode negar que a falta de assistência aos povos indígenas e a inadimplência do governo com a política indigenista têm sido a tônica dos últimos governos, o que é reiteradamente utilizado como argumento pelos parlamentares para justificar a necessidade de dar aos índios alternativas econômicas. As proposições para a superação desses desafios, entretanto, não podem esquecer os preceitos constitucionais afirmados no artigo 231. Ocorre que a maioria dos parlamentares insiste em deturpar os objetivos dos constituintes. A confusão é flagrante especialmente quando se trata do parágrafo primeiro do artigo 231:

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.

O senador Jonas Pinheiro (PFL-MT), por exemplo, ao comentar o processo de revisão dos limites das terras indígenas Areões e Pimentel Barbosa, de ocupação Xavante, no estado do Mato Grosso, afirma:

Há ainda que se atentar para o fato de que a ocupação dessa região circunvizinha às reservas Areões e Pimentel Barbosa, feita por pequenos e médios produtores rurais, teve sua origem em projeto de colonização implantado no início dos anos 1970, e que toda a área tem cadeia dominial perfeita, originada em títulos expedidos pelo próprio estado de Mato Grosso em meados deste século, o que já a descaracteriza como terra tradicionalmente ocupada pelos índios.

O que se vê é uma enorme contradição entre um discurso padrão de garantia dos direitos indígenas e indicativos claros do não-reconhecimento desses direitos, além de uma forte dose de preconceito, evidenciada em menções que estabelecem uma ordem de prioridade na qual os povos indígenas estão em posição hierárquica inferior, tendo seus interesses secundarizados em detrimento de outros. O próprio Jonas Pinheiro deixa isso claro no mesmo discurso, feito em dezembro de 2000:

Há de se ter redobrado cuidado com uma decisão dessas, se a eventual ampliação de áreas de reservas indígenas desalojar outros moradores ou provocar desarmonia entre gente que vive em paz, como acontece naquela região, e gerar conflitos que venham a prejudicar as atividades econômicas daquela grande região do leste do estado de Mato Grosso, tão bem ocupada por imigrantes de toda parte do país.

São recorrentes no Congresso Nacional manifestações como essa, e poucos os parlamentares que dominam o tema de forma a poder contrapor-se a tais argumentos. A senadora Marina Silva (PT-AC) é uma das poucas que pode ser considerada defensora da questão indígena no Congresso. A maior parte dos parlamentares não tem opinião formada ou desconhece as questões envolvidas nos conflitos inerentes à questão indígena. Tal fato contribui para um aspecto curioso das posições do Congresso em relação ao tema: o fato de não haver, à exceção dos flagrantemente contrários aos interesses indígenas, uniformidade na

votação das matérias relativas aos índios. Em outras palavras, o *lobby* indígena tem sido conjuntural, não sendo possível estabelecer relações tão evidentes entre partidos e/ou ideologias e os interesses indígenas. A chamada bancada ruralista é um bom exemplo. Formada por proprietários de terra e agropecuaristas, fortaleceu seu espaço de articulação no período 1995-2002, constituindo um dos grupos de interesse com maior poder dentro do Congresso. Como boa parte dos conflitos relacionados à temática indígena se refere à questão fundiária, os chamados ruralistas compõem com as forças anti-indígenas. A unificação do voto, entretanto, ocorre somente nas proposições que possam afetar seu nicho de mercado. Nas outras votações, cada deputado é tacitamente liberado para seguir ou não as indicações das lideranças partidárias (Vigna de Oliveira s/d). É nesse caso que se encaixa o deputado Luciano Pizzatto, relator do projeto de lei do Estatuto das Sociedades Indígenas, que, no trato da matéria, tem tido uma postura adequada, apesar de ser membro da bancada ruralista.

A renovação do Congresso Nacional nas eleições de outubro de 2002 pode surtir efeito positivo para os povos indígenas no Brasil, embora nenhum dos dois candidatos indígenas à Câmara Federal em 2002 (José Adalberto Macuxi, de Roraima, e Evilásio Caroba Fulni-ô, de Pernambuco) tenha sido eleito.

A redução em mais de 30%² da bancada ruralista é um indicador positivo de que os maiores grupos antagônicos aos interesses indígenas saíram abalados da disputa eleitoral. Tal perspectiva é animadora diante do quadro recorrente de ameaças aos direitos indígenas que a legislatura 1998-2002 enfrentou. A eleição de alguns representantes ligados aos movimentos socioambientais da Amazônia é outro indicador favorável para o futuro próximo.

Até hoje o único representante indígena em Brasília foi o Cacique Xavante Mário Juruna, eleito deputado federal pelo PDT do Rio de Janeiro em 1982. Desde então, algumas lideranças têm tentado, sem sucesso, assegurar uma representação indígena no Congresso. No âmbito municipal, os índios têm sido mais bem-sucedidos. Na eleição de 2000, oitenta indígenas foram eleitos, entre vereadores e prefeitos. Propostas que visam a tratar dessa representação indígena no parlamento também já estiveram em pauta no Congresso. É o caso da Proposta de Emenda à Constituição n. 146, de 1999, de autoria do deputado

² Segundo levantamento do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC).

federal Antônio Feijão, que altera o artigo 45 da Constituição e cria “vaga de deputado federal específica às comunidades indígenas”. A justificativa é aperfeiçoar o modelo da representação política prevista na Constituição de 1988, reconhecendo a “especificidade dos interesses das sociedades indígenas e sua peculiar organização social”. Contudo, a despeito dos argumentos apresentados na justificação da proposta, entre eles o de que “o incremento da diversidade étnica na Câmara dos Deputados corresponde a um imperativo natural da própria sociedade, na contradição dialética e no posterior equilíbrio das forças históricas de nossa Nação”, a redação da PEC é dúbia. O parágrafo que seria incluído no artigo 45 estabelece que “as sociedades indígenas elegerão um deputado indígena de conformidade com os critérios e condições estabelecidos na forma da lei”. Dessa forma, é possível interpretar a proposta como uma restrição à eleição de mais de um representante indígena para a Câmara Federal. A PEC foi rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, sob o argumento de que “não são os indígenas os únicos representantes de um grupo social com cultura diversa da maioria do povo brasileiro”.

O recente debate sobre políticas afirmativas para minorias também suscitou a apresentação de um projeto de lei, de autoria do senador Tião Viana (PT-AC), que prevê a aplicação de cota mínima de 1% para os índios brasileiro no preenchimento de cargos da administração pública, no acesso a vagas de nível superior de instituições públicas e privadas e na concessão de bolsas para o ensino superior. A proposta estabelece um prazo de vinte anos para a aplicação da cota, e justifica: “Espera-se que o prazo fixado seja suficiente para igualar as oportunidades, por meio da oferta de condições de desenvolvimento idênticas a todas, independentemente de raça, cor ou etnia”.

Há diversas proposições em tramitação que visam a regular o uso de recursos naturais em terras indígenas. O tema mais recorrente é a regulamentação da mineração em terras indígenas. Já foram apresentados cerca de dez projetos sobre o tema na Câmara dos Deputados. Todos têm em comum estabelecer as regras sob a ótica do interesse comercial. Como são várias propostas versando sobre o mesmo tema, encontram-se apensadas ao projeto de lei do senador Romero Jucá (PSDB-RR), que já foi aprovado pelo Senado Federal e aguarda votação na Câmara. A história da tramitação desse projeto é emblemática. Sob os auspícios do governo Fernando Henrique Cardoso, do qual o autor da proposta é líder no Senado, o projeto de lei foi aprovado nessa Casa sob um acordo informal para que discussões aprofundadas

e emendas fossem feitas na Câmara dos Deputados. Contrariando o acordo, entretanto, a Comissão da Amazônia e de Desenvolvimento Regional da Câmara não acatou sequer as emendas apresentadas pelo deputado Salomão Cruz (PFL-RR), reconhecidamente favorável à mineração em terras indígenas, o que configurou o interesse em aprová-la imediatamente, na tentativa de evitar que retornasse ao Senado, como acontece quando um projeto recebe emendas na Câmara. A matéria só teve adiada sua aprovação na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias por intervenção de organizações indígenas e indigenistas, assim como do Ministério Público Federal.

Outro projeto de lei de interesse indígena que tramita no Congresso Nacional é o que regula o acesso aos recursos genéticos. De autoria da senadora Marina Silva, a primeira proposta previa mecanismos para assegurar os direitos indígenas e a proteção ao conhecimento tradicional. O governo federal, entretanto, apresentou outro projeto menos abrangente, além de ter publicado uma medida provisória sobre o tema que ganhou prioridade na tramitação.

Nos últimos anos, poucas propostas de interesse indígena foram aprovadas. A mais importante delas foi a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que estabelece no Brasil as diretrizes internacionais de garantia dos direitos dos povos indígenas à terra e aos recursos naturais, à não-discriminação e a viverem e se desenvolverem de maneira diferenciada, segundo seus costumes. O projeto de decreto legislativo que sancionou o texto da Convenção tramitou durante nove anos no Congresso.

Recentemente, foi aprovado o projeto de lei do deputado Sérgio Arouca, que assegura atendimento de saúde aos índios pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Na prática, todavia, a proposta não significou muito, principalmente depois que o Executivo Federal transferiu a responsabilidade do atendimento de saúde indígena para a Fundação Nacional de Saúde.

O Estado pluriétnico

Deborah Duprat de B. Pereira

A Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade.

Idêntica mudança de paradigma pode ser observada no direito internacional: a Convenção 107 da OIT, de 5 de junho de 1957, afirmava já no preâmbulo o propósito de integrar as populações indígenas à comunidade nacional. A Convenção 169, de 7 de junho de 1989, tendo por pressuposta *a evolução do direito internacional*, passou a reconhecer “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”.

Para que se possa dimensionar corretamente essa mudança de perspectiva no campo jurídico e potencializar seu alcance hermenêutico, faz-se necessária a análise, ainda que simplificada, dos pressupostos, principalmente epistemológicos, que pautaram o modelo anterior. Como suas raízes podem ser encontradas no que se denominou modernidade, tomemos como marco inicial, no âmbito filosófico, o iluminismo, e no jurídico-político, a Revolução Francesa.

A modernidade se caracterizou pela ruptura definitiva com o cosmo-logismo e o teologismo do pensamento medieval, substituindo-os por esferas axiológicas diferenciadas como a ciência, a moral e a arte, regidas pela razão e submetidas à autodeterminação humana (Rouanet 1987: 149). Com Kant, inaugurou-se a filosofia do sujeito transcendental, que constitui o mundo como o conjunto de objetos da experiência possível. Sua razão opera por meio do conceito, subsumindo o real

às suas próprias categorias apriorísticas. Assim, é inerente à dinâmica dessa razão a identidade, que possibilita a unidade e as grandes sínteses homogeneizadoras. Em consequência, o conhecimento científico postulado é aquele que opera causalmente, aspirando à formulação de leis à luz de regularidades observadas, ou seja, aquele que se assenta na redução da complexidade. À vista desses pressupostos epistemológicos e das regras metodológicas que lhe são inerentes, a ordem passou a ser a forma hegemônica de saber, tendo como contraface o caos, forma hegemônica da ignorância (Santos 2000: 79).

A primeira manifestação de cumplicidade entre a ciência e o Direito modernos se deu na sistematização e racionalização do jusnaturalismo, culminando no movimento codificador do século XIX e no positivismo jurídico que o acompanhou, causando o abandono da retórica e sua substituição pela dogmática. O Direito assim concebido seguia o modelo mecanicista das ciências naturais, reconstruindo abstratamente a ordem social segundo esquemas universais e operando metodologicamente como um plexo hipotético-dedutivo de proposições. O racionalismo construtor kantiano inspirou ainda o Estado-nação, um dos parâmetros do Estado liberal pelo qual Sieyès clamava em 1789, que faz da idéia de nação seu cadinho de unidade e indivisibilidade.

Também resultou desse idealismo a indistinção entre *alter* e *ego*, posto que, como observa Gadamer (1986), o outro era experimentado como o outro de mim mesmo, abrangido por minha pura autoconsciência. O saber absoluto, em que a consciência constitui o objeto segundo suas categorias apriorísticas, em última análise implica que o outro existe apenas a partir do *ego*, ou seja, o outro é antecipado e apreendido reflexivamente por meio de mim mesmo. Como a razão centrada no sujeito transforma os sujeitos autocentrados em objetos uns para os outros (Foucault 1966), observa-se um trânsito da filosofia do sujeito para a filosofia comunicativa, segundo a qual o trabalho da razão é inseparável de uma intersubjetividade mediada pela linguagem, na qual *alter* e *ego* se orientam por pretensões de validade¹.

Esse conhecimento, caracterizado pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação e pela unidade, bem como os constructos teóricos por ele engendrados, foram questionados inicialmente por Nietzsche, que o via como desconhecimento, uma vez que, ao comparar as coisas entre

¹ “O *ego* tem de interpretar a manifestação de *alter* como saber” (Habermas 1991: 466).

si, ignorava as diferenças, cumprindo seu papel sem nenhum fundamento na verdade. Seguiram-se Foucault, Heidegger, Adorno e Derrida, denunciando a colonização da diferença pelo sempre igual e pelo homogêneo e anunciando o reino do fragmento contra a totalização, do descontínuo e do múltiplo contra as grandes narrativas e sínteses.

Os paradigmas do conhecimento científico postulado pela modernidade entraram em crise dentro de seu próprio espaço epistemológico. Einstein, com a teoria da relatividade da simultaneidade, negou o espaço e o tempo absolutos de Newton, que passaram a depender de sistemas de referência. Em seguida, a mecânica quântica demonstrou a impossibilidade de observar um objeto sem alterá-lo. Em ambas, estava em xeque o rigor do conhecimento científico e a complexidade da distinção sujeito/objeto (Santos 2000: 68-9).

Desfez-se ao mesmo tempo a cumplicidade do Direito com as ciências naturais, uma vez que a formulação de leis, antes de atender a um procedimento empírico-analítico, orienta-se por categorias de mundo fundadas em representações que cobram uma explicação hermenêutica de sentido. Compreende-se que o Direito não escapa à finitude da razão humana e não está absolutamente alheio à experiência vivida da sociedade concreta. Antes de ser universal, é contingente, buscando atualidade a cada aplicação.

Por fim, a visão do Estado-nação orientado por uma lógica unitária e legiscentrista foi atingida pela obsolescência, ao ser confrontada com problemas gerados por uma nova noção de nação, cuja unidade pressuposta na verdade ocultava o fenômeno da pluralidade do corpo social, e mesmo com a noção de soberania, traduzida na capacidade de ordenação autárquica dos fatos sociais sob seu domínio territorial, à vista principalmente do capital transnacional, que engendrou uma legalidade supraestatal e retirou do Estado a possibilidade de previsão e controle de aspectos relevantes da vida social. Assim, o que o Direito recobra, e a Constituição brasileira, a exemplo dos demais campos do saber, revela, é o espaço ontológico do outro, do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo porque subsumido ao universal.

A Constituição de 1988 o fez de forma absolutamente explícita. Primeiro, impondo ao Estado o dever de garantir “a todos o pleno exercício dos direitos culturais”, apoiando e incentivando “a valorização e a difusão das manifestações culturais [...] populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, *caput* e §1º), que se traduzem em suas “formas de expressão e em seus modos de criar, fazer e viver” (art. 216,

I e II). Tratou exaustivamente e em caráter paradigmático do território cultural necessário ao exercício desses direitos pelas populações indígenas, emprestando-lhe significado especial, divorciado da pauta patrimonial, porquanto espaço essencial à existência de uma coletividade singular (art. 231, *caput* e §1º). Por essa razão, o texto constitucional assegura a inviolabilidade desse território de forma quase absoluta, admitindo alguma relativização apenas na hipótese de “relevante interesse público da União”, a ser definido em lei complementar (art. 231, §6º), exigindo-se autorização do Congresso Nacional e aquiescência da comunidade afetada (art. 231, §3º).

É importante assinalar que, ao assumir o caráter pluriétnico da nação brasileira, que não se esgota nas diferentes etnias indígenas, como evidencia o parágrafo 1º do art. 215, a Constituição de 1988 tornou impositiva a aplicação analógica do tratamento dado à questão indígena aos demais grupos étnicos. Assim, diante desse novo padrão de respeito à heterogeneidade da regulamentação ritual da vida, impõe-se a exata compreensão das pautas de conduta que agora orientam os diversos atores sociais, em particular os agentes públicos e políticos.

Em princípio, a inserção do Estado na vida desses grupos deve respeitar primeiramente o fato de que “grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores” (Barth 2000: 27), razão de a Constituição lhes assegurar auto-representação (art. 216, I), uma vez que *formas de expressão* são conjuntos de signos por meio dos quais se revela a representação da realidade (Foucault 1966: 89). Assim, requer-se que a coletividade possa se reconhecer em suas *formas de expressão*, sob pena de lhes negar realidade, o que implica dizer que a representação da realidade partilhada envolve necessariamente a representação de si própria, ou seja, a autocompreensão do grupo². Dessa forma, interdita-se ao legislador, ao administrador, ao juiz e a qualquer outro ator estranho ao grupo dizer o que este é de fato³.

Corolário do mesmo preceito constitucional é o banimento definitivo das categorias, positivadas no ordenamento jurídico pretérito no

² “O mundo determinado gramaticalmente é o horizonte em que é interpretada a realidade” (Habermas 1991: 211).

³ Recentemente, a FUNAI constituiu um grupo técnico para definir se os ocupantes da autodenominada TI Borboleta, no Rio Grande do Sul, são índios, a despeito de a própria pretensão quanto à regularização da terra pressupor, e, portanto revelar, a auto-identificação do grupo como tal.

trato da questão indígena, de *aculturados* ou *civilizados*, seja porque a noção de cultura como totalidade, como perfeita coerência de crenças unívoca e homogeneamente partilhadas, é ultrapassada, seja porque, nas relações interétnicas, as situações de contato não significam o abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo, verificando-se antes a possibilidade de articulação em alguns setores ou domínios específicos de atividades, mantidas as proscrições de interações tendentes a proteger partes de sua cultura da confrontação e da modificação (Barth 2000: 35)⁴.

Assim, a atuação do Estado em relação a esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo. Sendo uma compreensão de sentido, todavia, a compreensão de uma outra cultura não se dá mediante a atitude objetivante adotada pelo observador diante de estados e sucessos fisicamente mensuráveis, requerendo-se, ao contrário, a participação em um processo de entendimento. Como observa Habermas,

a realidade simbolicamente pré-estruturada constitui um universo que permanece hermeticamente fechado, ininteligível às olhadas do observador. O mundo social da vida só se abre a um sujeito que faça uso de sua competência de linguagem e ação, estabelecendo relações interpessoais. Só se pode penetrar nele participando, ao menos virtualmente, nas comunicações dos membros e convertendo-se, ele mesmo, em um membro, ao menos potencial (Habermas 1991: 460).

Assim, a atuação do Estado é antecedida por essa “tradução”, feita necessariamente pela mediação antropológica⁵ que torna o outro inteligível⁶. Isso se verifica na própria esfera legislativa, uma vez que, sendo o Direito um conjunto de representações sociais, toda a normatividade

⁴ No julgamento do HC 79.530-7, o Supremo Tribunal Federal reforça a categorização, ao ter como *aculturado* o índio Bêncaroty Kayapó (Paulinho Paiakan), negando-lhe avaliação antropológica e intérprete por se tratar de um “índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente o português”.

⁵ “Os antropólogos abalaram nossa segurança ao expor vividamente uma tal variedade de costumes e crenças humanas que fizeram com que a noção de um padrão único de julgamento político e moral parecesse nada mais que uma racionalização válida para uma breve *pax* da história européia” (Moore 1987: 19).

⁶ “A diferença sem inteligibilidade conduz à indiferença” (Santos 2000: 30-1).

que contemple esses grupos étnicos tem de se pautar por sua compreensão da vida, sob pena de inconstitucionalidade e carência de eficácia em função da subversão dos valores que orientam a consciência coletiva.

Sempre que estejam em causa interesses de grupos étnicos, a aplicação do Direito pelo juiz se sujeita ao mesmo postulado da inteligibilidade. A despeito de já abandonada a orientação positivista e compreendidas as situações de fato e norma como esferas axiológicas que não se resolvem em um sistema lógico-formal do tipo hipotético-dedutivo, vê-se o julgador diante de premissas, valores e experiências dos quais não compartilha e para os quais necessita de tradução, de modo que se revele sua essência subjacente. Isso é válido tanto para as normas que especificamente os tenham por objeto quanto para as que tomam por pressuposto a comunidade nacional como um todo, justamente pelo fato de sua aplicação não poder passar ao largo da forma como esses grupos se representam. O juiz não pode olvidar que, à mudança do paradigma epistemológico, corresponde necessariamente a mudança de metodologia. A abertura para o outro, experimentando-o como tal de modo a fazer valer sua pretensão, afasta a atitude monológica e impõe a recuperação da retórica, mediada pela intervenção antropológica que, ao experienciar significativamente uma realidade, está apta a traduzir os *topoi* que orientarão a discussão.

Impõe-se ao Estado-administração a ruptura definitiva com a visão etnocêntrica que o orientou até agora, a começar pelos chamados *projetos de desenvolvimento nacional* que, para merecerem efetivamente a qualificação de *nacionais*, requerem o estabelecimento de uma relação dialógica, de modo a não desprezar a representação de desenvolvimento desses grupos, garantindo-se que haja na expressão um sentido, se não nacionalmente compartilhado, ao menos devidamente ponderado⁷.

Tendo em vista que os territórios físicos nos quais esses grupos estão reunidos se constituem em espaços simbólicos de identidade, produção e reprodução cultural, não sendo portanto algo exterior à identidade, mas imanente a ela, as políticas públicas, com as cautelas prévias de inteligibilidade e respeito à diferença, devem ser efetivadas. Enfim, diante dessas territorialidades, que geram cada qual formas de

⁷ Até agora, os grandes projetos de desenvolvimento, pautados por uma visão meramente econômica, passam ao largo da questão étnica, como são exemplos mais evidentes as obras do Programa “Avança Brasil”.

poder e conseqüentemente formas específicas de direito, está imanente o princípio de limitação dos poderes do Estado⁸.

Por fim, não há como fazer uma transição paradigmática sem certo desassossego, em razão mesmo da desorientação dos indicadores cognitivos. É passada a hora, contudo, de superar os fundamentos positivistas da ação indigenista inspirada no *modus operandi* do “rondonismo” (Oliveira & Almeida 1998) e garantir aos índios, bem como aos demais grupos étnicos, o exercício de sua autonomia.

⁸ Já há precedente judicial nesse sentido. No julgamento da ação criminal n. 92.0001334-1, em curso na 1ª Vara Federal de Roraima, o Tribunal do Júri afastou a possibilidade de aplicação de pena ao tuxaua Basílio Alves Salomão, que matara outro índio, considerando que o mesmo já havia sido “julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena”.

As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios¹

Carlos Marés

O novo paradigma da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 marca o início de um novo paradigma na relação entre o Estado, as comunidades indígenas e a sociedade nacional.

Durante a colônia, a expansão territorial européia reconheceu a existência de povos diferenciados, declarou-lhes guerra e impôs-lhes a escravidão, legislando no sentido de integrar os indígenas que capitulassem às propostas dos colonizadores pelo casamento, pela catequese ou pela assimilação como “trabalhadores livres”.

Os Estados nacionais, por sua vez, elaboraram com ênfase ainda maior o discurso da integração de todos os indivíduos como cidadãos. Em nome de um falacioso “direito natural de adquirir direitos”, esqueceram e pediram a todos que esquecessem a existência de *povos*. Assim, os indígenas, bem como todos os pobres e não-proprietários, foram marcados no Estado nacional por uma exclusão de direitos apresentada sempre como o direito de adquirir cidadania. Em linguagem jurídica, isso significa que todos têm direitos iguais, desde que os adquiram segundo as regras legais – e sua aquisição se dá pela via patrimonial. Nessa linguagem hermética, “todos” quer dizer cada um, cada pessoa, cada titular de direitos, deixando de fora o coletivo: os grupos, as comunidades, as corporações, os povos.

A Constituição de 1988 rompeu com esse paradigma em duas vertentes extraordinariamente importantes: a primeira, válida para todo o Direito, instituiu a possibilidade do reconhecimento dos direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio cultural e outros, chamados “interesses difusos” (cf. Marés

¹ Apresentado no seminário “Bases para uma nova política indigenista”, realizado no Rio de Janeiro entre 28 e 30 de junho de 1998, e revisto em janeiro de 2001, após a experiência como presidente da FUNAI.

1999: 307-35), em contraposição aos direitos individuais; a segunda, aplicável aos povos indígenas, e em menor escala aos “remanescentes de quilombos”², rompeu com o princípio que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato, ou seja, a integração.

A partir de 1988, portanto, o Direito brasileiro passou a reconhecer o direito dos indígenas de continuarem a ser índios, sem a necessidade de integração na sociedade nacional, afirmando sua titularidade de direitos coletivos (cf. Marés 1988). Essa ruptura, contudo, não foi prontamente entendida, interpretada e executada pelo Estado e seus poderes: o Executivo, o Judiciário e mesmo o Legislativo deixaram de atender aos novos preceitos constitucionais. Nesses 13 anos, o Legislativo tem se omitido de regulamentar os direitos criados³, o Executivo insiste em interpretar as normas constitucionais segundo revogados paradigmas de integração e o Judiciário continua sua cruzada em defesa da propriedade privada individual, sobrepondo-a inconstitucional e injustamente à coletiva.

As armadilhas da Constituição de 1988

Contudo a Constituição que criou tão profunda ruptura tem em sua estrutura algumas brechas, armadilhas nas quais o aplicador ou o titular do direito acabam caindo quando procuram aplicá-la ou simplesmente defendê-la. A primeira, provavelmente a maior e mais importante, é a formação de lacunas: o texto constitucional cria direitos, mas não os regulamenta, a ponto de impossibilitar sua pronta efetividade.

A própria Constituição reconhece essas lacunas, tanto que, em seu artigo 5º, inciso LXXI, estabelece que caberá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O mandado de injunção, portanto, é uma forma de colmatar a lacuna criada pela falta de norma

² Toda legislação anterior a 1988 era absolutamente omissa em relação à população negra, inclusive a do século XIX, quando os direitos dos escravos (manumissão, por exemplo) não eram legalmente reconhecidos. Em 1988, pela primeira vez na história do Direito brasileiro, houve o reconhecimento dos direitos coletivos de grupos negros. Todavia outras etnias, como a dos ciganos, ainda são omitidas.

³ A renovação do “Estatuto do Índio” de 1973, peça clássica do integracionismo ainda em vigor, permaneceu imobilizada durante todo o governo Fernando Henrique Cardoso. Entre março e abril de 2000, pressionado pelas festividades dos 500 anos do Descobrimento e da grande mobilização indígena, o Congresso voltou a discutir o tema.

regulamentadora. Também há reconhecimento de lacunas quando a Constituição admite a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade por omissão – outra forma de colmatagem.

Essas lacunas ocorrem na criação de novos direitos ou na elevação de interesses, desejos ou sonhos à categoria de direitos. Ao admiti-las, a Constituição admite também a possibilidade de um direito constitucionalmente estabelecido não ser realizado. Apesar do absurdo, é exatamente como o Executivo e o Judiciário vêm entendendo o fenômeno, sem, é claro, dizê-lo claramente⁴. As armadilhas da Constituição, no entanto, vão além das lacunas: em ao menos dois momentos, seu texto dá margem a interpretações que podem valorizar princípios já superados, como a primazia da propriedade privada individual sobre a coletiva.

No primeiro, confunde ou permite que intérpretes influenciados pelo velho sistema confundam produtividade com função social da propriedade, fazendo com que aquela, por sua vez confundida com rentabilidade, passe-se por esta, de conotação evidentemente social e coletiva, tornando ineficaz a subordinação da propriedade privada individual a sua função social e, portanto, coletiva. No segundo, depois de conceituar a terra indígena com precisão e abrangência segundo os usos e costumes do próprio povo⁵, entrega à União a competência de demarcá-las. Os privatistas interpretam essa competência como a capacidade da União (e não da Constituição) de determinar os limites da terra indígena.

Essas pequenas armadilhas estão espalhadas pelo texto, e compete aos juristas e ao povo exigir uma interpretação segundo os princípios maiores da Constituição e da sociedade organizada, que privilegiam o coletivo e impõem à propriedade e ao patrimônio individuais a subordinação, não necessariamente indenizável, aos interesses coletivos. Essas armadilhas muitas vezes fazem parecer que não houve ruptura e que o sistema jurídico continua a ser protetor da propriedade absoluta e da integração dos povos indígenas, como indivíduos, à sociedade envolvente, negando a existência de direitos coletivos.

⁴ Sobre esse tema, ver Marés (1997: 5-16).

⁵ A Constituição afirma textualmente, em seu artigo 231, §1º, que terras indígenas são “aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, *segundo seus usos, costumes e tradições*” (grifo meu).

Os direitos coletivos dos povos indígenas

Os direitos coletivos têm titularidade difusa, ou seja, não apropriável individualmente, mas espalhada por todos. Os titulares dos direitos coletivos são todos, não o “todos” que significa cada um, como no direito individual, mas o coletivo geral, nacional ou humano.

Assim, é preciso distinguir para os povos indígenas dois direitos diferentes, um pertencente a toda humanidade e outro pertencente a cada povo. O primeiro pode ser chamado de direito à sociodiversidade, que é o direito de todos à existência e manutenção dos diversos povos, obrigando cada um deles ao respeito pelo outro. Esse é o verdadeiro direito à alteridade, e tem estreita relação com o direito à biodiversidade: é o direito à existência de todos os povos e de todas as espécies naturais, sem considerar os indivíduos.

O segundo não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. Esses direitos das minorias étnicas e dos povos se comparam aos direitos nacionais quanto à titularidade, ou seja, são titulares somente os membros daquele povo. É claro que também são direitos coletivos, porque não são a mera soma de direitos subjetivos individuais e pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, sendo cada um obrigado a promover sua defesa, que beneficia a todos. Não são passíveis de alienação, são indivisíveis entre os titulares – uma divisão do objeto fará com que os titulares do todo continuem titulares das partes –, imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis. Dividem-se em ao menos três categorias: direitos territoriais, culturais e de organização social própria.

Não se deve confundir o direito coletivo com o exercício da ação judicial protetora, que é uma ação tipicamente estatal, regulada pelo Direito nacional. Em teoria, a ação protetora é idêntica à praticada pelos sindicatos, que defendem os direitos coletivos da categoria que representam. O Direito brasileiro, porém, as distingue na própria Constituição, garantindo aos povos indígenas uma legitimidade especial e reservando aos sindicatos ações coletivas muito limitadas. Além disso, a jurisprudência vem exigindo que a representatividade dos sindicatos seja apenas dos filiados, precedida de autorização em assembléia geral, limitando ainda mais a norma constitucional⁶. A dificuldade reside na

⁶ A Medida Provisória n. 1.789-1, de 11 de fevereiro de 1999, dispõe que, nas ações coletivas, a entidade associativa deve juntar a ata da assembléia que autorizou a ação, bem como a relação nominal dos associados e a indicação de seus endereços.

aceitação dos direitos coletivos, pois representatividade e legitimidade são adjetivos ligados muito mais à eficiência do poder Judiciário que ao efetivo exercício de tais direitos.

Assim, as armadilhas da Constituição se voltam para o poder Judiciário, que, tendo dificuldade de reconhecer os direitos coletivos, cria obstáculos procedimentais à sua realização. Concretamente, o Supremo Tribunal Federal impôs tantos limites ao mandado de injunção e à ação de inconstitucionalidade por omissão que as transformou em verdadeiras inutilidades, assim como o poder Executivo vem tentando, por meio de medidas provisórias, impor restrições às ações coletivas.

Direitos territoriais

Os povos indígenas na América Latina e no Brasil são tantos e tão diversos que seria temerário qualquer tipo de generalização em relação ao conceito que cada um deles faz do próprio território. A idéia de território, espaço geográfico em que se exerce poder, é fundada nos mitos, crenças e cultura de cada povo, fazendo com que os critérios da ocupação própria e da defesa contra a ocupação por terceiros sejam totalmente diferentes.

Assim, cada povo indígena tem uma idéia própria de território, elaborada por suas relações internas, com os outros povos e com o espaço onde lhes coube viver. Por isso mesmo, estão incluídos nos direitos territoriais os direitos ambientais, que têm estreita ligação com os culturais, uma vez que significam a possibilidade ambiental de reproduzir hábitos alimentares, farmacologia própria, arte e artesanato. Além disso, supõe-se que cada povo sabe a história, real ou mítica, de seu território, conhecendo sua extensão e seus limites.

A Constituição de 1988 estabeleceu que os direitos coletivos territoriais indígenas são originários, ou seja, nasceram antes da própria Constituição, pertencendo à categoria de direitos naturais e não necessitando de lei para terem vigência e reconhecimento. Ordenou também que se reconheça o território indígena pelo critério do povo que detém o direito, o que significa que são os usos, costumes e tradições indígenas que marcam os limites de seu território nesses quatro elementos: terras habitadas, utilizadas, imprescindíveis à preservação da natureza e necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. Dessa forma, qualquer regulamentação terá de dispor nos limites desse comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não sejam os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo.

É fácil verificar que as atuais regras de demarcação não obedecem ao comando; ao contrário, admitem que possam haver direitos individuais sobre terras indígenas, tanto que usam o princípio do contraditório, que é a possibilidade de reação de um titular de direito individual ameaçado, para declarar os limites de demarcação de uma terra indígena. Assim, vemos o Estado usando as brechas da Constituição contra os direitos coletivos. A organização estatal brasileira em relação aos povos indígenas sempre esteve muito ligada à questão territorial, e a nova disposição constitucional, portanto, deve necessariamente alterar as políticas indigenistas.

Pode-se dizer que, antes da Constituição de 1988, o Estado “escolhia” a terra indígena, demarcando-a. Embora fosse um direito adquirido, havia poder discricionário do Estado, gerando a política deformada de fixação de indígenas em terras que nem sempre lhes correspondem como território, na idéia de “liberar” terras para exploração ou uso público, como estradas ou projetos desenvolvimentistas. Assim, por exemplo, ocorreram a expropriação criminosa do Vale do Guaporé em relação ao povo Nambiquara, a construção do Parque Nacional do Xingu acomodando povos inimigos e gerando a questão Panará, e o confinamento dos Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul para projetos de colonização, sem falar na crueldade da dispersão dos índios do Nordeste para uso de suas terras, como no território Pataxó Hãhãhãe, que até hoje está sob discussão no Supremo Tribunal Federal.

A disponibilidade do Estado brasileiro em relação às terras indígenas tinha como fundamento não um texto legal, mas o princípio da integração individual: se a política era de integração, o conceito de terra indígena era provisório, válido até o momento em que todos os indivíduos do povo estivessem integrados, passando a terra a ser disponível como as outras. Rompido o princípio com a mudança constitucional de 1988, a política de reconhecimento e demarcação de terras teve de mudar, e de fato mudou, não tanto quanto gostariam os índios, mas ainda assim visivelmente. As novas terras demarcadas, como a dos Yanomami, Alto Rio Negro e Javari, respondem mais ou menos à real ocupação do território segundo os usos, costumes e tradições. Por meio do mesmo fundamento, foi reconhecida a área indígena dos Panará, que finalmente conseguiram sair do Parque do Xingu.

A questão política e administrativa é saber o que fazer com as terras demarcadas de forma equivocada ou intencionalmente reduzidas, especialmente no Nordeste, Centro-Oeste e Sul. Se em outras regiões a luta dos índios é contra madeireiros violadores de leis ambientais, mer-

cadores de bens extraídos em terras alheias ou públicas, garimpeiros, traficantes e contrabandistas, nestas os ocupantes possuem títulos que o Estado considera legítimos, fazendo com que o vilão seja o próprio Estado. Exatamente por isso, pode-se afirmar que o maior problema em relação às terras indígenas atualmente no Brasil está nessas regiões, e não na Amazônia.

Dessas primeiras considerações podem-se deduzir algumas das tarefas fundamentais de uma nova política indigenista:

- ♦ prosseguir com a demarcação das terras indígenas em restrita obediência ao direito dos povos, definindo o território pelos usos, costumes e tradições de cada povo;
- ♦ demarcar áreas suficientemente extensas para os povos sem contato e promover a proteção da área sem buscar contatá-los;
- ♦ corrigir os erros e as injustiças do passado, redefinindo as terras que foram demarcadas a menor, procurando chegar o mais próximo possível da necessidade indígena atual. Essas áreas devem ser recuperadas do ponto de vista não só da ocupação, mas também do ambiental, porque o direito indígena é possuir não uma terra agricultável, mas uma que permita a sobrevivência segundo seus usos, costumes e tradições, evidentemente já alterados pelos anos de contato. A aplicação dessa política geral se concretiza localmente, pois é impossível ter uma receita para todos os povos e regiões;
- ♦ favorecer a situação dos povos indígenas que não se preocuparam com a demarcação de território, especialmente os Guarani do sul do Brasil, que logravam viver no que restava de matas, mas hoje se vêem confinados em parques do litoral sul, já que as matas deixaram de existir, sendo atualmente pressionados inclusive pelos ambientalistas.

Nessas tarefas também se inclui a necessidade de enfrentar as interferências políticas locais, como é o caso da área Macuxi Raposa Terra do Sol, em Roraima, cuja demarcação só não é homologada porque o Presidente da República não deseja desagradar os políticos locais, detentores de oito votos na Câmara dos Deputados e três no Senado. Além disso, faz-se necessário o enfrentamento jurídico, já que a propriedade privada ainda é um dogma sacramentalmente mantido pelos tribunais. É necessário mover ações anulatórias dos títulos de terras concedidos indevidamente e usar o poder jurídico do Estado para garantir o direito coletivo indígena. Entre as situações judiciais mais contundentes, estão o caso Pataxó Hãhãhãe e as disputas dos Guarani do Mato Grosso do

Sul, reforçando a necessidade de que as políticas indigenistas, embora impulsionadas por um órgão nacional, sejam locais.

Os direitos culturais

Os direitos culturais refletem a própria essência do povo. A língua, os mitos de origem, a arte, os saberes e a religião são a roupagem com que cada povo se diferencia dos outros. Esses direitos também têm a dupla perspectiva de serem um direito de todos, incluindo os alheios ao grupo, de que a cultura seja preservada, e o direito de cada membro do grupo de manifestá-la individualmente, inclusive inibindo seu uso por terceiros.

É direito de cada povo manter sua cultura, seu saber, sua religião, sua medicina e seu Direito, mas também beneficiar-se dos avanços, descobertas e saberes que possam de alguma forma melhorar sua vida, segundo sua vontade e cosmovisão, subentendendo que somente a ele cabe dizer se deseja ou não esse benefício, que sempre tem um custo social, muitas vezes fatal para sua cultura. Esses direitos, assim, dizem respeito à relação entre os povos indígenas e o Estado e interferem nas políticas públicas de educação, na biodiversidade e nos conhecimentos indígenas associados a ela e em seu patrimônio cultural e artístico.

Nesse contexto, a educação se torna um tema de alta importância. Embora a Constituição assegure a educação bilíngüe como direito dos povos indígenas, a aceitação do caráter bicultural tem sido entendida como obrigação. Na realidade, interpretar o texto pelo princípio da liberdade de os povos viverem como povos significa aceitar que cabe a eles dizer que educação querem ter, tendo o Estado brasileiro o dever de lhes oferecer ou ministrar o que pedem, e não o contrário, obrigando-os a um aprendizado das coisas e da língua portuguesa. 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” urbana⁷, 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 forma de imposição, talvez até mais eficiente que o colonialismo cultural.

Opondo-se à educação “universal”, estão os conhecimentos indígenas tradicionais sobre plantas e animais, que ganharam relevo na produção de fármacos e decantadas maravilhas tecnológicas e genéticas.

⁷ A Constituição Federal de 1988 garante a pluralidade cultural do país, mas deixa em aberto a questão da educação.

A proteção desse conhecimento, coletivo, deve evitar que pessoas ou instituições dele se apropriem e utilizem não apenas sem autorização, mas contra a vontade do grupo, muitas vezes impedindo seu uso. A proteção é ao conjunto, e portanto ao patrimônio, cultural de determinado povo. Assim, o direito sobre esse patrimônio é coletivo desse povo e de todos os outros de verem mantida sua integridade, inserindo-se, conseqüentemente, no direito à sociodiversidade.

Contido no patrimônio cultural está o patrimônio artístico, cuja proteção está garantida na Constituição. Contudo, embora para o Direito brasileiro a titularidade do patrimônio artístico seja coletiva, a garantia de autoria é individual, o que não pode ser aplicado em relação aos povos indígenas, cuja produção artística é sempre coletiva. Assim, é relativamente fácil tratar da preservação do patrimônio cultural, mas extremamente difícil fazê-lo em relação à autoria, porque os institutos de proteção reconhecem autores individuais ou, quando coletivos, individualmente nominados, o que não ocorre no caso indígena. Aos coletivos e individuais não nominados os institutos chamam anônimos, considerando-os de domínio público, o que significa propriedade intelectual não garantida. Por analogia, tendem a não proteger os direitos autorais dos índios, por serem criações coletivas e anônimas. Essa situação já deveria ter sido alterada, porque a Constituição garante proteção a esse direito coletivo indígena, e dela também se podem deduzir algumas tarefas fundamentais para a nova política indigenista:

- ♦ rediscutir a educação multicultural, fortalecendo as culturas locais e oferecendo aos indígenas escolhidos pelas comunidades acesso franqueado ao conhecimento “universal”;
- ♦ estabelecer formas de proteção aos conhecimentos tradicionais, impedindo que a sociedade de mercado e consumo os transforme em bens de valor de troca sem benefício das comunidades portadoras, garantindo o respeito aos valores culturais de cada povo;
- ♦ proteção ao patrimônio artístico de cada povo, reconhecendo a autoria coletiva não anônima e dando-lhe proteção. Essa tarefa pode ser cumprida criando-se um instituto próprio ou usando um já existente, como o Museu do Índio⁸, bastando dar-lhe competência para reconhecer a autoria.

⁸ Como presidente da FUNAI, estabeleci competência ao Museu do Índio para ser depositário dos bens artísticos e culturais indígenas. Contudo ainda é necessário seu reconhecimento por lei formal para dar garantia à autoria coletiva.

Do mesmo modo que as territoriais, essas tarefas só podem ser realizadas se definidas em políticas públicas regionais ou de forma individual para cada povo, uma vez que sua realidade e suas necessidades são sempre diferentes.

Direitos de organização social própria

A Constituição garante aos povos indígenas o direito à organização social, ou seja, direito à auto-organização, o que compreende não só as formas de poder interno, como também as de representação e direito, inclusive de solução de conflitos. Esse direito, portanto, diz respeito às questões internas do povo e varia não apenas de povo para povo, mas em função da forma e intensidade do contato com comunidades não indígenas e com o Estado nacional.

O reconhecimento do poder interno é um tema de difícil aceitação para o Estado, por um lado, pelo temor de que se transforme em autodeterminação e busca de construção de um novo Estado nacional, e por outro, pelo antigo costume das elites de influir nos poderes internos. Vê-se com muita frequência o Estado, as Igrejas, as ONGs e até mesmo as pessoas manipularem o poder interno, alterando o comando tradicional às vezes pela singela razão de o líder tradicional não falar português, e, de forma recorrente, para exercer domínio sobre o grupo. É claro que essa manipulação, que é histórica e continua existindo, viola o direito à auto-organização expresso na Constituição Federal, mas também é evidente que não é fácil coibi-la, uma vez que faz parte da cultura da elite brasileira e é utilizada por todos os setores, até mesmo em oposição a essa elite.

Para o Direito, a legitimidade do poder interno se dá segundo os usos, costumes e tradições, isto é, a lei indígena. Com o contato, porém, muitas vezes essa lei interna se esgarça, modificando-se a ponto de a estrutura social ser abalada. Quanto maior a interferência do Estado e de outras instituições, maior o abalo, daí ser regra de ouro o princípio da não-intervenção e da busca pelo não-contato onde ele ainda for possível, devendo o Estado garantir a integridade do território ocupado por esses povos.

Esse direito diz respeito à forma como o povo mantém viva sua cultura e preserva seu território, uma vez que é a garantia do estabelecimento de poderes internos de representação e definição de legitimidades. Do ponto de vista do Direito nacional, cada membro da coletividade pode reivindicar o direito todo, tendo em vista seu caráter coletivo e indivisível, mas nem sempre se dá assim dentro do

grupo, no qual podem se estabelecer hierarquias e critérios próprios de reivindicação pelos quais determinadas pessoas têm legitimidade para certos direitos e outras, não.

Parte fundamental do direito à auto-organização é o poder do povo de dar solução aos conflitos internos segundo seus usos, costumes e tradições, naquilo que se poderia chamar de “jurisdição indígena”, utilizada para resolver conflitos internos, nos quais são válidos os direitos dos povos indígenas, suas formas e seus princípios. Quando se trata de conflito entre os direitos coletivos dos povos indígenas e direitos individuais nacionais como a propriedade, não basta a jurisdição indígena, sendo necessária a presença do Estado para coibir o direito individual. O confronto entre os direitos coletivos e eventuais direitos individuais só pode ser solucionado com a presença do Estado nacional segundo suas leis, daí a importância da atualização da legislação indígena e da normatização dos direitos coletivos.

A aceitação da jurisdição indígena tem sido relativamente fácil. Por preconceito, os Estados nacionais muitas vezes recusam o nome, mas admitem o fato. As leis nacionais e internacionais têm aceitado que os povos indígenas resolvam seus problemas internamente, desde que não firam a legislação vigente. O que normalmente está em jogo nessas jurisdições alternativas são delitos de pequeno potencial ofensivo, mas ainda assim essa situação é preconceituosa, porque estabelece limites à lei nacional. É importante ressaltar, entretanto, que a jurisdição indígena tem sido feita pelo império dos fatos, e deve continuar pelo império da Constituição, uma vez que, ainda que não textualmente, há reconhecimento desse direito quando se garante a organização social diferenciada, já que não pode haver organização social sem regras obedecidas pela comunidade, ainda que sem caráter sancionatório.

A política indigenista pós-Constituição de 1988, portanto, tem a obrigação de ser traçada no sentido de proteger a organização social de cada povo indígena, e isso não pode ser mero discurso. É claro que, com a maior intensidade de contato, a organização social sofre abalos de toda ordem. Em muitas regiões há aldeias que, por terem se fixado por muito tempo e recebido serviços públicos, passaram a concentrar grande número de pessoas, alterando totalmente a forma tradicional de convivência. Existem hoje verdadeiras “cidades indígenas”, como Belém do Solimões, onde moram mais de quatro mil Ticuna. Para abrigar permanentemente uma população desse tamanho, são necessários muitos serviços urbanos, de arruamento a esgotos, e os órgãos indigenistas têm de traçar uma política que atenda a essa nova organização

social. Essa situação reforça o caráter regional ou local que deve ser assumido pela política pública indigenista, evitando que seja ditada desde Brasília.

A primeira tarefa de uma nova política indigenista no que diz respeito aos direitos de auto-organização dos povos indígenas é óbvia: cobrar do Estado a obrigação de não intervir e não permitir que o façam, punindo a violação da proibição, ou seja, garantindo a incolumidade do povo que vive segundo seus usos, seus costumes e suas tradições. As dificuldades não estão relacionadas aos índios chamados isolados, mas justamente àqueles cuja relação com a sociedade envolvente já causou alterações na vida social tradicional. A segunda é reconhecer os diversos níveis de representação e entender claramente as legitimidades internas e externas, respondendo de acordo com elas. Novamente, as políticas públicas fundadas nessas tarefas somente adquirem sentido se elaboradas para cada povo, região ou local, sob pena de aumentar a indesejada interferência do Estado nos assuntos indígenas.

Os princípios da política indigenista

Uma nova política indigenista deve ser estruturada sobre as tarefas apresentadas e ainda outras três: uma nova posição do Brasil em relação aos índios no cenário internacional, a defesa eficiente dos direitos dos povos indígenas nos tribunais brasileiros e internacionais e uma política especial para os povos de fronteira.

É conhecida a posição anti-indígena que o Brasil sempre assumiu nas instâncias internacionais, inclusive com a demora em aceitar princípios e normas de proteção, como a Convenção 169 da OIT. O Brasil evitou ser representado por indígenas tanto no Fundo Indígena quanto na Convenção da Biodiversidade⁹. É urgente mudar a política externa e aceitar as representações indígenas nos diversos órgãos e instâncias internacionais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os índios, as comunidades e as organizações indígenas são partes legítimas para postular em juízo a defesa dos direitos coletivos dos povos, dando a mesma competência ao Ministério Público Federal e à FUNAI. É necessário

⁹ Na reunião da Convenção da Biodiversidade, ocorrida em Sevilha em março de 2000, na qual se discutiu a proteção dos conhecimentos tradicionais, exigiu que a delegação brasileira credenciasse formalmente um representante indígena, o que foi aceito e efetivado, talvez como fruto do momento histórico que então se vivia, mas que pode servir como exemplo para o futuro.

que se organize essa defesa do ponto de vista do Estado. Os índios e suas organizações próprias e de apoio podem e devem se organizar sem maiores detalhamentos legais, mas o Estado, não. É necessário estabelecer não só o direito, a competência e a legitimidade, mas também a obrigação do Ministério Público de postular em defesa dos direitos indígenas onde e quando forem violados, inclusive e especialmente quando o violador for o próprio Estado. Nesse sentido, faz-se urgente ampliar essa competência para a jurisdição internacional, em organizações como a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Por fim, um dos mais delicados temas ligados à questão indígena é o que trata dos povos de fronteira. A sensibilidade a ele se dá por razões distintas, desde a soberania nacional e a ameaça de conflitos internacionais até pequenas questões, como a aposentadoria rural concedida para “estrangeiros”, isto é, índios do “lado de lá” da fronteira que reivindicam aposentadoria como se vivessem aqui. É necessário traçar políticas que resolvam desde a minguada aposentadoria até a relevante questão da soberania, e, mais uma vez, as políticas públicas devem ser locais, devendo a situação de cada região, povo e país fronteiro ser tratada de forma específica. Entretanto é imperioso que se diga que a Constituição de 1988 garante a incolumidade do povo indígena: mesmo que parte dele viva fora das fronteiras brasileiras, ainda assim não se podem sonegar seus direitos mínimos, sob pena de gerar problemas na organização que se pretende proteger.

Pode-se ver claramente que esses pontos dependem não de uma política geral e abstrata, mas de uma concretização local, e a ênfase de cada ponto também deve ser estabelecida regionalmente, sempre em discussão com os povos envolvidos. O elo entre essas políticas é o desenvolvimento social e econômico do povo indígena, e o princípio a ser observado é o de que o desenvolvimento é um direito assegurado, mas seu conceito só pode ser definido pelo próprio grupo, a partir do consentimento informado. Isso significa que a política indigenista tem de obedecer à não-integração, ao consentimento informado e ao respeito à decisão indígena, garantindo que cada povo possa viver segundo sua vontade na construção de seus sonhos coletivos.

Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição

Aurelio Veiga Rios

A proteção legal das terras ocupadas pelos índios: origem e evolução legislativa

Os direitos dos índios brasileiros e latino-americanos não foram firmados por eles mesmos ou por uma arbitragem internacional que permitisse fixar o alcance e a extensão desses direitos, mas pelos colonizadores portugueses e espanhóis, que naturalmente visavam aos interesses dos reinos de Portugal e Espanha.

Desse modo, não é de estranhar que a primeira remissão oficial aos direitos dos indígenas no Brasil tenha sido feita pela Carta Régia de 10 de setembro de 1611, que declarava que “os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra as suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer” (*apud* Cunha 1987: 57).

O Alvará Régio da Coroa portuguesa de 1º de abril de 1680 reconhecia expressamente os índios como “os primeiros ocupantes e donos naturais” das terras do Brasil; reconhecimento ratificado por uma lei de 6 de julho de 1775, editada no mesmo espírito da Bula do Papa Benedito XIV de 20 de dezembro de 1741, que garantia que, nas “terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas” (*apud* Tourinho Neto 1993: 9-10). Entretanto as leis e ordens emanadas da Coroa Portuguesa nunca foram suficientes para conter nos colonizadores o ímpeto de se apossar de todos os domínios da então colônia. Para eles, os territórios indígenas eram terras de ninguém, passando a pertencer automaticamente a quem investisse dinheiro e esforço para explorá-las. De fato, a invasão e ocupação dos territórios indígenas nunca constituiu um problema moral para os colonizadores espanhóis e portugueses, ainda que significasse

o não-cumprimento de ordens expressas. Na mentalidade colonial, o nativo era apenas um obstáculo incômodo a ser vencido ou eliminado, a menos que pudesse ser utilizado como artigo comercial (escravo) ou mão-de-obra (Farage 1991: 26-7).

Foi somente em 1850, com o Brasil já independente do reino de Portugal, que a promulgação da Lei 601, chamada de “Lei das Terras do Império”, fez surgir a primeira legislação específica sobre a distinção entre terras públicas e privadas, reservando para os índios uma parcela de terras ocupadas sem contestação e tidas como devolutas, ou seja, sem utilização ou destinação econômica. Mesmo legalmente consideradas públicas, no entanto, essas terras necessitavam de registro para que pudessem ser destacadas do domínio particular ou das províncias. A Lei das Terras legitimou a posse dos primeiros ocupantes, mas lesou os indígenas em seus direitos primários e originários sobre as terras que tradicionalmente ocupavam, uma vez que, ao considerar devolutas as terras de antigas aldeias despovoadas por índios, permitiu que muitos presidentes de província (governadores) informassem à Repartição Geral de Terras do Império do Brasil que “não existiam mais índios em suas províncias, ou que certos aldeamentos eram ocupados por índios fictícios e mestiços civilizados” (Ribeiro 1970: 137), com o objetivo de garantir o pleno domínio dessas áreas e posteriormente revendê-las a particulares.

Desde a Constituição de 1891, no entanto, tornou-se claramente impossível considerar devolutas as terras ocupadas pelos índios. A melhor compreensão jurídica desse fato foi a de João Mendes Júnior, ainda no início do século XX:

as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius* nem como *res derelictæ*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido por simples ocupação aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado (Mendes Júnior 1912: 58-60).

Ainda que, durante a vigência da omissa Constituição de 1891, houvesse dúvidas sobre a situação jurídica das terras ocupadas pelos silvícolas, a Constituição Federal de 1934 e as que lhe sucederam acabaram por afastá-las definitivamente, ao consagrarem o pleno domínio da União sobre as terras ocupadas pelos índios, declarando nulos os títulos de propriedade incidentes sobre as áreas indígenas concedidos pelos estados

a terceiros, uma vez que as terras indígenas, consideradas devolutas ou “de ninguém”, não poderiam estar sob o domínio das províncias (Mendes 1988). Assim, não pode haver invocação, por particulares ou pelos governos locais, do princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, do direito de propriedade ou de qualquer outro princípio consagrado no Direito civil para a desconstituição dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas, nos termos da ordem constitucional vigente desde 1934.

Direitos assegurados aos índios pela nova Constituição

Ao quebrar a linha integracionista das constituições anteriores e estabelecer princípios claros a serem observados por todos, a atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, transformou o panorama dos direitos indígenas no plano jurídico.

Em primeiro lugar, a nova Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são “bens da União” (art. 20, inciso XI), destinados à sua “posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (art. 231, §1º), ou seja, criando uma *propriedade vinculada ou reservada*, com o objetivo de garantir aos índios os direitos sobre elas. Assim, são terras *inalienáveis e indisponíveis*, sendo *imprescritíveis* os direitos sobre elas (Silva 1993: 46).

Até a promulgação da Constituição de 1988, a questão que gerava controvérsias era o significado da expressão “terras tradicionalmente ocupadas” pelos índios. Atualmente, o conceito de “território indígena” se encontra definido no art. 231, §1º da Constituição Federal, apoiado em quatro fundamentos, todos igualmente necessários à caracterização de terras indígenas: a) serem “habitadas por índios em caráter permanente”; b) serem por eles “utilizadas para suas atividades produtivas”; c) “serem imprescindíveis à preservação dos recursos necessários a seu bem-estar”; e d) “serem necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Um aspecto de fundamental importância para entender o alcance da proteção constitucional às populações indígenas se refere ao tempo. Assim, se é claro que as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* se destinam à sua ocupação permanente, isso não significa apenas um pressuposto do passado para caracterizar a posse efetiva no presente. Trata-se, na verdade, de uma herança do passado, fruto de um direito originário e preexistente à ocupação ocidental, para a proteção efetiva do presente, mas que tem por principal objetivo *a garantia do futuro*,

no sentido de que essas terras estão *para sempre* destinadas a ser *hábitat permanente* das populações indígenas. Nas palavras de José Afonso da Silva, a expressão *tradicionalmente* se refere “não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao seu modo tradicional de produção”, que, evidentemente, é diferente do modo de produção capitalista (ibid.: 47).

O conceito remete “ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis”, e aquelas que possuem espaços mais amplos para as constantes perambulações e deslocamentos dos índios. Daí a importância de o constituinte ter determinado à União o dever de respeitar, proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, *caput*). Não é outro o entendimento da jurisprudência sobre a extensão do conceito de terras indígenas, conforme decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em relação à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Cinta Larga:

O território indígena é constituído não só pela área efetivamente ocupada pelo grupo tribal, isto é, a que circunda a aldeia e as roças, mas também as imprescindíveis à conservação de sua identidade étnico-cultural. A área de residência dos Cinta Larga “muda periodicamente, com intervalo aproximado de cinco anos, em atendimento a fatores ecológicos e religiosos, sem, entretanto, sair dos limites da terra definida como pertencente à patrilinearidade. Por serem caçadores e coletores, os Cinta Larga têm grande mobilidade, mas em nenhuma hipótese o território por onde se deslocam pode ser classificado ‘área de perambulação’. Trata-se de ocupação efetiva” (Carmem Junqueira, Antropóloga). Tendo a FUNAI, conforme a prova produzida nos autos, delimitado a área indígena sobre uma parte maior do *hábitat* imemorial e permanente dos índios, não é devida a indenização.¹

Em 1968 – vinte anos antes, portanto, de a Constituição de 1988 definir o conceito de posse indígena –, o eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal já havia estendido o alcance da proteção constitucional aos direitos indígenas para além da área utilizada pelos índios para seu sustento. *In verbis*:

¹ Decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 90.01.14365-2 – MT, 4ª Turma. Relator: juiz Mário César Ribeiro. DJU de 17 de agosto de 1998, p. 116.

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 nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outras dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.²

Outro ponto positivo da Constituição Federal de 1988 foi a correção de uma das mais graves deformações da política indigenista oficial, ou seja, a remoção indiscriminada, arbitrária e violenta de grupos indígenas de uma região a outra do país, como a ocorrida com os índios Panará³. A atual Constituição “veda, proíbe e impede a remoção de grupos e comunidades indígenas de suas terras” (aquelas que tradicionalmente ocupam), salvo em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, “garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco” (art. 231, §5º). Assim, só se admite a remoção de grupos indígenas em favor da segurança e da integridade física de seus membros e, mesmo no caso de defesa do território nacional, os índios não podem ser *definitivamente* removidos de suas terras, uma vez que o texto é claro em estabelecer o caráter *provisório* da remoção.

² RE n. 44.585. Relator: ministro Victor Nunes Leal. Referências da Súmula do STF de 1970, vol. 25, p. 360-1.

³ Em uma ação ordinária proposta perante a Seção Judiciária de Brasília, a Comunidade Indígena Panará pede indenização pelos danos morais, culturais e materiais sofridos pela falta de cuidado por ocasião do contato com os Panará, até então isolados da sociedade nacional, durante a construção da estrada Cuiabá-Santarém, que corta a área indígena na região do rio Peixoto de Azevedo. Durante a fase de contato (1973-75), segundo dados da própria FUNAI, 186 índios morreram em virtude de doenças como gripe e diarreia. Em 1975, a FUNAI procedeu à remoção forçada dos índios, transportando os sobreviventes de seu território tradicional para o Parque Indígena do Xingu, com o intuito de preservar a integridade física do grupo, ameaçada pela *des-territorialização* e pelas doenças endêmicas contraídas após o contato.

Do direito dos índios ao *usufruto exclusivo de suas terras* derivam as limitações e os impedimentos às atividades econômicas exercidas por terceiros em áreas indígenas, à exceção da mineração e do aproveitamento energético dos recursos hídricos. Mesmo nesses casos, no entanto, a Constituição condiciona a efetivação à prévia autorização do Congresso Nacional, desde que ouvidas as comunidades afetadas e assegurada sua participação no resultado da lavra, na forma que será disposta em lei (art. 231, §3º). O projeto do “Novo estatuto das sociedades indígenas” (Projeto de Lei n. 2.057) estabelece a possibilidade de exploração mineral e aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia, permitindo inclusive a exploração florestal sustentável, desde que haja o consentimento prévio *informado* por parte das comunidades indígenas envolvidas, ou seja, as comunidades deverão estar em condições de entender os termos do contrato de utilização dos recursos de seu território e suas conseqüências antes de manifestar sua concordância ou não, devendo ser garantida a justa indenização pela exploração mineral da área, além de participação nos lucros e no resultado da lavra.

Esse projeto tenta flexibilizar o entendimento do usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais existentes nas terras que tradicionalmente ocupam. Parte das comunidades indígenas se insurge contra os impedimentos formais ao seu desenvolvimento econômico, invocando, entre outros argumentos, seu direito à autodeterminação, que incluiria o direito de escolha dos meios necessários ao desenvolvimento do grupo. Contudo há grupos indígenas e organizações não-governamentais que discordam da chamada “flexibilização do usufruto exclusivo”, por verem nesse processo uma porta aberta para práticas ambientais insustentáveis, que levariam à destruição dos recursos naturais e culturais dos povos indígenas.⁴

Assim, se nos últimos anos o problema da definição das terras indígenas, seu reconhecimento oficial e sua posterior demarcação física foram a pedra de toque do indigenismo, o debate sobre a auto-sustentação dos povos indígenas parece ser a principal e mais controvertida questão indigenista para o século XXI.

⁴ Sobre a controvérsia envolvendo os projetos auto-sustentáveis, ver o “Plano de manejo de exploração florestal”, desenvolvido na área indígena Xicrin do Catité e disponível em <http://www.socioambiental.org>.

Reconhecimento pelo Estado das terras ocupadas pelos índios: identificação e demarcação das áreas indígenas

A partir de 1988, com o advento da nova Constituição, verificou-se uma aceleração no processo de demarcação de terras indígenas, não só pela determinação constitucional de que ela fosse concluída pela União Federal em cinco anos (art. 67 do ADCT), mas também pela ação do Estado em promover o resgate histórico do direito dos índios às terras que lhes resta ocupar, sem esquecer a relevante atuação das organizações e comunidades indígenas, que passaram a contar com o apoio sistemático do Ministério Público Federal, a quem a Constituição destinou a atribuição de “defender judicialmente direitos e interesses das populações indígenas” (cf. art. 129, inciso V).

O processo administrativo de demarcação de terras indígenas apresenta resultados incontestáveis, estando regularizadas ou em processo de regularização a maioria das áreas identificadas como de imemorial posse dos índios. O quadro produzido pelo Instituto Socioambiental (ISA) traz alguns números relevantes.

Tabela 1 – Cômputo da situação das terras indígenas no Brasil

Situação jurídica	Quantidade	Extensão	%
A identificar (02 interditas)	60	2.697.000	
Em identificação (02 interditas)	57	41.100	
Em identificação/revisão	24	1.483.183	
Com restrição de uso a não índios	9	703.470	
Total	150	4.924.753	26,139%
Identificadas e encaminhadas ao Ministro da Justiça	1	4.900	
Identificadas e aprovadas pela FUNAI, mas sujeitas à contestação	31	3.987.917	
Total	32	3.992.817	5,579%
Delimitadas (16 em demarcação)	54	19.060.265	9,41%
Reservadas	15	74.966	
Homologadas	63	17.188.460	
Registradas no CRI e/ou SPU	260	58.369.952	
Total	338	75.633.378	58,899%
Total de áreas indígenas no Brasil	573	103.611.213	100,009%

Tabela 2 – Terras e povos indígenas
(dados atualizados até 17 de fevereiro de 2000)

Número de terras indígenas	Extensão	População aproximada	Línguas faladas
574	103.611.213 hectares ou 1.000.036 km ² ou 12,30% da extensão total do Brasil	300.000 habitantes* ou 0,2% da população total do Brasil	Cerca de 170

* Não incluídos os índios que vivem fora das terras indígenas.

Para chegar a esse número, foi preciso que o poder público identificasse, delimitasse, declarasse e demarcasse as terras indígenas. Cumpridas essas etapas, que podem durar meses ou anos, o processo administrativo de reconhecimento da terra indígena se encerra com o registro das terras indígenas em nome da União Federal nos cartórios imobiliários.

É importante salientar que esse procedimento de demarcação de terras indígenas, previsto no Decreto n. 1.775 de 1996, bem como os que o antecederam ou substituirão, não cria, inventa ou constitui nenhum direito. A jurisprudência e a doutrina há muito consagraram a natureza declaratória do ato de demarcação de terras indígenas, afastando a importância do reconhecimento oficial por parte do Estado para a validade plena dos direitos originários dos índios ou de prévia ação discriminatória com o intuito de separar as terras reservadas aos índios daquelas de domínio dos estados. José Afonso da Silva definiu com maestria o conceito de posse indígena:

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 essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas para sempre ao seu hábitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente, é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado. [...] 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* (Silva 1993: 50, grifo meu).

Ao discorrer sobre a natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terras indígenas, Raimundo Sérgio Barros Leitão afirma que

o reconhecimento feito pela Constituição de 1988 é no sentido de afirmar que, presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena, o direito a ela por parte da sociedade indígena que a ocupa existe e se legitima *independentemente de qualquer ato constitutivo* [...]. A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, *é ato meramente declaratório, cujo objetivo é meramente precisar a real extensão da posse* para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la (Leitão 1993: 67, grifo meu).

O eminente Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Fernando da Costa Tourinho Neto demonstra partilhar da mesma opinião ao concluir, em seu ensaio sobre os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas, que

as terras indígenas, como magistralmente explicou Vitor Nunes Leal, *são o hábitat dos remanescentes das populações indígenas do país* (voto proferido no MS 16443-DF – RTJ 49/295). Logo, não é o processo de demarcação que vai criar uma posse imemorial, um hábitat remanescente. Não. O processo demarcatório vai tão-somente delimitar essa área, dar os seus limites. [...] a demarcação não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites das terras indígenas. [...] Na verdade, o tal registro em cartório é a última e a menos importante etapa do procedimento de demarcação de terras indígenas. Ele serve tão-somente aos interesses da Administração Federal, pois, através dele, a União Federal leva ao conhecimento de todos os possíveis interessados que detem a nu-propriedade ou o pleno domínio daquelas terras discriminadas no registro. Apesar da reiteração do óbvio, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União Federal, *ex vi* do art. 20, inciso XI, da Constituição, o registro em cartório pouco aproveita aos índios ou suas comunidades, porquanto não são eles os beneficiários do registro e sim, repita-se, a União Federal, dona e proprietária exclusiva dessas terras (Tourinho Neto 1993: 39; 41).

Embora não constitua direito em favor dos índios, contudo, o processo de identificação e delimitação de terras indígenas não pode ter sua im-

portância diminuída, como reconhece o Supremo Tribunal Federal, que assim deliberou:

A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República – ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade – reside na 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, com a outorga dominial atribuída à União, criou para esta uma propriedade vinculada ou reservada que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.⁵

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da relevância da demarcação de terras indígenas vêm sendo acompanhado de decisões judiciais favoráveis em todas as instâncias, firmando-se um posicionamento seguro, embora não unânime, sobre a extensão dos direitos indígenas e, em consequência, sobre a nulidade dos atos de domínio incidentes sobre terras indígenas. Duas decisões merecem menção.

A primeira é a proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em relação aos índios Pataxó do sul da Bahia.⁶ Em 8 de abril de 1988, esse tribunal anulou todos os títulos de propriedade apresentados pelos fazendeiros localizados em áreas de ocupação tradicional Pataxó no sul da Bahia, ordenando que os índios retomassem a área Caramuru-Paraguaçu, de onde haviam sido expulsos pelos fazendeiros. Embora tivessem consolidado a posse sobre a área em litígio mediante o uso de violência, os fazendeiros alegavam em defesa de seus pretensos direitos de propriedade a garantia constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Em que pese a decisão ainda depender do julgamento do recurso extraordinário interposto pelos réus ao Supremo

⁵ STF – RE 183.188. MS – Primeira Turma. Relator: ministro Celso de Mello. DJU de 14 de fevereiro de 1997.

⁶ Apelação civil n. 89.0101353-3/BA. Relator: juiz Fernando Tourinho

Tribunal Federal, viu-se mais uma vez a justiça brasileira não aceitar que a violência física e a fraude gerem qualquer direito em favor dos criminosos, não só ao declarar a nulidade dos títulos apresentados, mas, sobretudo, ao determinar o regresso dos índios às terras que tradicionalmente ocupavam e das quais foram retirados à força.

A segunda é uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal, declarando a nulidade dos títulos de domínio sobre terras indígenas ocupadas por índios Krenak concedidos a particulares pelo estado de Minas Gerais no início do século XX, fruto de acordos espúrios firmados entre esse estado e os representantes oficiais do órgão tutor dos direitos indígenas. A FUNAI e a União Federal ajuizaram uma ação civil originária (323-7-MG) contra o estado de Minas Gerais e os fazendeiros locais, visando à declaração de nulidade dos títulos de propriedade de imóveis rurais, da qual se destaca a conclusão do relator Francisco Rezek, com a unanimidade dos demais ministros do pleno:

Não podia o estado [de Minas Gerais], assim, dar as terras a terceiros e promover o registro disso já na segunda metade do século [XX]. Em 1958, com o alegado abandono da colônia, o poder público estadual já não tinha base jurídica para invocar condição resolutiva – em gesto unilateral – e disseminar títulos de propriedade a partir de então, porque desde 1934 as constituições vinham dizendo do domínio da União sobre as terras em que se verifica – como aqui atesta o acervo pericial – a posse indígena. Não vejo como, diante de quadro tão transparente, fazer abstração do que dizem os fatos e o direito constitucional de mais de meio século para tão-só manter o estado atual das coisas.

Novas formas de aquisição de terras indígenas

Por imperativo lógico e jurídico, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas obedece aos critérios estabelecidos na Constituição Federal em seu artigo 231, *caput* e §1º, que diz respeito à definição e amplitude do conceito de terras indígenas. Contudo uma das questões que preocupam os especialistas é o possível esgotamento desse procedimento. Como foi dito, o Estado reconheceu, declarou e demarcou parte significativa das terras indígenas do Brasil (cf. Tabela 1), e outras áreas ainda precisam ser reconhecidas, demarcadas e registradas em nome da União antes de poderem ser definitivamente regularizadas. Findo esse processo, contudo, o que virá depois?

A exemplo da Lei n. 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio), a Constituição Federal de 1988 estipulou o prazo de cinco anos para a con-

clusão da demarcação das terras indígenas, contado a partir de sua promulgação⁷, o que permite concluir que os constituintes desejavam que o processo de demarcação fosse razoavelmente breve. Sem entrar no mérito de suas motivações ou da viabilidade de fixar prazos para um procedimento como esse, ao estabelecer um término, a Constituição tinha por objetivo diminuir ou mesmo eliminar as situações de conflito entre o Poder Executivo e os estados e municípios e entre os índios e a sociedade envolvente. Assim, a existência de um termo para o processo *oficial* de demarcação das terras indígenas não pode ser considerada heresia jurídica ou fruto aleatório da adivinhação. A Constituição determinou que todas as áreas indígenas do país fossem delimitadas e registradas até outubro de 1993, e o atraso implica mora da União e descumprimento de um dever constitucional por parte do poder público⁸.

Evidentemente, o fim anunciado do procedimento de demarcação pela União Federal não significa que está esgotado o processo de reivindicação, por parte dos índios, de terras além daquelas já incorporadas ao patrimônio indígena. As pressões econômicas, políticas ou sociais das comunidades indígenas certamente demandarão a ampliação dos espaços territoriais existentes para além das fronteiras e divisas das áreas oficialmente demarcadas pelo poder público. Além disso, o modelo oficial de identificação das terras indígenas tem utilizado critérios diferenciados para a delimitação das áreas. Na Amazônia legal, onde estão mais de 80% das terras indígenas reconhecidas no Brasil, a inexistência de ocupação efetiva por não-índios e de modelos econômicos altamente predatórios ao meio ambiente, como agricultura intensiva de grãos ou parques industriais consolidados, permitiu a demarcação

⁷ Artigo 67 do “Ato das disposições constitucionais transitórias”.

⁸ Sobre a mora da União Federal no cumprimento do dever de finalizar o processo de demarcação de terras indígenas, ver a manifestação do então Procurador Federal de Defesa do Cidadão, Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, ao analisar minuciosamente a representação que lhe foi dirigida pelo Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (CAPOIB), na qual se pleiteava a análise do Decreto n. 1.775 de 1996 “para a adoção das providências cabíveis no sentido de viabilizar a arguição de inconstitucionalidade do §8º do art. 2º e de seu art. 9º”, bem como o exame da conduta do Sr. Nelson Jobim, então Ministro da Justiça, “por atos favorecedores de interesses contrários aos índios e à União Federal” (Proc. PGR/MPF n. 08100.003580 de 1993. Portaria PGR n. 334, de 6 de outubro de 1998).

de grandes extensões de terra, de acordo com os preceitos previstos no §1º do art. 231 da Constituição Federal. Ao contrário de outras regiões, notadamente Sul, Sudeste e Nordeste, nas quais a falta de áreas disponíveis ou ambientalmente propícias ao reconhecimento de áreas indígenas permitiu que grupos indígenas inteiros fossem confinados em glebas mínimas⁹, acima e a oeste do “Quadrilátero Crulls” as condições possibilitaram a demarcação de grandes extensões de terra a grupos como os Yanomami e os Tikuna.

Em geral, o chamado processo civilizatório e a expansão das frentes econômicas, especialmente no centro e no sul do país, têm conspirado contra os índios e as demais populações tradicionais do Brasil, que vêm sistematicamente perdendo o território e o ambiente de que necessitam para manter vivos seus costumes e tradições. Em um caso raro em nossa história, os fatos e o tempo se tornaram aliados dos índios Waimiri-Atroari e os auxiliaram a recuperar grande parte de seu território. Em parecer apresentado à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal¹⁰, sustentei que,

apesar das diversas agressões sofridas por ocasião do contato dos Waimiri-Atroari com a sociedade envolvente e dos prejuízos causados pela instalação da Usina Hidrelétrica de Balbina e Pitinga e da exploração mineral de parte de seu território tradicional, eles conseguiram reaver parte de seu território, ampliaram a área de ocupação para o norte, na região do rio Alalaú, e coabitam a Reserva Biológica do Uatumã, conforme informação do Coordenador do Programa Waimiri-Atroari. [...] Não há por que fazer nova perícia antropológica se a área em questão já se encontra identificada, declarada, demarcada e devidamente registrada

⁹ Ver, no Mapa Etnográfico do Brasil, as áreas indígenas destinadas aos índios Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul.

¹⁰ Parecer n. 577 de 1999 – GAB/AR/PR/DF, referente à ação popular n. 253 de 1986, em que são partes Antônio Jacó Brandt e a União Federal, no qual se pediu a declaração de nulidade dos decretos n. 86.630 de 1981 e 92.426 de 1986, o primeiro por extinguir a Reserva Waimiri-Atroari e desmembrar a parte oeste da referida área indígena, e o segundo por autorizar o aproveitamento hidráulico na área indígena Waimiri, por meio de alvarás de pesquisa e lavra que permitiram à empresa Timbó Indústria e Mineração Ltda. explorar atividade mineral no interior da área indígena. Os autores populares também pleiteavam a reconstituição dos limites da área indígena Waimiri-Atroari nos termos dos decretos 68.907 de 1971, 74.463 de 1974 e 75.310 de 1975 e a suspensão das atividades mineradoras na área indígena.

como terra indígena Waimiri e não é possível aos índios ou a ninguém voltar a ampulheta do tempo e desfazer a hidrelétrica do Rio Pitinga, que se encontra em pleno funcionamento há mais de dez anos. Os índios, é verdade, perderam parte significativa do território sul, área que foi interditada originariamente pelo Decreto n. 68.907 de 13 de julho de 1971. Entretanto ganharam idêntica ou maior porção ao norte, que não constava de tal decreto. Além disso, a demarcação física acrescentou alguns milhares de hectares à área indígena Waimiri-Atroari, que foram ratificados no decreto de sua homologação. [...] Atualmente, não tem mais sentido pleitear-se a reconstituição da área Waimiri. Primeiro, em razão do fato consumado caracterizado pelas áreas inundadas pelas usinas hidrelétricas que estão há anos em funcionamento nas áreas limítrofes à reserva indígena. Depois, é duvidoso que tal medida fosse proveitosa aos interesses indígenas, já que eles obtiveram uma compensação territorial nada desprezível, por meio de terras que se incorporaram à área indígena posteriormente ao ajuizamento da ação, mas que não constavam do Decreto original de interdição que se pretende restaurar na ação popular.

Contudo a situação inusitada dos índios Waimiri-Atroari e Panará e a possibilidade que tiveram de reconstruir seu território por meio da compensação e transferência de terras não pode servir de paradigma para outros povos ou outras regiões do país, pela simples razão de serem exceção à regra de desapossamento contínuo e sistemático dos territórios indígenas por velhas e novas formas de expansão econômica e demográfica. Para grande parte das populações indígenas que tiveram reconhecido seu direito a terras já identificadas, delimitadas ou mesmo demarcadas e registradas pela União, surge um novo problema, causado pelas novas demandas econômicas ou pela escassez de solo e território diante de um crescimento demográfico não previsto por ocasião da identificação.

As reminiscências históricas de uma ocupação pretérita não parecem convencer, de *per si*, nem mesmo os antropólogos chamados a identificar novas áreas indígenas ou redefinir os limites de glebas já demarcadas, especialmente quando a área em questão está cercada de fazendas consideradas produtivas ou áreas de adensamento urbano, nas quais o reconhecimento tardio do esbulho ou da ocupação pacífica por não-índios poderia provocar disputas sobre a posse da terra, deixando a

comunidade indígena em situação desconfortável e criando conflitos que não interessam a ninguém, muito menos ao poder público.¹¹

A possibilidade de compensação de área por meio do reconhecimento oficial de terras indígenas contíguas às áreas já demarcadas, como ocorreu no caso dos Waimiri-Atroari, torna-se cada vez mais remota, sendo importante que outras formas de aquisição de terras possam surgir, permitindo que as comunidades indígenas cresçam e busquem seu sustento com tranquilidade, evitando ao máximo as situações de conflito com a sociedade envolvente. O meio mais comum posto à disposição de qualquer um para a aquisição de propriedade rural é a compra e venda de terras, e a Constituição Federal assegura a todos o direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII). Assim, parece razoável que as comunidades indígenas passem a adquirir terras não *propriamente indígenas*, comprando-as de particulares como qualquer cidadão. Em meu entender, terras não propriamente indígenas são aquelas nas quais não se verifica uma marcante ocupação ou reivindicação dos índios, ainda que em algum momento do passado a presença indígena na área fosse evidente.

O objetivo essencial da compra particular de terras *não propriamente indígenas* pelas comunidades ou organizações indígenas é garantir que as novas demandas ou pressões econômicas ou sociais possam ser resolvidas de forma pacífica, sem a intervenção direta do Estado, diminuindo o custo político e financeiro do procedimento de demarcação. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), rela-

¹¹ Ao se referir ao Processo FUNAI/BSB 0465/9 (Informação n. 001/GT – 1115/DAF de 1 de dezembro de 2000), que trata da identificação e delimitação das terras indígenas Buriti e Taunay-Ipegue, o antropólogo Gilberto Azanha afirmou que “uma nova área por identificar implicaria, de imediato, levantar evidências da ocupação indígena naquelas áreas – o que, como já indiquei, é extremamente difícil, já que os índios deixaram de ocupá-la há mais de setenta anos. Essa perda de continuidade temporal na ocupação Terena nas áreas pretendidas pode trazer dúvidas técnicas quanto à *propriedade* da aplicação do conceito de ‘terra tradicionalmente ocupada’, tal como definido no art. 231 da CF. Penso – como, aliás, boa parte dos técnicos do DEID – que seria preciso realizar um *tour de force* para definir tais áreas como ‘tradicionalmente ocupadas’, dado que os índios Terena de Buriti e Taunay-Ipegue, ao se verem obrigados a sobreviver nos limites atuais consagrados pelo SPI e estado do Mato Grosso em 1931 (e 1908, para Ipegue), acabaram por alterar o padrão étnico de habitação e seu modo tradicional de produção – além da descaracterização física e ambiental do território *original*”.

tiva aos povos indígenas e tribais em países independentes, reconhece “aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência”, devendo ser dada “especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes”.¹²

Assim, o direito de propriedade sobre as terras que os índios ocupam ou venham a ocupar está disseminado e internacionalmente garantido pela Convenção 169 da OIT. Um bom exemplo são os Estados Unidos da América, onde a propriedade sobre as terras indígenas pode ser obtida por dois meios (Kickinbird & Duchenaux 1973).

No primeiro deles, as comunidades indígenas detêm o domínio ou a propriedade do imóvel que lhes fora reservado por força de tratados firmados com a União ou com os estados federados ou diretamente adquiridos de particulares, embora medidas restritivas contra a alienação a terceiros possam ser determinadas pelo Congresso. Nesse caso, o título de domínio pertence a cada comunidade, que se torna a verdadeira proprietária do imóvel e de todos os recursos naturais existentes na área, inclusive os minerais.

No segundo, mais parecido com o existente no Brasil, a propriedade da terra adquirida ou incorporada pelo governo federal passa a ser destinada às respectivas tribos, porém a titularidade e o domínio da área pertencem à União, dona e senhora das terras. Às comunidades e aos seus membros, resta o direito de utilizá-las livremente e de beneficiar-se economicamente das atividades produtivas lá desenvolvidas.

Admitida a compra direta de imóveis rurais pelos índios e suas comunidades, resta saber quem poderia efetuar a compra e em nome de quem ela seria efetuada, já que as terras estariam destinadas *exclusivamente* às comunidades indígenas que ocupam as áreas lindeiras. Contudo essa não é uma questão difícil de ser resolvida: não importa quem comprará ou disporá os recursos financeiros para a compra e não faz diferença se o dinheiro vem da própria comunidade, por meio de atividades lícitas e sustentáveis, da doação de pessoas físicas ou jurídicas ou da cooperação internacional. O fundamental é garantir a destinação do imóvel à posse permanente da comunidade indígena, beneficiando-a por meio da doação ou qualquer outra forma de transferência de domínio.

¹² Artigo 14 da Convenção 169, de 7 de junho de 1989.

Uma analogia com o procedimento utilizado para a preservação do patrimônio histórico e cultural pode ajudar a entender essa situação. Não importa quem adquire um bem imóvel cujo frontispício foi tombado pelo poder público, seja ele municipal, estadual ou federal. Para o órgão encarregado de zelar pela conservação do patrimônio histórico, o essencial não é saber se o dono do imóvel é João ou José, mas sim garantir que o novo proprietário do bem tombado saiba das restrições administrativas para a utilização e reforma do imóvel e de sua obrigação de preservá-lo para as gerações presentes e futuras.

Assim, a operação de compra e venda de terras particulares contíguas a terras indígenas envolve duas fases. A primeira se refere à aquisição direta de terras consideradas necessárias e importantes para a manutenção dos usos e costumes do grupo ou mesmo para a ampliação de suas atividades produtivas. Para esse efeito, pouco importa quem efetua a compra. Na segunda, a entidade ou pessoa que adquiriu a gleba deve transferir o domínio sobre ela para a comunidade indígena beneficiada ou para a União Federal, na forma de propriedade reservada, assegurando com isso a posse permanente dos índios e o usufruto exclusivo pela comunidade indígena beneficiada.

Aqui, cabe uma ressalva: o reconhecimento da possibilidade legal de compra direta de terras particulares para posterior destinação às comunidades indígenas não significa que o poder público esteja impedido de reconhecer, identificar e demarcar áreas indígenas nos termos do art. 231 da Constituição Federal, nem que qualquer título de propriedade ou forma de ocupação não indígena em território tradicional ou em suas cercanias esteja legitimado. As áreas tradicionalmente ocupadas por índios e ainda não identificadas deverão ser reconhecidas e demarcadas pela União Federal na forma estabelecida pela Constituição, e a violação desse direito sujeita o infrator às penas previstas em lei. O esbulho, a violência e a ocupação sistemática de áreas indígenas por terceiros são crimes previstos na Lei n. 6.001 de 1973, que não concede direito adquirido à ocupação ou qualquer forma de domínio sobre áreas indígenas, sendo este considerado “ato nulo e extinto e não produzindo efeito jurídico”, nos termos do §6º do art. 231.

Outra hipótese aventada no debate sobre as alternativas ao procedimento oficial de demarcação de terras indígenas é a aquisição direta pela União Federal, por meio da compra e venda de imóveis rurais contíguos às áreas indígenas já demarcadas, em comum acordo com o proprietário ou proprietários da gleba, na forma do Decreto n. 433 de 24 de janeiro de 1992 e feitas as alterações do Decreto n. 2.614 de 1998.

Embora tenha sido editado especificamente para a “aquisição de imóveis rurais destinados à implantação de projetos integrantes do programa de reforma agrária” (Decreto n. 433 de 1992, art. 1º), em minha opinião não há óbice de que os dispositivos do decreto possam se aplicar às situações nas quais os índios e suas comunidades estão confinados em glebas ínfimas, insuficientes à realização de atividades produtivas que garantam minimamente seu bem-estar ou mesmo sua sobrevivência física.

Essa forma de aquisição de terras contíguas às áreas indígenas oficialmente identificadas pode ser justificada como de relevante interesse público, seja pela insuficiência de recursos naturais em uma determinada área indígena, seja pela necessidade de ampliação da área, de modo a garantir o direito constitucional dos índios de viverem de acordo com seus usos, costumes e tradições ou mesmo para garantir as atividades produtivas do grupo. É importante notar que o art. 2º do mesmo decreto prevê que a aquisição de imóveis rurais deverá ocorrer “preferencialmente em áreas de manifesta tensão social, para assentamento de trabalhadores rurais, visando a atender a função social da propriedade”. Ora, se a disputa pela posse da terra tem sido foco de tensão permanente entre trabalhadores sem-terra e proprietários rurais e seus prepostos, é histórico o conflito entre os índios e a sociedade envolvente pela ocupação de territórios, com a ocorrência de choques diretos e não poucas vítimas indígenas (CIMI 1993).

Assim, a possibilidade de o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) adquirir as terras objeto de disputa entre índios e posseiros ou proprietários rurais e depois transferi-la para domínio indígena constitui uma alternativa razoável e equilibrada para a redução das situações de conflito, garantindo a paz e a tranquilidade de índios e não-índios e fazendo valer verdadeiramente a função social da propriedade, apregoada na Constituição e objetivo da política nacional de reforma agrária.

Por fim, a desapropriação por interesse social de áreas contíguas às terras indígenas, na forma das leis 4.504, de 1964, e 8.629, de 1993, também se legitima como meio eficaz para aplainar as agruras das comunidades indígenas reduzidas a glebas ínfimas e sob o risco de ter sua sobrevivência física e cultural ameaçada pela ausência de terra ou dos recursos naturais necessários à sua auto-sustentação. Não se deve esquecer, entretanto, que a desapropriação é uma medida extrema de desapossamento de terras de particulares que dispensa a concordância das partes e mesmo a vontade unilateral do proprietário, sendo por isso um instrumento mais complexo e impositivo que a aquisição direta.

O interesse social na desapropriação de terras particulares, mesmo as consideradas produtivas pela legislação agrária, para posterior incorporação ao domínio indígena se verifica de duas formas: primeiro, como garantia do direito à sobrevivência física e cultural do grupo ameaçado ou sob intenso risco de extermínio; segundo, pelo dever do Estado de prevenir atos de violência, amainando a disputa sobre a posse da terra de modo que a propriedade cumpra sua função social em relação às populações tradicionais. Além disso, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incisos I, III e IV). A crescente marginalização e pobreza dos povos indígenas brasileiros, causadas pela eliminação gradativa dos meios necessários à sua sobrevivência física e cultural, podem provocar a extinção de comunidades inteiras, situação que definitivamente não atende o interesse público e social expresso na Constituição Federal.

Assim, reitero a necessidade de que sejam buscadas outras formas de aquisição de terras além do procedimento oficial de demarcação, a fim de oferecer alternativas jurídicas e econômicas viáveis às comunidades indígenas, ao poder público, à cooperação internacional, às entidades não-governamentais e às pessoas físicas e jurídicas interessadas em garantir um futuro melhor para os povos indígenas do Brasil.

Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção

Juliana Santilli

Introdução

A rica biodiversidade do Brasil está indissociavelmente ligada a sua sociodiversidade, isto é, a seu extenso patrimônio sociocultural. Este artigo pretende abordar os avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção ao chamado componente intangível da biodiversidade, que envolve conhecimentos, inovações e práticas de comunidades tradicionais, indígenas ou locais relevantes para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade. Na primeira parte, analisaremos a relevância das populações tradicionais para a conservação da diversidade biológica como forma de fundamentar alternativas legais de proteção a seus direitos. Na segunda e última parte, relataremos as propostas em discussão no Brasil a esse respeito e, em seguida, discorreremos sobre as iniciativas legislativas em curso na América Latina e no Sudeste Asiático.

No plano internacional, a referência legislativa básica é a Convenção da Diversidade Biológica¹, que reconhece, já em seu preâmbulo, a “estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”. O artigo 8 (j) estabelece que os países signatários devem “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 di-

¹ Outros instrumentos internacionais reconhecem os direitos culturais das comunidades indígenas e asseguram proteção à sua diversidade cultural. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Resolução 1990/27 do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, criado em 1982 pelo Conselho Econômico e Social da ONU, estão entre os mais importantes.

versidade biológica”, bem como “incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas” e “encorajar a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”. Também a Agenda 21, que em seu capítulo 26 trata do “reconhecimento e fortalecimento do papel dos povos indígenas”, estabelece, entre outras medidas a serem adotadas pelos governos nacionais a fim de assegurar aos povos indígenas maior controle sobre suas terras e recursos, “a adoção e o fortalecimento de políticas apropriadas e/ou instrumentos legais que protejam a propriedade intelectual e cultural indígena e o direito à preservação de sistemas e práticas de acordo com seus costumes”.

A proteção à sociodiversidade, intrinsecamente associada à biodiversidade, é assegurada também pela legislação interna brasileira. Tanto as comunidades indígenas² quanto as comunidades negras remanescentes de quilombos gozam de direitos territoriais e culturais especiais, assegurados constitucionalmente³. A Carta Magna brasileira protege as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º), bem como a “diversidade e a integridade do patrimônio genético do país” (art. 225, § 1º, II).

Embora bio e sociodiversidade estejam protegidas pelo sistema jurídico brasileiro, ainda não existe em seu ordenamento um sistema que proteja de maneira eficaz os direitos de comunidades tradicionais – índios, seringueiros, ribeirinhos, agricultores etc. – que, ao longo de várias gerações, descobriram, selecionaram e manejaram espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas (cf. Arnt 1994). A inexistência de tal proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade tem gerado as mais diversas formas de espoliação e apropriação indevida. Entre os casos mais conhecidos, estão o

² Existem no território brasileiro 206 povos indígenas, sendo a sua maior parte formada por microssociedades (34% desses povos têm população de até duzentos indivíduos), falando cerca de 170 línguas. Além disso, 98% da extensão das terras indígenas está situada na Amazônia, onde vive cerca de 60% da população indígena (cf. Ricardo 1996).

³ Vide artigos 231 e 232 da Constituição, que tratam dos direitos indígenas, bem como o art. 68 das Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura às comunidades negras, remanescentes de quilombos, direito à propriedade definitiva das terras que estejam ocupando.

patenteamento da “ayahuasca”, planta medicinal amazônica usada por diferentes comunidades indígenas e de alto valor espiritual para as mesmas, pelo norte-americano Loren Miller⁴, e da “quinua”, planta de alto valor nutritivo e de utilização tradicional na alimentação de comunidades bolivianas e outros países andinos, cuja patente foi concedida a Duane Johnson e Sara Ward⁵, professores da Universidade de Colorado.

Diversidade biológica e populações tradicionais

Para que se tenha uma idéia da relevância estratégica do papel das comunidades tradicionais na conservação da diversidade biológica, o seminário “Consulta de Macapá”, realizado em 1999 no âmbito do projeto “Avaliação e identificação de ações prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade da Amazônia brasileira”, concluiu que nada menos que 40% das áreas de extrema importância biológica e 36% das de muito alta importância biológica na Amazônia estão inseridas em terras indígenas. Conforme destaca Ana Valéria Araújo (2002), diversos estudos atestam serem os povos indígenas e as populações tradicionais os responsáveis, em grande parte, pela diversidade biológica de nossos ecossistemas, produto da interação e do manejo da natureza em moldes tradicionais.

Entre tais estudos, merece destaque o projeto “Biodiversidade e comunidades tradicionais no Brasil”, realizado em 1999 pelo Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras (Nupaub-USP), cujas conclusões sugerem que a diversidade de espécies, ecossistemas e genética é fenômeno tanto natural quanto cultural, isto é, resultado inclusive da ação humana. Conforme salienta o texto “Áreas prioritárias para populações tradicionais e povos indígenas”, as populações humanas não somente convivem com a floresta e conhecem os seres que aí habitam, como também a manejam, ou seja, manipulam seus componentes orgânicos e inorgânicos. Desse modo, aquilo que os cientistas naturais (botânicos, biólogos, ictiólogos) cha-

⁴ Segundo informe do próprio CIEL, o cancelamento da patente n. 5.751, concedida a Loren Miller, foi requerida pela organização não-governamental Center for International Environmental Law (CIEL) ao Patent and Trademark Office, órgão norte-americano responsável pelo registro de patentes e marcas comerciais, em nome da Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica (COICA) e da Coalisão Amazônica [Amazon Coalition].

⁵ Patente n. 5.304.718 (cf. IATP 1997).

mam de biodiversidade, traduzida em longas listas de espécies de plantas e animais e descontextualizadas do domínio cultural, é diferente do conceito de biodiversidade, em grande parte construída e apropriada material e simbolicamente pelas populações tradicionais.

O próprio conceito de população tradicional ainda começa a se estruturar. Conforme destacam Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Almeida, a categoria abrangia inicialmente seringueiros e castanheiros da Amazônia, tendo sido ampliada para incluir grupos que vão de coletores de berbigão de Santa Catarina a babaqueiras do sul do Maranhão e quilombolas do Tocantins. Cunha e Almeida salientam que todos esses grupos possuem em comum o fato de terem, ao menos parcialmente, uma história de baixo impacto ambiental e estarem interessados em manter ou recuperar o controle sobre o território que exploram. Acima de tudo, estão dispostos a negociar: em troca do controle sobre o território, comprometem-se a prestar serviços ambientais.

Do ponto de vista jurídico, a primeira lei nacional a empregar a expressão “populações tradicionais” foi a 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Embora não conceitue de forma direta as “populações tradicionais”, a lei cria a chamada “reserva de desenvolvimento sustentável”, definida como área natural que abriga populações tradicionais cuja existência se baseia em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais, que desempenham papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. Define também a reserva extrativista, área utilizada por populações tradicionais cuja subsistência se baseia no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte. A reserva extrativista tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais. Essas duas são as únicas definições legais que incorporam o conceito de “populações tradicionais”.

Fóruns internacionais e alternativas legais de proteção

O papel das comunidades indígenas e de outras comunidades tradicionais na conservação da biodiversidade tem sido discutido internacionalmente em vários fóruns. Durante a 4ª Conferência das Partes da Convenção da Diversidade Biológica, realizada em Bratislava, na Eslováquia, os países signatários decidiram criar um Grupo de Trabalho *ad hoc* com a incumbência de propor medidas prioritárias e definir um

programa de trabalho com vistas a desenvolver formas apropriadas de proteção ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO) estabeleceu em 2000 um Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional, Recursos Genéticos e Folclore, que tem se posicionado a favor da proteção do conhecimento tradicional por meio do próprio sistema ocidental de propriedade intelectual (cf. Bensusan 2002)⁶. Na Organização Mundial do Comércio, a questão é tratada no âmbito do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPs). Em junho de 2002, Brasil, China, Cuba, Equador, Índia, Paquistão, República Dominicana, Tailândia, Venezuela, Zâmbia e Zimbábue solicitaram ao Conselho do TRIPs que modificasse o acordo, a fim de exigir a “divulgação das fontes e país de origem dos recursos biológicos e conhecimentos tradicionais utilizados na invenção”, assim como provas de “obtenção do consentimento prévio informado por meio da aprovação das autoridades sob os regimes nacionais pertinentes” (cf. Firestone 2002).

Mais recentemente, durante a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável da ONU, realizada na África do Sul, foi aprovada a Declaração de Johannesburg sobre Biopirataria, Biodiversidade e Direitos Comunitários, fruto de um encontro realizado pela organização não-governamental Biowatch para discutir formas de combate à biopirataria. A declaração afirma que a iniciativa da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) para desenvolver sistemas de proteção ao conhecimento tradicional é totalmente inapropriada, e que a OMPI deveria trabalhar para impedir a biopirataria decorrente das patentes sobre a biodiversidade. Além disso, pede aos países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) que alterem os acordos de propriedade intelectual, de forma a garantir que nenhuma forma de vida ou processos vivos possam ser patenteados por qualquer Estado membro.

⁶ A questão dos conhecimentos tradicionais vem sendo tratada também no âmbito da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), por meio do Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura, que, entretanto, abrange apenas o conhecimento relevante para os recursos genéticos de plantas para alimentação e agricultura (cf. Bensusan 2002). A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) promoveu em 2000 o “Encontro de especialistas sobre sistemas e experiências nacionais para a proteção do conhecimento tradicional”.

Discute-se, nos planos nacional e internacional, a necessidade de criação de um regime legal de proteção aos direitos intelectuais coletivos ou direitos coletivos de propriedade intelectual. Nessa discussão, destacam-se duas visões antagônicas sobre a melhor forma de proteger legalmente os conhecimentos tradicionais: a primeira, capitaneada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO) e já adotada no Brasil pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), pretende adaptar o sistema patentário vigente de forma a abarcar sob sua proteção os conhecimentos tradicionais, utilizando os instrumentos legais já existentes, como patentes, marcas comerciais e segredos industriais, sem qualquer alteração significativa em seus pressupostos conceituais. A segunda, à qual nos filiamos, pretende criar um regime legal *sui generis*, ou seja, totalmente distinto do sistema patentário dos pontos de vista tanto conceitual quanto valorativo. Essa orientação parte da constatação de que todo sistema patentário de proteção a direitos de propriedade intelectual vigente protege os chamados “conhecimentos novos”, individualmente produzidos, e não os conhecimentos tradicionais, gerados coletivamente e informalmente e transmitidos oralmente de uma geração a outra. Estes são considerados de domínio público e sem qualquer proteção patentária.

Manuela Carneiro da Cunha (2002) salienta que o sistema de patentes torna reservado um conhecimento que era compartilhado de maneira diversa, seja por especialização local, seja por livre circulação de idéias e informações. Isso prejudica o modo como se produz e se usa esse conhecimento. Não é possível protegê-lo com os mesmos mecanismos que resguardam a inovação nos países industrializados, sob pena de destruir o sistema que o produz, matando o que se queria conservar. Afinal, como salienta a autora, o “tradicional” no conhecimento tradicional não é sua antiguidade, mas o modo como é adquirido e usado, pois grande parte desse conhecimento é de fato recente.

Vandana Shiva chama atenção para os preconceitos e distorções utilizados na própria definição de conhecimento, em que se considera o conhecimento ocidental “científico” e as tradições não ocidentais “não científicas”, afirmando que os sistemas tradicionais de conhecimento têm fundações científicas e epistemológicas que os distinguem dos sistemas de conhecimento ocidental, reducionistas e cartesianos. Por tal razão, Shiva e Gurdial Singh Nijar alertam para a urgente necessidade de criação de regimes legais *sui generis* de proteção a conhecimentos tradicionais que considerem as especificidades culturais com que são gerados. A proposta defendida pelos autores e por uma rede

de organizações não-governamentais chamada Third World Network pretende eliminar o monopólio e a propriedade exclusivos sobre os conhecimentos tradicionais, de forma que circulem livremente e sua utilização comercial ou industrial seja remunerada e previamente consentida por seus detentores.

Um regime legal *sui generis* de proteção a direitos intelectuais coletivos de comunidades tradicionais partiria das seguintes premissas:

- a) previsão expressa de que são nulas de pleno direito e não produzem efeitos jurídicos as patentes ou quaisquer outros direitos de propriedade intelectual (marcas comerciais etc.) concedidos sobre processos ou produtos direta ou indiretamente resultantes da utilização de conhecimentos de comunidades indígenas ou tradicionais, como forma de impedir o monopólio exclusivo sobre os mesmos. Essa previsão de não-patenteabilidade permitiria o livre intercâmbio de informações entre as várias comunidades, essencial à própria geração dos conhecimentos tradicionais;
- b) previsão da inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais em ações judiciais visando a anular patentes concedidas sobre processos ou produtos resultantes de seus conhecimentos, de modo que a prova caiba à pessoa ou empresa demandada;
- c) obrigatoriedade legal do consentimento prévio das comunidades tradicionais para o acesso a quaisquer recursos genéticos situados em suas terras, com expresse poder de negação, bem como para a utilização ou divulgação de seus conhecimentos tradicionais para quaisquer finalidades e, em caso de finalidades comerciais, previsão de formas de participação nos lucros gerados por processos ou produtos resultantes dos mesmos, por meio de contratos assinados diretamente com as comunidades indígenas, que poderão contar com a assessoria (facultativa) do órgão indigenista, de organizações não-governamentais e do Ministério Público Federal, devendo ainda ser proibida a concessão de direitos exclusivos para determinada pessoa ou empresa;
- d) criação de um sistema nacional de registro de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade como forma de garantia de direitos relativos aos mesmos. Tal registro deverá ser gratuito, facultativo e meramente declaratório, não se constituindo condição para o exercício de quaisquer direitos, mas apenas meio de prova. A administração do sistema deve ser supervisionada por um conselho com representação paritária

de órgãos governamentais, não-governamentais e associações indígenas representativas e um quadro de consultores *ad hoc* que possa emitir pareceres técnicos, quando necessário.

Instrumentos legais aprovados e em discussão no Brasil

Enquanto parlamentares, governo e sociedade civil discutiam a formulação de propostas legislativas visando à implementação da Convenção da Diversidade Biológica, o Poder Executivo “atropelou” o processo legislativo e baixou a Medida Provisória 2.052, de 30 de junho de 2000, regulando a matéria. Reeditada sucessivas vezes, atualmente encontra-se em vigor a Medida Provisória 2.186-16/2001, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização⁷.

Diversos setores do governo e da sociedade civil haviam se envolvido na discussão e formulação de propostas legislativas visando à implementação da Convenção da Diversidade Biológica, em vigor no país desde sua ratificação pelo Congresso em 1994. Além de um projeto de lei e de uma proposta de emenda constitucional encaminhados pelo Executivo ao Congresso a fim de incluir os recursos genéticos entre os bens da União arrolados no art. 20 da Constituição, tramitavam os projetos de lei apresentados pela senadora Marina Silva (em uma iniciativa pioneira, é importante destacar), já aprovado pelo Senado, e pelo deputado Jacques Wagner⁸.

Ignorando todas essas iniciativas, o governo editou a medida

⁷ A medida provisória foi editada às pressas pelo governo para “legitimar” o acordo firmado entre a organização social Bioamazônia e a multinacional Novartis Pharma em 29 de maio de 2000, que prevê o envio de dez mil bactérias e fungos da Amazônia ao referido laboratório suíço. A organização social Bioamazônia foi criada pelo próprio governo federal para coordenar a implantação do Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (Probem). Diante da repercussão negativa do acordo, o governo decidiu editar uma medida provisória que regulasse, ainda que casuisticamente, o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

⁸ Não se pode esquecer que também se encontra em tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas. Tal projeto dispõe que “O acesso e a utilização, por terceiros, de recursos biogenéticos existentes nas terras indígenas respeitará o direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas, e dependerá de prévia autorização das mesmas, bem como de prévia comunicação ao órgão indigenista federal”.

provisória que, em seu art. 8, reconhece o direito das comunidades indígenas e locais de decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, protegendo-os contra a utilização e exploração ilícitas e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Estabelece ainda às comunidades indígenas e locais que criem, desenvolvam, detenham ou conservem conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético as garantias de ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; de impedir terceiros não autorizados de realizar testes, pesquisas ou explorações relacionados ao conhecimento tradicional associado e de divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integrem ou constituam conhecimento tradicional associado; e de perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado cujos direitos são de sua titularidade.

O parágrafo 4 do artigo 8, entretanto, estabelece que “a proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual”. Em outras palavras, prevê expressamente a possibilidade de que sejam patenteados processos ou produtos resultantes da aplicação comercial ou industrial de conhecimentos tradicionais, o que contraria a proposta de criação de regimes legais *sui generis*.

Mais recentemente, o governo federal editou o Decreto n. 3.945/2001, que define a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão coordenador das políticas para gestão do patrimônio genético com poderes para deliberar sobre autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante “anuência prévia de seu titular”. Inicialmente, o decreto previa apenas a participação de órgãos e instituições governamentais, não incluindo em sua composição representantes da sociedade civil e das comunidades tradi-

Já o art. 157 considera crime “fazer uso, comercial ou industrial, de recursos genéticos ou biológicos existentes nas terras indígenas para o desenvolvimento de processos ou produtos biotecnológicos, sem o prévio consentimento, por escrito, da comunidade ou sociedade indígena que tenha a sua posse permanente”. Tal crime está sujeito à pena de multa igual ou superior ao dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou no mínimo 25 dias-multa. A Casa Civil da Presidência da República, entretanto, articula a apresentação de uma nova proposta de estatuto ao Congresso Nacional.

cionais, o que gerou uma série de críticas. Assim, em agosto de 2002, o Executivo encaminhou ao Congresso um projeto de lei que altera a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, prevendo a participação de “representantes de setores da sociedade civil afetos ao tema, na proporção de até 20% da totalidade de seus membros”.

Na mesma ocasião, encaminhou projeto de lei que pretende emendar a Lei de Crimes Ambientais, propondo penas de prisão de até trinta anos para quem utilize amostras de componentes do patrimônio genético para o desenvolvimento de armas biológicas e químicas e pena de reclusão de até seis anos para quem remeta ao exterior amostra de material genético em desacordo com a legislação vigente.

Em 22 de agosto de 2002, o presidente da República editou o Decreto 4.339, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, incluindo entre seus objetivos específicos o estabelecimento e a implementação de um regime legal *sui generis* de proteção a direitos intelectuais coletivos relativos à biodiversidade de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, com ampla participação dessas comunidades. Outro objetivo do decreto é a implementação de regime jurídico e instrumentos econômicos que possibilitem a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do acesso aos conhecimentos tradicionais associados, com compensação econômica e de outros tipos para seus detentores, segundo as demandas definidas por eles e resguardando seus valores culturais.

Propostas de outros países

Vários países têm aprovado legislação interna regulando a conservação da biodiversidade e a distribuição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização sustentável de seus recursos. Vejamos agora algumas das iniciativas que visam a proteger conhecimentos, práticas e inovações de comunidades tradicionais relevantes para a conservação da biodiversidade, em consonância com o artigo 8 (j) da Convenção da Diversidade Biológica.

Peru

Foi o primeiro país a aprovar uma lei interna estabelecendo regime de proteção dos conhecimentos coletivos dos povos indígenas vinculados aos recursos biológicos. A lei peruana estabelece os seguintes conceitos:

- ♦ *Conhecimento coletivo*: conhecimento acumulado e transgeracional desenvolvido pelos povos e comunidades indígenas sobre as propriedades, os usos e as características da diversidade biológica.

- ♦ *Consentimento informado prévio*: autorização outorgada pela organização representativa dos povos indígenas possuidores de conhecimento coletivo, em conformidade com as normas por eles reconhecidas, para a realização de atividade que implique acessar e utilizar tal conhecimento coletivo, mediante prévia e suficiente informação sobre seus propósitos, riscos e implicações, incluindo os eventuais usos do conhecimento e, se for o caso, o valor do mesmo.
- ♦ *Contrato de licença de uso dos conhecimentos coletivos*: acordo celebrado entre a organização representativa dos povos indígenas possuidores de conhecimento coletivo e um terceiro que incorpora termos e condições para o uso do conhecimento coletivo. Tais contratos são registrados no Indecopi, por escrito, em idioma nativo e castelhano, por um prazo renovável não menor que um ano nem maior que três. As compensações incluem pagamento inicial monetário ou equivalente dirigido a seu desenvolvimento sustentável e um percentual não menor que 5% do valor das vendas brutas (antes dos impostos) resultantes da comercialização dos produtos desenvolvidos direta e indiretamente a partir de tal conhecimento coletivo.

Estabelece a lei peruana que o regime jurídico não afetará o intercâmbio tradicional entre povos indígenas dos conhecimentos coletivos protegidos sob esse regime. Entre seus objetivos, está “evitar que se concedam patentes a invenções obtidas ou desenvolvidas a partir de conhecimentos coletivos dos povos indígenas do Peru, *sem que se considere esses conhecimentos como antecedentes no exame de novidade e inventividade de tais invenções*”. A lei prevê as seguintes condições para o acesso aos conhecimentos coletivos:

- ♦ Os interessados em acessá-los com fins de aplicação científica, comercial e industrial deverão solicitar o consentimento informado prévio das organizações representativas dos povos indígenas que o possuam.
- ♦ A organização representativa deverá informar a negociação ao maior número possível de povos indígenas possuidores do conhecimento e levar em conta seus interesses e inquietudes, em particular os vinculados a seus valores espirituais e crenças religiosas.
- ♦ No caso de acesso com fins de aplicação comercial ou industrial, deverá ser assinada uma licença na qual se prevejam condições

para a adequada retribuição pelo acesso e se garanta uma distribuição eqüitativa dos benefícios derivados do mesmo.

- ♦ Será destinado um percentual não menor que 10% do valor das vendas brutas (antes dos impostos) resultantes da comercialização dos produtos desenvolvidos a partir do conhecimento coletivo ao Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas.

Serão considerados conhecimentos coletivos de domínio público aqueles que já tenham sido acessíveis a pessoas estranhas aos povos indígenas pelos meios de comunicação de massa, como publicações, ou aqueles que se refiram a propriedades, usos ou características de um recurso biológico massivamente conhecidos fora do âmbito dos povos e comunidades indígenas. Caso esses conhecimentos tenham entrado no domínio público nos últimos vinte anos, um percentual do valor das vendas brutas (antes dos impostos) resultantes da comercialização dos produtos desenvolvidos a partir deles será destinado ao Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas.

Estão previstos três registros dos conhecimentos coletivos dos povos indígenas: Registro Nacional Público dos Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas, Registro Nacional Confidencial dos Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas e Registros Locais de Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas.

Venezuela

A Constituição de 1999 (em vigor desde março de 2000) reconhece o caráter multiétnico, pluricultural e multilíngüe do país e garante e protege a “propriedade intelectual coletiva” dos conhecimentos, tecnologias e inovações dos povos indígenas. Toda atividade relacionada aos recursos genéticos e aos conhecimentos associados ao mesmos procurarão obter benefícios coletivos, assim como “se proíbe o registro de patentes sobre esses recursos e conhecimentos ancestrais” (art. 124).

Segundo o artigo 82 da Lei da Diversidade Biológica, “não se reconhecerão direitos de propriedade intelectual sobre amostras coletadas ou parte delas, quando as mesmas tenham sido adquiridas de forma ilegal, ou que empreguem o conhecimento coletivo de povos e comunidades indígenas ou locais”. O Executivo Nacional, por meio da Oficina Nacional da Diversidade Biológica, e os representantes dos povos e comunidades indígenas e locais, dentro do prazo de três anos contados a partir da entrada em vigor da lei, elaborarão e executarão

programas para o reconhecimento dos direitos destinados a proteger os conhecimentos e práticas tradicionais relacionados à diversidade biológica. A Oficina deverá promover, apoiar e gerir os recursos financeiros para a realização de programas de proteção do conhecimento tradicional, propondo e avaliando alternativas distintas.

O artigo 85 afirma que os direitos dos povos e comunidades indígenas e locais são de caráter coletivo e serão considerados “direitos adquiridos”, distintos do direito de propriedade individual, quando correspondam a um processo acumulativo de uso e conservação da diversidade biológica. Basta a geração de um conhecimento, derivado de um processo acumulativo de uso da diversidade biológica, para a aquisição do direito.

Costa Rica

Em 23 de abril de 1998, a Costa Rica aprovou sua “Lei da Biodiversidade”, com todo um capítulo dedicado ao que denomina “proteção dos direitos de propriedade intelectual e industrial” (art. 77 a 85). O capítulo começa com o reconhecimento, pelo Estado, da “existência e validade das formas de conhecimento e inovação” e da “necessidade de protegê-las, mediante o uso dos mecanismos legais apropriados a cada caso específico”. Afirma ainda que o Estado outorgará tal proteção, “entre outras formas, mediante patentes, segredos comerciais, direitos de fito-melhorista, direitos intelectuais comunitários *sui generis*, direitos de autor e direitos dos agricultores”.

A Costa Rica optou por um sistema híbrido de proteção, mesclando os tradicionais direitos de propriedade intelectual (patentes etc.) com o sistema *sui generis* de proteção. São exceções expressas do referido sistema legal de proteção costa-riquenho:

as seqüências de DNA *per se*, as plantas e os animais, os microorganismos não modificados geneticamente, os procedimentos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais, os processos ou ciclos naturais em si mesmos, as invenções essencialmente derivadas do conhecimento associado a práticas biológicas tradicionais ou culturais de domínio público e as invenções que, ao serem exploradas comercialmente de forma monopólica, possam afetar os processos ou produtos agropecuários considerados básicos para a alimentação e a saúde (art.78).

O Registro de Propriedade Intelectual e Industrial deverá obrigatoriamente consultar a Oficina Técnica da “Comissão Nacional para a Gestão da

Biodiversidade”⁹ antes de conceder direitos de propriedade intelectual ou industrial a inovações que envolvam recursos da biodiversidade.

Do ponto de vista da busca de um regime legal alternativo de proteção aos direitos intelectuais coletivos de comunidades indígenas, parecem ser mais interessantes os dispositivos que tratam dos “direitos intelectuais comunitários *sui generis*”. Tais direitos são assim denominados pelo art. 82, segundo o qual o Estado reconhece e protege os conhecimentos, práticas e inovações dos povos indígenas e comunidades locais relacionados com a utilização dos recursos da biodiversidade e do conhecimento associado:

Esses direitos [intelectuais comunitários *sui generis*] existem e são reconhecidos juridicamente pela existência da prática cultural ou do conhecimento relacionado com os recursos genéticos e bioquímicos e não exigem declaração prévia, reconhecimento expresso nem registro oficial; podem compreender, portanto, práticas que no futuro venham a se enquadrar em tal categoria. Tal reconhecimento implica que nenhuma das formas de proteção dos direitos de propriedade ou industrial poderá afetar tais práticas históricas.

O artigo 82 trata também da definição de um “processo participativo” com as comunidades indígenas e camponesas, a fim de estabelecer uma normatização de tais direitos.

A lei prevê ainda um sistema de registro dos direitos intelectuais comunitários *sui generis* e um inventário dos conhecimentos, inovações e práticas (relevantes para a conservação da biodiversidade) que as comunidades pretendam proteger, mantendo-se aberta à possibilidade de, no futuro, serem registrados e reconhecidos conhecimentos que reúnam as mesmas características. Tal registro é voluntário e gratuito, e deverá ser feito mediante solicitação dos interessados, sem qualquer formalidade. A existência do registro obriga a Oficina Técnica de Apoio à Comissão Nacional para a Gestão da Biodiversidade a responder negativamente a qualquer consulta relativa ao reconhecimento de direitos de propriedade intelectual ou industrial sobre o mesmo recurso ou conhecimento. Tal resposta negativa, desde que devidamente fundamentada, poderá ocorrer mesmo quando o direito *sui generis* não esteja registrado.

⁹ Órgão descentralizado do Ministério do Meio Ambiente e da Energia costarriquenho, encarregado de formular as políticas nacionais de conservação da biodiversidade.

Pode-se ver, assim, que a lei costa-riquenha confere efeito meramente declaratório ao registro de direitos intelectuais comunitários *sui generis*, que é facultativo e se limita a oferecer maior proteção legal. A não-existência do registro oficial não impede o reconhecimento de tais direitos e não exime a Oficina Técnica do dever de verificar se requerimentos de patentes e marcas comerciais têm como objeto conhecimentos, inovações ou práticas tradicionais e de, em caso positivo, negá-los fundamentadamente.

Tal orientação parece elogiável, pois aos direitos intelectuais coletivos de comunidades indígenas e tradicionais deve ser sempre reconhecida a mesma natureza de seus direitos territoriais, aos quais se encontram intimamente vinculados. Os direitos territoriais são originários e não dependem de qualquer ato de legitimação por parte do Estado. Quaisquer atos de registro deverão ser sempre voluntários e não podem ser impostos como condição para o exercício de direitos.

Pacto Andino ou Comunidade Andina

O Pacto Andino é um acordo comercial entre Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, países que representam a região andina norte da América do Sul. O Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos foi adotado pela Decisão 391 de 1996, que deixou sua regulamentação e implementação a cargo de cada país. Estão excluídos de seu âmbito de aplicação os recursos genéticos humanos e seus produtos derivados, bem como o intercâmbio realizado pelas comunidades indígenas, afro-americanas e locais dos países membros entre si, para seu próprio consumo e com base em suas práticas consuetudinárias, de recursos genéticos, produtos deles derivados, produtos biológicos que os contenham ou componentes intangíveis a eles associados.

Uma das finalidades da Decisão Andina 391 é assentar as bases para o reconhecimento e a valorização dos componentes intangíveis associados aos recursos genéticos, reconhecendo a contribuição histórica das comunidades indígenas, afro-americanas e locais para a conservação da diversidade biológica e para a utilização sustentável de seus componentes. De acordo com o relatório apresentado pela revista colombiana *Semillas en la Economía Campesina* (1997), a decisão define componente intangível como “todo conhecimento, inovação ou prática individual ou coletiva, com valor real ou potencial, associado ao recurso genético, a seus produtos derivados ou ao recurso biológico que os contém, protegido ou não por regimes de propriedade intelectual”, e comunidade indígena, afro-americana ou local como “o grupo humano

cuja condições sociais, culturais e econômicas o distinguem de outros setores da coletividade nacional, que está regido por seus próprios costumes ou tradições e por uma legislação especial, e que, qualquer que seja a sua situação jurídica, conserva suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou parte delas”.

Além disso, o Regime Comum Andino estabelece que todo contrato de acesso que tenha como objeto componentes intangíveis associados aos recursos genéticos deve conter um anexo no qual se preveja a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes de seu uso. Embora sua intenção seja a uniformização das normas jurídicas relativas ao acesso aos recursos genéticos no âmbito do Pacto Andino, cada país terá de aprovar suas próprias leis internas.

Bolívia

A Decisão Andina 391 foi regulamentada pelo Decreto 24.676/1997, que se aplica tanto aos recursos genéticos dos quais a Bolívia é o país de origem, seus derivados e seus componentes intangíveis associados, quanto aos recursos biológicos que por causas naturais se encontrem em território boliviano.

Em relação aos conhecimentos tradicionais, estabelece a realização de contratos anexos, subscritos pelos provedores do componente intangível e pelo solicitante do acesso. O Estado deve zelar pela “legalidade das obrigações e direitos emergentes do Contrato Anexo”.

Equador

Em setembro de 1996, o Equador aprovou uma pequena lei de proteção à biodiversidade que se limita a declarar que:

O Estado equatoriano é o titular dos direitos de propriedade sobre as espécies que integram a biodiversidade no país, que se consideram como bens nacionais e de uso público. Sua exploração comercial se sujeitará à regulamentação especial que determinará o Presidente da República, garantindo os direitos ancestrais das comunidades indígenas sobre os conhecimentos e os componentes intangíveis da biodiversidade e dos recursos genéticos e o controle sobre eles.

Ainda não existe no país uma regulamentação do acesso aos recursos genéticos, embora já tenha sido formado um Grupo de Trabalho sobre Biodiversidade.

A Confederação Nacional Indígena do Equador (CONAIE), junto com outras organizações indígenas locais (Ecuadorunari e FENOC) e com

a organização não-governamental equatoriana Acción Ecológica, elaborou uma proposta de regulamentação de direitos coletivos e biodiversidade que parte dos seguintes princípios:

- ◆ Os conhecimentos tradicionais geralmente se produzem de maneira coletiva e são de caráter intergeracional (ultrapassam gerações) e acumulativo; são produzidos e mantidos em determinado contexto cultural e biológico.
- ◆ É necessário reconhecer como inovação todos os sistemas informais, coletivos e acumulativos e, portanto, exige-se o reconhecimento do saber tradicional dos povos. Devem ser reconhecidos vários tipos de inovação, e não apenas as biotecnológicas.
- ◆ Tais sistemas tradicionais de conhecimento são patrimônio dos povos indígenas e das comunidades locais, os quais exercem sobre os mesmos direitos inalienáveis. Não podem, portanto, ser objeto de nenhum tipo de direito de propriedade intelectual. Não se pode falar de direitos intelectuais coletivos enquanto exista a possibilidade de exercer direitos de propriedade intelectual sobre os conhecimentos tradicionais e os componentes tangíveis associados ao conhecimento. Por essa razão, defende-se a necessidade de revisão de toda a legislação de propriedade intelectual, que atualmente permite o patenteamento dos conhecimentos tradicionais.
- ◆ Além do consentimento informado prévio de todas as comunidades que compartilham o conhecimento, a proteção dos conhecimentos tradicionais deve compreender o direito à objeção cultural e a liberdade de impor restrições às atividades que se realizem em determinado território ancestral.
- ◆ Será estabelecido um sistema de registro de inovações coletivas de acordo com os usos e costumes segundo os quais tenham sido produzidas. Para que esse direito seja efetivo, devem ser garantidos às comunidades os direitos à terra, ao território e à manutenção de seus mecanismos tradicionais de controle interno, suas práticas de manejo da biodiversidade, sua cultura e cosmovisão e seus modelos ancestrais de vida.

Colômbia

A Constituição colombiana é uma das poucas das Américas que reconhece expressamente o caráter multiétnico e pluricultural da nação e, como consequência, as formas próprias de autoridade e jurisdição indígena dentro dos territórios indígenas. Na Colômbia, há clara distinção

entre os povos indígenas que habitavam o território colombiano antes da chegada dos espanhóis e as comunidades afro-americanas ou negras que passaram a ser reconhecidas pela Constituição aprovada em 1991. Ambos têm direitos sobre seus territórios coletivos e sobre o controle de seus recursos naturais.

O Grupo Ad hoc de Biodiversidade da Colômbia¹⁰ foi responsável pela elaboração, já em 1995, de um projeto de lei visando a regular a proteção, conservação e utilização da diversidade biológica e dos recursos genéticos, com vários dispositivos acerca do conhecimento tradicional e dos direitos intelectuais coletivos. O projeto exclui expressamente do âmbito de sua aplicação os seres humanos, suas células e os recursos genéticos humanos, bem como o intercâmbio de recursos biológicos que contenham recursos genéticos ou componentes intangíveis associados aos mesmos que venha a ser realizado entre comunidades locais para atender às suas próprias necessidades, com base em suas práticas consuetudinárias.

A proposta colombiana estabelece dois regimes para a tramitação das solicitações de acesso aos recursos genéticos: o regime especial de acesso, associado ao sistema *sui generis* de propriedade intelectual, pelo qual tramitam as solicitações e se definem as condições de acesso a recursos associados ao conhecimento tradicional; e o regime geral de acesso, associado a sistemas individuais de propriedade intelectual (patentes e direitos do obtentor vegetal), pelo qual tramitam as solicitações de acesso a recursos que não envolvam conhecimento tradicional.

Entre as solicitações sujeitas ao regime especial de acesso, estão aquelas apresentadas por comunidades locais para investigar ou inventariar recursos de seus territórios, as solicitações de acesso a recursos situados em territórios indígenas ou de comunidades negras e as destinadas a pesquisar os detentores de conhecimento coletivo associado. De acordo com o regime especial, a solicitação deve conter, além dos requisitos estabelecidos pelo regime geral, no mínimo: a identificação das partes (o Estado, o solicitante do acesso e a pessoa ou comunidade que provê o recurso); o consentimento para a disponibilidade do bem; a identificação dos mecanismos que garantirão a proteção da integridade cultural e do conhecimento da comunidade envolvida; as obrigações

¹⁰ O Grupo Ad Hoc de Biodiversidade da Colômbia inclui o Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), o Grupo Semillas, o Instituto de Gestión Ambiental (IGEA) e o projeto de implementação da Convenção da Diversidade Biológica do World Wildlife Fund (WWF).

gerais do receptor e dos provedores (país e comunidades), inclusive de informar sobre futuros usos; a proibição de transferência a terceiros; a aceitação de que o contrato se regime pelo sistema de direitos coletivos de propriedade intelectual; a distribuição de benefícios entre o receptor e o provedor pelo acesso ao recurso e pelos benefícios que possam ser gerados posteriormente; e o direito das comunidades de restringir o acesso quando surjam objeções culturais.

No Capítulo IX, que trata da proteção do conhecimento, o governo nacional reconhece e se compromete a promover e defender os direitos das comunidades tradicionais de se beneficiarem coletivamente de suas tradições e de seus costumes e de serem compensadas por sua constante tarefa de conservar e criar materiais biológicos úteis. Nesse contexto, “reconhece e se compromete a defender os direitos dessas comunidades de proteger seu conhecimento tradicional e coletivo” mediante direitos de propriedade intelectual ou de outros mecanismos.

Filipinas

Foi um dos primeiros países em desenvolvimento a aprovar legislação interna com o intuito de implementar a Convenção da Diversidade Biológica. A Ordem Executiva Presidencial n. 247, de 18 de maio de 1995, estabelece normas para a realização de bioprospecção no país. Em junho de 1996, o Departamento de Meio Ambiente e Recursos Naturais editou a Ordem Administrativa 96-20, que regulamenta a implementação da Ordem Executiva Presidencial n. 247/95 e detalha os procedimentos a serem observados pelas partes interessadas no acesso a recursos genéticos. Prevê a participação de membros de organizações indígenas e não-governamentais, além dos representantes de várias agências governamentais, no Comitê de Recursos Genéticos e Biológicos, encarregado de rever os pedidos de acesso.

A Ordem distingue as autorizações de acesso para realização de pesquisa acadêmica ou científica [*academic research agreements*], concedidas a universidades, instituições acadêmicas, agências governamentais e intergovernamentais, das autorizações para pesquisa comercial [*commercial research agreements*], realizadas com particulares e empresas privadas ou corporações internacionais. Nesse último caso, reconhece os direitos das comunidades indígenas e de outras comunidades filipinas sobre seu conhecimento tradicional e de protegê-lo quando é “utilizado, direta ou indiretamente, para fins comerciais”.

Estabelece ainda que deverá ser observada a Lei de Proteção aos Direitos dos Povos Indígenas [Indigenous Peoples’ Rights Act], editada

em 1997, que reconhece e protege os direitos de comunidades indígenas a seus “domínios ancestrais”, integridade cultural, autogoverno (inclusive implementação de seu próprio sistema judicial), posse coletiva das terras ocupadas e prática e preservação dos sistemas indígenas de conhecimento. O Indigenous Peoples’ Rights Act¹¹ assegura o direito das comunidades indígenas de controlarem o acesso a seus recursos genéticos, coletados por meio de amostras de sangue, cabelo e saliva, e, curiosamente, o direito à “restituição de seus bens espirituais, culturais, intelectuais e religiosos, retirados sem seu prévio consentimento informado, e com violação de suas leis, tradições e costumes”.

Tanto a Ordem quanto a Lei de Proteção aos Direitos dos Povos Indígenas estabelecem que o acesso ao conhecimento indígena relacionado com a conservação, a utilização e o melhoramento de recursos genéticos e biológicos só será permitido dentro das terras ancestrais indígenas com o livre, prévio e informado consentimento de tais comunidades, obtido de acordo com as leis consuetudinárias (usos, costumes e tradições) da comunidade em questão.

Tailândia

Embora o país não tenha ratificado a Convenção da Diversidade Biológica, o Ministério da Saúde Pública propôs a edição de normas que permitam o registro da medicina tradicional tailandesa. De acordo com a proposta legislativa apresentada – que depende do Parlamento para se tornar lei –, os curadores [*healers*] tradicionais tailandeses podem registrar suas práticas medicinais a fim de assegurar mecanismos de compensação por sua utilização comercial. Em abril de 1997, no entanto, o Departamento de Estado norte-americano enviou ao governo tailandês uma carta afirmando que tal sistema de registro seria uma violação ao Trade-Related Intellectual Property Rights (TRIPs), acordo comercial celebrado no âmbito da Organização Mundial de Comércio, com disposições relativas à proteção de direitos de propriedade intelectual: patentes, marcas comerciais etc.

Outra proposta legislativa relevante em discussão no Parlamento tailandês é a Community Forestry Bill, que reconhece os direitos das comunidades tradicionais que vivem dentro e no entorno das reservas

¹¹ O principal autor e articulador do Indigenous Peoples’ Rights Act foi o senador Juan Flavies, presidente do Comitê de Comunidades Culturais do Senado filipino.

florestais tailandesas de protegê-las e manejá-las, em cooperação com o Departamento Florestal.

Índia

Encontra-se em tramitação um projeto de lei regulando o acesso a recursos biológicos, sua utilização sustentável e a distribuição equitativa dos benefícios com o país de origem e as comunidades locais, de acordo com a Convenção da Diversidade Biológica. São excluídos do âmbito de aplicação da lei os recursos genéticos humanos.

Estabelece o projeto que o mesmo não poderá afetar negativamente os direitos das comunidades locais aos produtos não madeireiros da floresta, assegurados de acordo com as práticas, os códigos e as regulamentações dos diversos estados do país. As comunidades locais poderão intercambiar livremente os componentes intangíveis dos recursos biológicos para suas próprias finalidades. Os benefícios pela utilização dos conhecimentos tradicionais podem ser repassados diretamente à comunidade ou ao indivíduo, se claramente identificáveis. Caso não sejam, serão depositados no Fundo Nacional de Biodiversidade. Um dos pontos mais polêmicos do projeto de lei indiano é justamente o reconhecimento do conhecimento indígena e a distribuição de poder entre o Estado e as comunidades¹².

Em 1995, foi estabelecido o Registro da Biodiversidade dos Povos, a fim de, entre outros objetivos, criar bases de dados descentralizadas sobre o *status* dos recursos da biodiversidade e os conhecimentos locais sobre propriedade e uso dos mesmos.

Saliente-se que a Índia tem se destacado na defesa dos direitos de agricultores [*farmers rights*] perante a comunidade internacional, em especial no Conselho do TRIPs.

Malásia

Não se pode deixar de mencionar o Community Intellectual Rights Act, proposta de lei elaborada pela rede de organizações não-governamentais Third World Network, coordenada por um dos maiores especialistas mundiais na matéria, o Dr. Gurdial Singh Nijar.

¹² A Research Foundation for Science, Technology and Ecology, organização não-governamental sediada em Nova Déli e dirigida pela Dra. Vandana Shiva, uma das maiores especialistas na matéria, é uma das principais articuladoras de iniciativas visando à proteção da biodiversidade indiana e dos conhecimentos das comunidades tradicionais (indígenas e de agricultores).

Em inúmeros artigos, Nijar foi um dos primeiros a chamar a atenção para a ausência de instrumentos legais ou parâmetros para proteger as comunidades indígenas e locais contra a biopirataria de seu conhecimento. O autor salienta que é negado qualquer reconhecimento aos sistemas de conhecimento das comunidades indígenas, dado apenas ao modelo ocidental e industrial de inovação, razão pela qual é necessário redefinir o conceito de “inovação”, de forma a contemplar a proteção da criatividade de comunidades indígenas e locais. A proposta elaborada pelo Third World Network parte dos seguintes conceitos básicos:

- ♦ as comunidades locais e indígenas são guardiãs [*custodians*] de suas inovações;
- ♦ são proibidos quaisquer direitos de monopólio sobre tais inovações. Quaisquer transações que violem tal proibição são nulas e não produzem efeitos jurídicos;
- ♦ o livre intercâmbio e transmissão de conhecimentos entre comunidades ao longo de gerações deve ser respeitado;
- ♦ qualquer interessado em fazer uso comercial da inovação ou parte dela deve obter o consentimento escrito da comunidade e pagar-lhe uma quantia que represente uma porcentagem mínima sobre os lucros gerados com a utilização do conhecimento;
- ♦ deve ser proibida a concessão de exclusividade da utilização comercial a uma pessoa ou empresa;
- ♦ deve haver inversão do ônus da prova em favor da comunidade que declare ser proprietária de determinado conhecimento, devendo a pessoa ou empresa que se utilizou do mesmo provar o contrário.

Cidadania e globalização: povos indígenas e agências multilaterais¹

João Pacheco de Oliveira

Quando falamos em cidadania, estamos pensando em um conjunto de papéis sociais que põem o indivíduo em relação direta com o Estado-nação, chamando atenção, assim, para um tipo de conduta que decorre de uma modalidade, bem especial e historicamente datada, de pertencimento de alguém a uma comunidade política. Na experiência histórica do Ocidente e no pensamento político moderno, tal comunidade política é representada pela nação², coletividade que possui uma expressão territorial exclusiva e detém mecanismos próprios de resolução de conflitos e controle social.

É dentro desse quadro conceitual que vem sendo usualmente tratada a questão da incorporação dos povos indígenas às sociedades nacionais, focalizada por meio das diferentes esferas de contradições e impasses (econômicos, político-jurídicos, socioculturais e éticos) que suscita. Mas a realidade atual é de um mundo globalizado no qual as sociedades mantêm fronteiras porosas, são atravessadas por múltiplos processos de diásporas e operam uma revalorização de identidades e saberes locais. Isso impõe novos objetos de reflexão à antropologia contemporânea, mostrando a necessidade de investigação e posicionamento crítico em face de fenômenos antes considerados de interesse restrito do direito internacional e da diplomacia.

As compulsões quanto ao destino dos povos indígenas não podem mais ser apenas referidas aos Estados-Nacionais, descontínuos e soberanos, definidos isoladamente por meio de legislações e políticas

¹ Publicado originalmente em *Horizontes antropológicos*, vol. 6, n. 14, set. 2000. Porto Alegre: IFCH/PPGAS/UFRGS, p. 125-42.

² Para a definição desse espaço político que relaciona o indivíduo à nação, ver os textos clássicos de Renan (1882) e Mauss (1969); para uma consideração sobre a ausência da questão étnica nessas elaborações, ver Maybury-Lewis (1984).

específicas, remetidas tão-somente às ideologias e aos interesses nacionais. Nos últimos cinquenta anos, surgiu e consolidou-se um corpo de doutrinas e concepções jurídicas sobre os direitos das populações aborígenes e tribais, ratificados em convenções e foros internacionais. O debate sobre as agressões ao meio ambiente, promovido inicialmente pela Organização das Nações Unidas e por entidades ambientalistas, conduziu à definição de parâmetros técnicos e à negociação de acordos quanto à proteção e ao uso dos recursos naturais (como o clima, as águas, os ecossistemas e as espécies ameaçadas).

Em consonância com isso e movidas por uma ampla exposição de tais assuntos nos meios de comunicação de massa e por uma crescente pressão da opinião pública³, os organismos financeiros internacionais e as agências multilaterais passaram a estabelecer novos procedimentos e critérios para avaliação de propostas e programas de desenvolvimento.

O presente texto constitui um exercício de análise e intervenção crítica sobre um conjunto de normas e requisitos técnicos que, visando a resguardar os direitos das populações indígenas e do meio ambiente, deveriam ser atendidos em todos os investimentos realizados pelo Banco Mundial (BM). Tais normas se aplicam a diferentes continentes e países, afetando qualquer empreendimento em grande escala financiado direta ou indiretamente pelo Banco Mundial, como a construção de hidroelétricas e barragens, estradas e ferrovias, programas de assistência técnica e modernização agrícola, projetos de colonização, implantação de pólos industriais e obras de infra-estrutura etc.

Já em 1982, a primeira diretriz do BM para as sociedades indígenas (a OMS 2.34) ponderava que essas populações estavam “mais sujeitas do que outras a serem prejudicadas, mais do que beneficiadas, por projetos destinados a beneficiários distintos das populações tribais” e que, portanto, o desenho de tais projetos “deveria incluir medidas ou componentes necessários à salvaguarda de seus interesses”. No mesmo documento, é afirmado categoricamente que somente serão apoiados pelo BM projetos que, pelas medidas que adotem, efetivamente demonstrem salvaguardar “a integridade e o bem-estar das populações tribais”. É dentro desse marco referencial implantado pela OMS 2.34 que deve ser inscrita a Diretriz Op-

³ O que configura os movimentos contra-hegemônicos, que integram uma alternativa de “globalização desde baixo” (cf. Varese 1996).

eracional (OD) 4.20, de 1991, e as discussões para sua revisão, aí incluído o Approach Paper⁴ (AP) datado de julho de 1998.

Assim, o objetivo deste texto é examinar, à luz dos problemas da política indigenista brasileira e das lutas e mobilizações recentes dos indígenas em nosso país, a Diretriz Operacional 4.20, que estabelece as condições, ainda em vigor, para aprovação dos financiamentos (empréstimos e/ou doações) fornecidos pelo BM. Na sistemática estabelecida, os organismos públicos ou privados dos países que postulam tais financiamentos devem demonstrar que suas propostas estão de acordo com as condições estabelecidas pelo BM e que os empreendimentos projetados, além das legislações nacionais específicas, não ferem os direitos reconhecidos pelas convenções internacionais às populações autóctones.

A análise a seguir fez parte de um extenso processo de consulta visando à revisão das diretrizes operacionais relativas às sociedades indígenas, promovido por técnicos do BM em diferentes países. No Brasil, o debate ocorreu entre setembro e outubro de 1998, em três situações distintas, envolvendo: a) uma consulta eletrônica aos antropólogos; b) uma reunião com diversas organizações e lideranças indígenas; e c) uma reunião com representantes de organismos governamentais. Isso tornou possível que a discussão sobre a reformulação das diretrizes não se limitasse à experiência acumulada pelos quadros técnicos do BM nem se circunscrevesse exclusivamente aos interesses dos mutuários e governos, abrangendo igualmente a comunidade científica e as organizações indígenas.

Indicado pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA) para coordenar a consulta eletrônica aos antropólogos, tive oportunidade de acompanhar e participar dos debates posteriores com as organizações indígenas e os órgãos de governo⁵. É dessa experiência que resulta este

⁴ Uma equipe de especialistas e técnicos do BM elaborou um documento, aqui mencionado como Approach Paper (AP), que procurava atualizar e aperfeiçoar as disposições contidas na Diretriz Operacional em vigor (a OD 4.20), havendo a expectativa de atingir um amplo consenso e poder vir a substituí-la.

⁵ Na elaboração deste texto, foram utilizados subsídios enviados na época por alguns antropólogos, os quais devo mencionar e agradecer: Silvio Coelho dos Santos (UFSC), Antonio Carlos de Souza Lima (PPGAS/UFRJ), Stephen G. Baynes (UNB), Henyo Trindade Barreto Filho (UNB), Fábio Vaz Ribeiro de Almeida (FUA) e Hécio Marcelo de Souza (INESC). Como de praxe, porém, assumo integral responsabilidade pelas opiniões emitidas, bem como pela síntese e interpretação produzidas.

texto, que, em seu estilo, argumentação e finalidades, está claramente dirigido a um contexto específico – a interlocução com técnicos do BM, órgãos de governo e segmentos da sociedade civil, em uma situação marcada pela possibilidade de revisão das diretrizes vigentes.

É possível encontrar características funcionais ou morfológicas que estejam presentes em todos os povos indígenas⁶ e possam ser utilizadas como variáveis identificadoras pelos técnicos do BM? O primeiro ponto a focalizar é a identificação das populações que podem ser classificadas como indígenas e às quais se aplicariam as diretrizes em debate.

Tomando por base a complexa e diferenciada situação das sociedades indígenas no Brasil contemporâneo, os critérios apresentados pela OD 4.20⁷ se revelam insuficientes para distinguir as coletividades indígenas das que não o são, uma vez que existem sociedades indígenas que não se enquadram dentro de um (ou mais de um) desses critérios.

Apenas para exemplificar, os Guarani-Mbya mantêm uma complexa relação com a terra, envolvendo um processo de deslocamentos cíclicos. Também em inúmeros casos de populações indígenas que sofreram processos de deslocamento forçado e passaram por longos ciclos migratórios, falar em “apego ao território ancestral” pode ser uma caracterização genérica e de senso comum, sem qualquer operacionalidade efetiva.

A maior parte das sociedades indígenas do nordeste e do leste do país não possui mais uma língua exclusiva, e seus membros se intercomunicam por meio do português. Em muitas outras, o português

⁶ Na tradução da OD 4.20 para o português, foi recuperada a expressão “sociedades indígenas”, que consta de um projeto de lei que tramita pelo Congresso Nacional desde 1992 (intitulado “Estatuto das Sociedades Indígenas”). Nos documentos do BM, no entanto, a expressão utilizada é povos indígenas [*indigenous peoples*].

⁷ “Povos indígenas podem ser identificados em áreas geográficas específicas pela presença em variados graus das seguintes características: a) uma íntima vinculação com territórios ancestrais e com os recursos naturais naquelas áreas; b) auto-identificação e identificação por outros como membros de um grupo cultural distinto; c) uma língua indígena, freqüentemente distinta da língua nacional; d) presença de instituições sociais e políticas que derivam dos costumes (*customary*); e) produção primariamente voltada para a subsistência” (OD 4.20, §5º).

é a língua corrente, o uso da língua nativa sendo restrito ao domínio familiar mais íntimo (principalmente a relação mãe-filhos) ou mesmo à realização de rituais específicos. Também as instituições sociais e os costumes não permitem estabelecer com nitidez as fronteiras de uma sociedade indígena, pois muitas delas freqüentemente podem ser compartilhadas com outras coletividades (indígenas ou não).

Considerar que as sociedades indígenas mantenham um sistema econômico voltado para a subsistência tanto não ajuda a diferenciá-las das sociedades camponesas quanto estabelece previamente limites arbitrários (pois nem todos os grupos étnicos estão necessariamente vinculados a uma economia tradicional).

A dificuldade maior com esse tipo de procedimento classificatório, no entanto, é tentar aplicar aos fenômenos socioculturais o mesmo tipo de definição empregado para os fenômenos naturais. As unidades sociais se transformam com uma velocidade, uma radicalidade e uma intencionalidade muito maiores que as mutações biológicas. Ainda que nas sociedades indígenas o ritmo das mudanças não seja tão acelerado quanto o das sociedades industriais, é perigoso procurar conceituá-las (em bloco ou individualmente) como unidades discretas que podem ser descritas por meio da presença/ausência de características genéricas.

Tal equívoco alimenta os estereótipos e preconceitos que se encontram no senso comum e nos discursos cotidianos, nos quais os indígenas são sempre descritos como exemplificações (idealmente cristalinas) de primitividade. Estão necessariamente comprometidos todos os esforços para vir a produzir definições do que é “ser índio”, sejam estes manifestados em classificações administrativas, eruditas ou técnico-operacionais, uma vez que tomam tal representação como ponto de partida.

O problema prático é que todos os classificadores (inclusive os técnicos do Banco) são municiados com indicadores que derivam de uma representação anacrônica do índio como primitivo⁸ e que não se aplicam a numerosos casos concretos. Isso deixa espaço para a frustração de diversas expectativas e muitas dúvidas quanto à condição de indígena de uma dada população. A identificação de uma coletividade como “indígena” se torna uma questão de grau, de maior proximidade ou afastamento do estereótipo da primitividade (cf. Oliveira 1999a).

⁸ Para uma análise de quanto esse anacronismo afetou não só o senso comum ou as políticas de governo, mas a própria teoria antropológica, vide Fabian

Todavia indicar que isso seria resolvido no âmbito das legislações nacionais apenas transfere a questão para outro domínio, não necessariamente mais permeável às reivindicações indígenas. Igualmente remeter o problema a um processo ampliado de consultas (envolvendo governos, ONGs, especialistas e índios) apenas institui um campo de pressões em que ocorre efetivamente uma luta por critérios de classificação, mas não ajuda nem instrumentaliza o técnico, nem tampouco garante a homogeneidade de suas decisões, que no limite serão casuísticas e se darão em resposta a um conjunto assimétrico de interesses e perspectivas.

A idéia de “vulnerabilidade”, utilizada com caráter instrumental na OD 4.20 e no Approach Paper, evidencia o paradigma implícito na noção de “povos indígenas”. Aí podem ser situadas indiscutivelmente sociedades em pequena escala, com tecnologia simples e que vivem em áreas relativamente isoladas. Dentro desse perfil, contudo, existem no contexto brasileiro apenas cerca de três dezenas de povos isolados, que são objeto de uma atuação especial do órgão indigenista, por meio da Coordenadoria de Índios Isolados. No caso desses grupos, tão flagrantemente vulneráveis, torna-se evidente aos técnicos a necessidade de estudos e avaliações prévios, circunstanciados de impactos socioambientais, para a elaboração de qualquer programa de desenvolvimento financiado pelo Banco em regiões limítrofes ou adjacentes; as medidas de proteção e assistência são naturalmente consideradas urgentes e avalia-se como imprescindível e necessária a elaboração de um plano detalhado que deve vir a fazer parte da estrutura do projeto⁹.

Mas e para o restante das 180 sociedades indígenas? Nesses casos, que compreendem 6/7 das existentes no país, o critério de vulnerabilidade não é susceptível de uma aplicação direta e inquestionada. Para populações sedentarizadas e alocadas em unidades administrativas tutelares (os Postos e Áreas Indígenas), a caracterização como indígena procede de um reconhecimento oficial, mas sua vulnerabilidade a programas de desenvolvimento não seria vista como tão dramática e

⁹ “Poderão ocorrer casos, especialmente quando relacionados com os grupos mais isolados, em que os impactos adversos são inevitáveis e planos adequados de mitigação não foram ainda desenvolvidos. Em tais situações, o Banco não apoiará projetos até que planos apropriados sejam desenvolvidos pelo beneficiário do empréstimo e revisados pelo Banco. Em outros casos, pode ocorrer que os povos indígenas desejem ou possam ser incorporados no processo de desenvolvimento” (OD 4.20, §9º).

tenderia a ser tida como circunscrita àquelas unidades e a seus entornos. Em geral, para populações numericamente extensas que possuem contato antigo com o homem branco e incorporaram muitas de suas instituições, as tentativas de aplicação do critério de vulnerabilidade acabarão sempre abrindo espaço e dando foros de legitimidade a um debate sobre a pretensa autenticidade da coletividade, tão ao gosto dos interesses regionais e das instâncias locais de poder (municipalidades e governos estaduais).

O apelo a uma suposta condição de “desvantagem em relação ao processo de desenvolvimento” é um artifício derivado da sociologia do desenvolvimento que não fornece critérios claros para justificar a intervenção do Banco em alguns casos e não em outros, estritamente similares, mas envolvendo população regional “não indígena”. Uma afirmação como a de que “as sociedades indígenas se encontram geralmente entre os segmentos mais pobres da população”, como a que é feita pela OD 4.20 (§5º), pode se apoiar em uma concepção etnocêntrica na qual riqueza corresponde ao acúmulo de bens e mercadorias, e colidir flagrantemente com os fatos cotidianos da vida nas aldeias.

Se a identificação de uma população como indígena, isto é, como objeto de atenção especial do Banco em face de programas de desenvolvimento a serem implementados, depender exclusivamente da avaliação de se e em que grau essa população ainda pode ser dita indígena, deixa-se entreaberta uma porta para os preconceitos e a pressão espúria de interesses contrariados.

É preocupante a ausência de critérios claros e gerais, que se agrava com a permeabilidade dos técnicos aos argumentos e finalidades das múltiplas instâncias diretamente envolvidas na execução do projeto ou programa proposto. Afinal, o grau (implícito) de autenticidade reconhecido pelo técnico (e enunciado como “vulnerabilidade”) às populações da área afetada influenciará fortemente os custos, o ritmo de execução e a própria estrutura do projeto, tendo significativas repercussões sociais e econômicas!

Há necessidade de um critério mais geral que evite a discussão projeto-por-projeto (AP, §8º) e estabeleça parâmetros mínimos para o processo de consulta e negociação com as partes envolvidas. Uma concepção dessa ordem deve se fundamentar em fatores históricos e culturais, evitando cuidadosamente dissolver-se na naturalização dos fatos socioculturais.

Ao falar em indígenas, devemos pensar em coletividades atuais que se reconhecem como descendentes daquelas populações que estiveram

presentes nesse marco territorial antes da chegada dos colonizadores europeus e da constituição dos Estados nacionais. É nessa condição – de coletividades que contribuíram decisivamente para a formação do povo brasileiro e do território nacional – que o Estado estabelece para os indígenas um tratamento diferenciado, com o reconhecimento de direitos especiais. A idéia subjacente não é de forma alguma uma peculiaridade brasileira, mas poderia ser relacionada com um conjunto de procedimentos jurídicos (inclusive adotados pelo BM): a existência de uma política especial e de mecanismos compensatórios¹⁰.

Para dar operacionalidade a essa concepção, é suficiente ater-se aos termos da Convenção 169 da OIT, de 7 de junho de 1989, que corresponde à revisão e atualização da Convenção 107 (de 5 de junho de 1957), refletindo uma postura mais debatida e criticada, que expressa o ponto de vista já consolidado mundialmente entre os juristas especializados. “A consciência de sua identidade indígena (ou tribal) deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção” (art. 1º, item II).

No contexto brasileiro, essa concepção tem sido defendida por alguns antropólogos¹¹ e expressada em definições presentes no “projeto de lei que regulamenta o Estatuto das Sociedades Indígenas” (em tramitação desde 1992 no Congresso Nacional). Foi em função dessa conceituação que utilizamos sistematicamente “sociedades indígenas” para traduzir, com a mesma intenção descritiva, *indigenous peoples*, termo utilizado em inglês nos documentos oficiais do Banco¹².

¹⁰ Para um entendimento da política indigenista brasileira como um mecanismo compensatório, vide Oliveira (1999b).

¹¹ Vide a argumentação desenvolvida para justificar a objetividade e aplicabilidade desse critério no âmbito da definição legal de sociedades indígenas em Oliveira (1998).

¹² Cabe lembrar que, para tranqüilidade de certos setores, “a utilização do termo ‘povos’ [...] não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que podem ser conferidos a esse termo no direito internacional” (Convenção 169, art. 1º, item III).

O segundo ponto é a discussão das condições de salvaguarda das sociedades indígenas ante os impactos negativos de projetos financiados pelo Banco. Nesse ponto, devem ser assinalados na OD 4.20 três avanços importantes no que toca ao aperfeiçoamento dos instrumentos de salvaguarda:

- ♦ o Banco admite o papel de fornecer assistência técnica aos mutuários no sentido de “criar capacidade para lidar com os assuntos indígenas” e fortalecer as instituições oficiais encarregadas dessas questões (§11º e 12º);
- ♦ exige que seja elaborado um plano de desenvolvimento para as sociedades indígenas (§13º) e que todos os esforços sejam realizados para “antecipar os resultados adversos” que poderiam ser induzidos pela execução do projeto (§14º, b);
- ♦ admite a possibilidade de um monitoramento independente (nos casos em que as instituições responsáveis tenham “um histórico de administração deficiente”), recomendando ainda que monitoramentos realizados pelas organizações indígenas sejam incentivados e que os relatórios periódicos de avaliação sejam disponibilizados ao público (§15º, h).

O AP parece aprofundar essa direção ao advogar a necessidade de uma “cláusula de salvaguarda geral” (§14º), mas a seguir estabelece perigosos condicionantes para as situações nas quais se tornaria recomendável a mais extrema cautela. Assim, o Banco não apoiaria financeiramente qualquer intervenção de desenvolvimento que envolvesse a invasão de terras indígenas, a remoção de seus ocupantes tradicionais ou a exploração com finalidades comerciais de recursos ambientais existentes nessas áreas.

Mas o impacto pedagógico positivo de uma recusa taxativa é logo a seguir anulado com uma série correlata de remissões às condições de preparação do plano de desenvolvimento para as sociedades indígenas (OD 4.20, §15º) e para as diretrizes sobre Reassentamento Involuntário (OD 4.30). A intenção normativa se enfraquece pela reiterada sucessão de atenuantes, que acabam soando como verdadeiras “franquias”. *Se acata, pero no se cumple*, diziam os súditos de um imperador espanhol quando as leis reais não lhes pareciam convenientes a seu interesse. O risco é que, regulamentando tão minuciosamente as exceções, a regra permaneça intenção e a lei se aplique apenas por meio dessas exceções.

Uma expressão algumas vezes utilizada para descrever o possível significado de uma “política de salvaguarda” para as sociedades indí-

genas é “mitigar os efeitos adversos”. A ambigüidade contida nessa expressão pode se tornar muito preocupante quando lemos, na OD 4.20 (§7º), que existem “duas abordagens possíveis” para pensar os efeitos de projetos de desenvolvimento junto a sociedades indígenas, uma de “preservação da singularidade cultural” e outra que postula a “aculturação” e partilha dos benefícios do “desenvolvimento nacional”. Tal formulação, a nosso ver, é de efeito desastroso ao explicitar (e admitir!) uma postura integradora e assimilacionista. É de se esperar que, na revisão da OD 4.20, esse ponto seja suprimido, seguindo as recomendações trazidas inclusive pelo AP, o qual pondera que, perante as sociedades indígenas, o processo de desenvolvimento deve fomentar “o respeito por sua dignidade, direitos humanos e singularidade cultural” (§11º) – o que seria totalmente impossível na perspectiva assimilacionista.

Ao adotar uma postura de relativa isenção entre as duas abordagens, a OD 4.20 abre um enorme campo de possibilidades para a atuação dos Task Managers (TMs) (fator que comentaremos no item 4). Paradoxalmente, a estratégia normativa adotada pelo Banco chama a atenção justamente na direção oposta, sugerindo que os projetos aprovados solucionem o conflito entre as duas abordagens por meio da “*participação informada* das próprias sociedades indígenas”, destacando-se o papel das “consultas diretas”, “da incorporação do conhecimento indígena” e do “uso de especialistas experientes” (OD 4.20, §8º). Quais os limites dessa intenção em reconhecer o índio como sujeito de iniciativas próprias (*agency*) e como traduzi-las em critérios e recomendações práticas? É o que focalizaremos no terceiro ponto.

É muito positiva a disposição de debater com os próprios interessados, as sociedades indígenas, os possíveis efeitos negativos de projetos financiados pelo Banco. Mas sem que certas cautelas sejam tomadas, tais iniciativas podem se esvaziar inteiramente, transformando-se, na melhor das hipóteses, em simulacros de participação, e na pior, em canais de imposição e cooptação.

O encontro entre pessoas de diferentes culturas para estabelecer em conjunto um acordo quanto a fatos que afetarão fortemente suas vidas e que tem significações e custos muito diferentes para cada uma delas precisa ser feito segundo uma ética do diálogo, envolvendo condições adequadas de comunicação.

A consulta não deve ser pensada sob a perspectiva de um evento único que cria uma intercomunicação (isolada e paradoxal, como em um teatro do absurdo) entre mundos que, ou se afastam seguindo suas próprias órbitas, ou devoram-se mutuamente, aquele de maior massa arrastando os despojos do outro como seus satélites. A consulta não pode ser uma mensagem colocada em uma garrafa e atirada ao mar, nem um ultimato levado por um mensageiro ao exército inimigo.

Ao contrário, esse processo precisa ser concebido como a construção de uma “comunidade intercultural”, norteadas por regras claras e estabelecidas por consenso explícito, na qual se expressam e interagem interesses e valores divergentes (cf. Cardoso de Oliveira 1996 e Apel 1990). Cada parte traz para o diálogo não sua “verdade” (no sentido impositivo e exclusivista), mas seu ponto de vista (o que exige uma atitude respeitosa em relação ao outro). Do embate dos argumentos deverá resultar um acordo intersubjetivo, explícito ou tacitamente admitido, na consecução do qual ambos os lados estarão comprometidos. Consideradas situações de tão marcada assimetria quanto aquelas características dos programas de desenvolvimento, promover e viabilizar iniciativas que resultem em uma interlocução mais justa e adequada faz parte da responsabilidade moral dos governos (beneficiários de tais projetos) e do BM (que os financia parcialmente).

Sem uma maior explicitação e um maior controle das regras de funcionamento dessa “participação informada”, há risco real de que esse processo se desgoverne e fruste as expectativas de ambos os lados, assumindo a feição de um diálogo de surdos. O teor das consultas diretas é dito como “a identificação das preferências locais” (OD 4.20, §8º); as “organizações indígenas representativas” são igualmente referidas como fornecendo “canais efetivos para comunicar as preferências locais” (§15º, d). Trata-se, então, de escolher entre alternativas meramente locais dentro de um programa já montado de engenharia social, a perspectiva dos índios manifestando-se tão-somente em questões e detalhes em que seja possível exercer uma escolha entre possibilidades múltiplas? Certamente não é essa a expectativa (legítima) das sociedades indígenas! O funcionamento de uma comunidade de comunicação e de argumentação exige um mínimo de simetria entre as partes em diálogo, e isso não pode ocorrer se não for incluído no elenco de respostas indígenas a possibilidade de dizer não e recusar-se a aceitar o projeto proposto.

O diálogo intercultural supõe também um esforço sincero de escuta do outro, um empenho real no sentido de entender seus argumentos e de, em função disso, repensar as prioridades e alternativas.

Ao enfatizar a capacidade das organizações indígenas de lidar com as instituições de governo, ONGs (OD 4.20, §15º, f, iii) e, supostamente, com a equipe do projeto e os técnicos do próprio Banco, condiciona-se o diálogo a uma capacidade prévia do interlocutor. Há sempre um risco de que os mediadores indígenas (os dirigentes das organizações indígenas e as “lideranças” cultuadas ou produzidas pela mídia), muitas vezes sem que a equipe do projeto sequer perceba, sejam instrumentalizados e desconheçam os desígnios das autoridades nativas tradicionais (ou mesmo estejam em desacordo com elas). Isso é especialmente possível porque algumas dessas lideranças, em decorrência dos papéis especializados que desempenham, são mais mediadores que protagonistas plenos da vida sociocultural das coletividades em nome das quais frequentemente são instados a falar.

É fundamental que ocorra efetivamente a incorporação dos líderes tradicionais nessa “comunidade intercultural”. É o que, aliás, propõem as recomendações da OD 4.20 (§15º, d), o que se justifica não apenas pelas razões pragmáticas ali mencionadas (“ocupam posição-chave para a mobilização das pessoas”), mas também porque tais líderes constituem canais mais fortes e profundos para a manifestação dos valores e expectativas de sua cultura, expressa por meio de uma representação mais diretamente sob controle dessas coletividades. Essa parece ser a melhor via para “a incorporação da experiência indígena em abordagens do projeto” (AP, §18º).

Sem um devido acompanhamento – que poderíamos chamar de “antropológico” –, parece muito difícil imaginar a construção dessa “comunidade intercultural”. O papel dos especialistas nesse processo é crucial: seria de pouca utilidade colocá-los em um processo de trabalho altamente compartimentalizado, como em uma “linha de montagem”, operando sob as ordens de planejadores e no âmbito de “equipes multidisciplinares” (nas quais, no entanto, as competências disciplinares fossem rigidamente isoladas e hierarquizadas em termos de poder de decisão). Nesse caso, o especialista apenas concretizaria, na escala étnica, um programa maior e arbitrário de desenvolvimento. Considerando a existência e a importância do componente indígena no projeto, o desejável é que esse especialista atue como interlocutor permanente para o delineamento de diferentes níveis dos projetos, subsidiando inclusive as tomadas de decisão mais importantes.

Quem pode ser adequadamente pensado como especialista para essas tarefas? Caberia aqui recomendar a prática adotada pela ABA na indicação de antropólogos para a realização de laudos periciais e relató-

rios de identificação de terras indígenas. A ABA prioriza inicialmente o conhecimento direto da população mediante uma tese, dissertação ou pesquisa dirigida, e em seguida a titulação, sendo a mínima necessária o mestrado. Supõe-se que quem preenche esses requisitos apresenta um potencial que o qualifica melhor a assessorar um projeto e concorrer para viabilizar um processo de consulta e participação indígena (AP, §17º, d, g; §19º, h).

Isso não significa, no entanto, julgar que indigenistas ou técnicos de outras formações acadêmicas que possuem conhecimento direto e convivência prolongada com essas coletividades devam ser excluídos por princípio da função de especialistas. Inexistindo outras alternativas, há que se fazer uma análise criteriosa de currículos, habilidades e performance em área. Em muitas ocasiões, a experiência, além de ser de difícil verificação, pode trazer consigo o estabelecimento de rotinas de interação e clientelas (que, se também ocorrem na pesquisa antropológica, são temporárias, tangenciais e de mais fácil redirecionamento).

Um quarto e último ponto focaliza a questão da flexibilidade na aplicação dos planos e procedimentos do BM. Na análise conduzida pelo Approach Paper, o entrave maior seria o estabelecimento de um formato único de desenho de projeto, propondo-se como alternativa que, na diretriz a ser revisada, os planos de ação pudessem ser preparados como documentos independentes, com maior possibilidade de adequação (AP, §21º). Em princípio, a recomendação parece procedente, especialmente nos casos em que o componente indígena afeta apenas uma parte menor do projeto.

Embora possamos compreender a necessidade de maior flexibilidade no desenho dos projetos, preocupa-nos o amplo leque de escolhas, com repercussões diametralmente distintas, de que podem lançar mão os técnicos do BM (em especial os Task Managers). Suas opções individuais serão determinantes para os rumos do projeto, partindo já da abordagem escolhida e seguindo pela identificação das sociedades indígenas, pelo dimensionamento e importância atribuídos ao componente indígena, pela condução do processo de consulta aos índios, pela escolha e pré-seleção dos especialistas e consultores etc. Tudo isso pode se passar sem ferir as diretrizes do Banco! Tal fato limita seriamente as conseqüências práticas de todo esse salutar processo de crítica, atualização e revisão periódica de diretrizes operacionais.

Da leitura das diretrizes quanto à elaboração e execução de planos de ação voltados para prevenir e reparar os impactos de projetos financiados pelo Banco junto às sociedades indígenas, fica uma indagação talvez ingênua: quanto dessas disposições sai do papel e é efetivamente praticado? No jogo cotidiano das pressões políticas dos governos (que querem aprovar e iniciar logo os projetos, de modo a executá-los dentro de mandatos limitados), dos interesses das empresas (que executarão os empreendimentos e para as quais todo atraso no cronograma pode significar enormes prejuízos financeiros), das firmas de consultoria (muitas vezes subservientes aos interesses das empresas e dos organismos governamentais), considerando que os técnicos do Banco lidam sempre com recursos escassos e prazos rígidos e que as salvaguardas freqüentemente repercutem em aumento dos custos e alongamento dos prazos, será que o real grau de observância das normas estabelecidas não é muito baixo? Nesse processo de consulta, sentimos falta, por exemplo, de um balanço das intervenções realizadas pelo Banco junto a diversas áreas indígenas do país, no qual se tivesse oportunidade de saber como essas orientações foram postas em prática e qual o impacto que tiveram.

Se todas esses fatores convergem para limitar o cumprimento das disposições de salvaguarda, há que se atuar criando ou fomentando pressões em sentido contrário, que façam com que os TMs passem a incluir sistematicamente em seus cálculos os custos (negativos) de afastar-se dos procedimentos avaliados nas diretrizes como mais corretos. Parece-nos oportuna a sugestão de que as consultas amplas (com governos, ONGs e representantes indígenas, incluindo também as autoridades tradicionais) sejam realizadas antes das reuniões de avaliação (AP, §19º, i). Também a idéia de condicionar a tramitação e aprovação dos projetos à prévia regularização das terras indígenas ali referidas (AP, §20º, j, k, l) parece um procedimento eficiente para acelerar os procedimentos administrativos e vencer barreiras políticas e econômicas, abreviando o encaminhamento de uma questão absolutamente essencial às sociedades indígenas.

Acrescentaríamos ainda duas sugestões pontuais na mesma direção: a) que sejam implementadas avaliações periódicas, por consultores externos e independentes, de modo que ainda durante a execução do projeto haja condições de corrigir possíveis lacunas ou distorções; b) que se estabeleça durante todo o período de implantação e funcionamento do projeto uma rede de acompanhamento por representantes indígenas, escolhidos por meio de consulta direta às coletividades, sendo essa rede devidamente assessorada por especialistas qualificados.

Para finalizar, um comentário estratégico de natureza pedagógica. Critérios mais precisos e mecanismos fiscalizadores, como alguns indicados no AP e outros aqui sugeridos, podem ajudar a manter a necessária articulação entre as diretrizes e as práticas. Mas falta nos documentos alguma afirmação mais positiva, salientando o valor da diversidade cultural, indicando a importância das sociedades indígenas no mundo contemporâneo, qualificando a preservação de seu patrimônio cultural e sua sociodiversidade como dever moral e intelectual da humanidade. A idéia de uma política de salvaguarda, ancorada em uma limitada e genérica noção de proteção aos direitos de terceiros, funciona como estímulo muito leve para que as equipes do Banco venham a se motivar efetivamente no sentido de utilizar os projetos em benefício das sociedades indígenas. Seria o caso de elaborar melhor a noção de política compensatória e refletir sobre a possibilidade de que tais projetos, adotando uma perspectiva mais ampla, como sugere a AP (§22º), e incorporando as próprias concepções indígenas de desenvolvimento, pudessem contribuir para a superação de “padrões históricos de exclusão das populações indígenas”.