

AS NOVAS QUESTÕES JURÍDICAS NAS RELAÇÕES DOS ESTADOS NACIONAIS COM OS ÍNDIOS¹

Carlos Marés²

O NOVO PARADIGMA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

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

Durante a colônia, a expansão territorial européia reconheceu a existência de povos diferenciados, contra eles declarou guerra, exerceu escravidão, e legislou no sentido de integrar os indivíduos indígenas que capitulassem às propostas dos colonizadores, seja pelo casamento, pela catequese ou pela integração como “trabalhadores livres”.

Os estados nacionais elaboraram com ênfase maior ainda o discurso da integração de todas as pessoas como cidadãos. Em nome de um falacioso direito natural de adquirir direitos esqueceu, e pediu que todos esquecessem, a existência de povos. Não só os indígenas, mas todos os pobres e não-proprietários foram marcados no estado nacional por uma exclusão de direitos que sempre foi apresentada como o direito a adquirir cidadania. Isto quer dizer em linguagem jurídica, todos tem direitos iguais desde que os adquiria segundo as regras legais. A aquisição haveria de ser por via patrimonial.

¹Texto especialmente preparado para o seminário **Bases para uma nova política indigenista**, realizado de 28 a 30 de junho de 1998 no Rio de Janeiro, como promoção do Projeto Política Indigenista e Políticas Indígenas no Brasil (Museu Nacional/Fundação Ford). Revisto em janeiro de 2001, após minha experiência como Presidente da FUNAI.

²**Carlos Frederico Marés de Souza Filho** é professor de titular direito agrário e ambiental da PUC-PR e do programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR. Membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos (ILSA). Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Foi Secretário de Cultura do Município de Curitiba, Procurador Geral do Estado do Paraná e Presidente da Fundação Nacional do Índio. Autor do livro **O renascer dos povos indígenas para o direito**, ed. Juruá, Curitiba, 1998, entre outros. É procurador do Estado do Paraná.

Nesta linguagem hermética, todos queria dizer cada um, cada pessoa, cada titular de direitos, deixando de fora os coletivos, as comunidades, os grupos, as corporações, os povos.

A Constituição de 1988 rompeu com este paradigma em duas vertentes extraordinariamente importantes: a primeira, válida para todo o direito, construiu a possibilidade do reconhecimento de direitos coletivos, como os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao patrimônio cultural, e outros chamados interesses difusos³, em contraposição aos direitos individuais; a segunda vertente, em relação a povos indígenas, e em menor escala a “remanescentes de quilombos”, rompeu com o princípio que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato, a integração⁴.

A partir de 1988, portanto, o direito brasileiro constituído passou a reconhecer o direito dos indígenas de continuarem a ser índios sem a necessidade de integração na sociedade nacional e lhes reconhece titularidade de direitos coletivos.⁵

Esta ruptura, porém, não foi prontamente entendida, interpretada e executada pelo Estado e seus poderes. Nem o executivo, nem o judiciário e nem mesmo o legislativo atendeu aos novos preceitos constitucionais. O legislativo tem, nestes onze anos, se omitido de regulamentar e legislar os direitos criados⁶, o executivo insiste em interpretar as normas constitucionais segundo os velhos e revogados paradigmas da integração e o judiciário continua sua cruzada em defesa da propriedade privada individual, sobrepondo-a inconstitucional e injustamente à coletiva.

³Ver a propósito o capítulo intitulado **direitos invisíveis**, que escrevi para o livro **Os sentidos da democracia : políticas do dissenso e hegemonia global**, que tem como organizadores Francisco de Oliveira e Maria Célia Paoli, ed. Vozes/Fapesp/Nedic, pg.307-335.

⁴ Em relação à população negra e aos grupos negros, a legislação anterior a 1988 é absolutamente omissa, inclusive do século XIX quando os escravos, embora tivessem direitos como escravos (manumissão, por exemplo), não eram reconhecidos legalmente. Pela primeira na História do Direito brasileiro, em 1988, há um reconhecimento de direitos coletivos de grupos negros. Outras etnias, como os ciganos, são ainda olímpicamente omitidos.

⁵ Ver a propósito meu livro **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba : Juruá. 1998.

⁶ A renovação do Estatuto do Índio, de 1973, peça clássica do integracionismo, em vigor, ficou parada durante todos os anos do Governo Fernando Henrique, que por inconfessáveis razões não permitia que seus aliados o fizessem avançar. Em março/abril de 2000, pressionado pelas festividades dos 500 anos e da grande mobilização indígena, permitiu que o Congresso voltasse a discutir o tema, que agora está em fase final na Câmara dos Deputados, com previsão para aprovação em 2001.

AS ARMADILHAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição que criou uma tão profunda ruptura deixou em sua estrutura algumas brechas, como armadilhas que o aplicador ou o titular do direito acaba caindo quando procura aplicá-la ou simplesmente defendê-la.

A primeira armadilha, e provavelmente a maior e mais importante, válida para todos e, por isso mesmo, também aos povos indígenas, é a formação de lacunas no sistema. Cria direitos, especialmente os coletivos, mas também individuais, e não os regulamenta a ponto de impossibilitar sua pronta efetividade.

A própria constituição reconhece estas lacunas, tanto que em seu artigo 5º, inciso LXXI estabelece que 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 a cidadania caberá mandado de injunção. O mandado de injunção é, portanto, uma forma de colmatar a lacuna existente pela falta de norma regulamentadora. Além do mandado de injunção, há reconhecimento de lacunas quando a constituição admite a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade por omissão, outra forma de calmatagem.

Estas lacunas são criações de direitos novos, ou a elevação de interesses, desejos, sonhos, à categoria de direitos, mas ao admitir que são lacunas, a Constituição está admitindo a possibilidade de um direito constitucionalmente estabelecido possa não ser realizado. Apesar de ser um absurdo, é exatamente como o executivo e o judiciário vem entendendo o fenômeno, sem dizê-lo claramente, é bem verdade⁷.

As armadilhas da constituição vão, porém, mais além das lacunas que ela mesma cria, pelo menos em dois momentos dá margem a interpretações que podem valorizar princípios que ela supera, como a primazia da propriedade privada individual sobre a coletiva.

Na primeira delas confunde ou permite que intérpretes influenciados pelo velho sistema confundam produtividade com função social da propriedade fazendo com que aquele conceito individualista, por sua vez confundido com rentabilidade, se passe por este de conotação evidentemente social e coletiva, tornando ineficaz a subordinação da propriedade privada individual à sua função social, coletiva, portanto.

⁷ Sobre este tema de lacunas escrevi um artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, ano 34, nº 133 jan/mar 1997, Brasília, p. 5-16, sob o título **O direito constitucional e as lacunas da lei.**

O outro momento é diretamente ligado com a questão indígena. Depois de conceituar a terra indígena com precisão e abrangência, segundo os usos e costumes do próprio povo⁸, entrega à União a competência para demarcá-las. Os privatistas interpretam essa competência como a capacidade da União de dizer, ela e não a constituição, quais são os limites da terra indígena.

Estas pequenas armadilhas estão espalhadas pelo texto constitucional 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.

Estas armadilhas muitas vezes fazem parecer que não houve ruptura e o sistema jurídico continuaria a ser protetor da propriedade absoluta, da integração dos povos indígenas, como indivíduos, à sociedade envolvente e da inexistência de direitos coletivos. Não é porém isso verdade.

OS DIREITOS COLETIVOS DOS POVOS INDÍGENAS

Voltemos, então, ao estudo das rupturas, especialmente aos direitos coletivos dos povos indígenas.

Os direitos coletivos tem titularidade difusa, não apropriável individualmente, mas difusamente espalhada por todos. Os titulares dos direitos coletivos são todos, mas não o todos que significa cada um, do direito individual, mas o coletivo geral, nacional ou humano.

Para os povos indígenas há que distinguir dois direitos diferentes. Um que pertence a toda humanidade e outro que pertence a cada povo. O primeiro pode ser chamado de direito a sociodiversidade, que é o direito de todos à existência e manutenção dos diversos povos. Este direito é quase uma obrigação, porque obriga cada povo ao respeito pelo outro. Este é um verdadeiro direito à auteridade e tem estreita relação com o direito à biodiversidade. O direito aqui é o direito à existência de todos os povos e de todas as espécies naturais, enquanto povos e espécies, sem se importar com os indivíduos.

⁸ Textualmente diz a constituição no 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**".

Entretanto, há evidentemente um outro direito coletivo dos povos e das minorias, que não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. Estes direitos, das minorias étnicas e dos povos, se comparam aos direitos nacionais quanto à titularidade, somente são titulares, os membros daquele povo, como tal reconhecido. É claro que estes também são direitos coletivos, porque não são a mera soma de direitos subjetivos individuais, pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado a promover a sua defesa, que beneficia a todos. Este direito é indivisível entre seus titulares, uma eventual divisão do objeto fará com que todos os titulares do todo continuem titulares das partes, não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis.

Estes direitos se dividem em pelo menos três categorias, os direitos territoriais, os culturais, e os de organização social própria.

Não deve se confundir o direito coletivo com o exercício da ação judicial protetora que é uma ação tipicamente estatal e regulada pelo direito nacional. Para propor ação protetora, em teoria, a situação é idêntica a dos sindicatos que defendem os direitos coletivos da categoria que representa. O direito brasileiro, porém, faz uma distinção na própria constituição, já que garante aos povos indígenas uma legitimidade muito especial entregue ao índios, suas comunidades e organizações. Quanto aos sindicatos, a constituição reservou ações coletivas muito limitadas e a jurisprudência vem exigindo que a representatividade seja apenas dos filiados e desde que precedida de autorização pela assembleia geral, limitando ainda mais a norma constitucional⁹.

Dentro do sistema, a dificuldade está em aceitar os direitos coletivos, a representatividade e legitimidade para agir é adjetivo ligado muito mais à eficiência do poder judiciário, impotente para decisões coletivas, do que ao efetivo e necessário exercício dos direitos coletivos.

As armadilhas da constituição neste particular se voltam para o poder judiciário que tendo dificuldade de reconhecer os direitos coletivos, põe tropeços procedimentais à sua realização. Concretamente, o Supremo Tribunal Federal impôs tantos limites ao mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão que as transformou em verdadeiras lacunas, vazios, inutilidades, assim como o poder executivo tenta, por meio de medidas provisórias impor restrições às ações coletivas.

⁹ A Medida Provisória nº 1.789-1, de 11 de fevereiro de 1999, dispõe que nas ações coletivas a entidade associativa deve juntar a ata da assembleia que autorizou a ação bem assim como a relação nominal dos associados e indicação de seus endereços.

DIREITOS TERRITORIAIS

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

Cada povo indígena tem uma idéia própria de território, ou limite geográfico de seu império, elaborada por suas relações internas de povo e externas com os outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver. Por isto mesmo, dentro dos direitos territoriais, estão os direitos ambientais que têm uma ligação estreita com os culturais, porque significam a possibilidade ambiental de reproduzir hábitos alimentares, a farmacologia própria e a sua arte e artesanato. Além disso é fácil imaginar que cada povo sabe a história, real ou mítica, de seu território, conhecendo, portanto, sua extensão e limites.

Aos direitos coletivos indígenas territoriais a constituição de 1988 estabeleceu que são originários, isto é, nasceram antes da própria constituição, pertencem à categoria de direitos naturais que não necessitam de lei para terem vigência e reconhecimento.

A constituição ordenou também que se reconheça o território indígena pelo critério do povo que detém o direito, quer dizer, são os usos, costumes e tradições indígenas que marcam os limites deste território naqueles quatro elementos: as terras habitadas, as utilizadas, as imprescindíveis a preservação da natureza, e as necessárias ao bem estar e reprodução física e cultural do grupo.

Desta forma, qualquer regulamentação que sobrevenha terá que dispor nos limites deste comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo.

É fácil verificar que as regras que hoje vigoram para a demarcação não obedecem ao comando, ao contrário, admite que possa haver direitos individuais sobre terras indígenas, tanto que usa 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. É o Estado usando as brechas, armadilhas da constituição contra os direitos coletivos.

A organização estatal brasileira em relação aos povos indígenas sempre esteve muito ligada à questão territorial e, portanto, esta nova disposição constitucional deveria alterar as política indigenista profundamente.

Antes de Constituição de 1988 se poderia dizer que o Estado escolhia a terra indígena, demarcando-a. Embora fosse um direito, havia um poder discricionário do Estado, de tal modo que gerou a política deformada de fixação de indígenas em terra que nem sempre lhes correspondia como território, na idéia de “liberar” terras para exploração ou uso público, como estradas ou projetos desenvolvimentistas. Assim, por exemplo ocorreu a expropriação criminosa do Vale do Guaporé em relação ao povo nambiquara, a construção do Parque Nacional do Xingu acomodando povos inimigos, do qual a questão Panará é um eloqüente exemplo, o confinamento dos guaranis e caiovás no Mato Grosso do Sul para projetos de colonização, sem falar em toda a crueldade da dispersão dos índios do nordeste para uso de suas terras, a exemplo do território pataxó há há hãe, 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, até o dia em que todos os indivíduos do povo fossem integrados e, passando a terra a ser disponível como as outras. Com a mudança constitucional de 1988, rompido o princípio, a política de reconhecimento e demarcação das terras haveria de mudar. E de fato mudou. Não tanto como gostariam os índios e seus povos, mas visivelmente. As novas terras demarcadas respondem mais ou menos a direitos e à real ocupação do território segundo os usos, costumes e tradições. Assim foram demarcadas as terras Yanomami, Alto Rio Negro e está sendo demarcada a terra do Javari. Com este fundamento foi reconhecida a terra dos Panará que afinal conseguiram sair do Parque do Xingu.

A questão política e administrativa que fica pendente é saber o que fazer com as terras demarcadas com equívoco ou intencionalmente reduzidas, especialmente as do nordeste, centro-oeste e sul brasileiro. Estas regiões resultam ser as áreas indígenas de maior conflito, porque enquanto a luta dos índios em outras regiões é contra quem o Estado considera fora da lei, madeireiros violadores de leis ambientais, mercadores de bens extraídos em terras alheias ou públicas, garimpeiros, traficantes e contrabandistas, nestas os ocupantes tem títulos considerados legítimos pelo Estado, o que faz com que o vilão seja o próprio Estado, que a final deverá pagar uma conta alta pela vilania. Exatamente por isso se pode afirmar que o maior problema de terras indígenas no Brasil atual está nestas regiões e não na Amazônia.

Nesta primeira consideração já se pode tirar algumas tarefas fundamentais para uma nova política indigenista:

1. prosseguir a demarcação das terras indígenas em restrita obediência ao direito dos povos, definindo o território pelos usos, costumes e tradições de cada povo.

2. Demarcar áreas suficientemente extensas para os povos sem contato e promover a proteção da área sem buscar contatar os povos que aí habitem.
3. Corrigir os erros e injustiças do passado, redefinindo as terras que foram demarcadas a menor, procurando chegar o mais próximo possível da necessidade indígena atual. Estas áreas devem ser não só recuperadas do ponto de vista da ocupação, mas também do ambiental, porque o direito indígena não é por uma terra agriculturável, mas sim que dê condições à sobrevivência segundo os usos, costumes e tradições, evidentemente já alterados pelos longos anos de contato. A aplicação desta política geral se concretiza localmente, é impossível ter uma receita para todos os povos e todas as regiões.
4. Favorecer a vida de povos indígenas que não tiveram preocupação com a demarcação de território, especialmente os guaranis do sul do Brasil que logravam viver no que ia restando de matas, mas hoje se vêem confinados em Parques do litoral sul, já que as matas deixaram de existir, e passaram a ser pressionados inclusive por ambientalistas.

Nestas tarefas se incluem, de modo muito claro, a necessidade de enfrentar interferências políticas locais, como é o caso da área macuxi Raposa Terra do Sol em Roraima, cuja demarcação somente 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. Também faz parte da tarefa o enfrentamento jurídico, já que a propriedade privada é ainda um dogma sacramentalmente mantido pelos Tribunais. É necessário montar ações anulatórias de títulos de terras indevidamente concedidos e usar o poder jurídico do Estado brasileiro para garantir o direito coletivo indígenas. Entre as situações judiciais mais contundentes estão o caso pataxó há há há e as disputas dos guaranis do mato grosso do sul. Esta perspectiva fortalece a idéia de que as políticas indigenistas devem ser locais ou regionais, embora impulsionadas por órgão nacional.

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 o povo se diferencia dos outros. Estes direitos também tem a dupla perspectiva de ser um direito de todos, incluindo os alheios ao grupo, de que a cultura seja preservada, e o direito de cada membro de grupo de manifestá-la individualmente, inclusive o de inibir o uso por terceiros.

É direito de cada povo manter sua cultura, seu saber, sua religião, sua medicina e seu direito. Mas é também direito de cada povo beneficiar-se dos avanços, descobertas e saberes que possam de uma ou outra forma melhorar sua vida, segundo sua vontade e cosmovisão. Nisto está entendido que somente ao próprio povo, embora tenha direito a conhecer e beneficiar-se das conquistas tecnológicas e científicas, cabe dizer se deseja ou não esse benefício que sempre tem um custo social, não raras vezes fatal para sua cultura.

Neste particular alguns aspectos dizem respeito à relação dos povos indígenas com o Estado e interferem nas políticas públicas, como a educação, a biodiversidade e os conhecimentos indígenas e os associados e o patrimônio cultural e artístico.

A educação é um tema de alta importância e gravidade. Embora a Constituição garanta como direito dos povos indígenas a educação bilíngüe, tem sido entendido como uma obrigação aceitar o caráter bicultural. Na realidade, a interpretar o texto pelo princípio da liberdade dos povos viverem como povos, cabe a eles dizer que educação querem ou farão, tendo o Estado brasileiro obrigação de oferecer-lhes ou ministrá-lhes o que pedem e não o contrário, obrigando-os na prática a um aprendizado das coisas e da língua portuguesa.

Aliás toda a educação estatal está concebida como um reproduzidor monocultural, e isto acaba por causar problemas não só aos indígenas, mas também aos ciganos, às comunidades negras e até mesmo às comunidades rurais que recebem uma educação “universal” urbana¹⁰. Em relação aos índios há um acréscimo, um plus. a língua, que a rigor também existe nas outras comunidades. Não raras vezes o multiculturalismo aplicado se traduz em conteúdo universal expresso em línguas diferentes, o que é também uma imposição ou colonialismo cultural, mais eficiente talvez.

Do outro lado da educação “universal” estão os conhecimentos tradicionais sobre plantas e animais que tem ganhado relevo especial para a produção de fármacos e outras decantadas maravilhas tecnológicas e genéticas. A proteção desse conhecimento, que é coletivo, deve ter o caráter de evitar que pessoas ou instituições dele se apropriem e utilizem, não apenas sem autorização, mas contra a vontade do grupo e impedindo muitas vezes o uso pelo próprio grupo. Neste particular pode se dizer que a proteção é ao conjunto cultural, portanto ao patrimônio cultural do povo. O direito sobre este patrimônio é coletivo do povo, mas também o é de todos os outros de ver mantida a integridade daquele povo, portanto se insere no direito a sociodiversidade.

Ao lado do patrimônio cultural e nele inserido, está o patrimônio artístico do povo. A proteção a este patrimônio está também garantida na Constituição, mas merece uma observação, a titularidade do patrimônio artístico é coletiva, sempre, mas há garantia, também de autoria, esta, para o Direito brasileiro sempre individual. Neste particular há grande diferença em relação aos povos indígenas, cuja produção artística é sempre coletiva. Quer dizer, 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 é o caso indígena. Aos coletivos e mesmo individuais não nominados estes institutos chamam de anônimos, e os consideram de domínio público, isto é, propriedade intelectual não garantida. Por analogia tendem a não proteger os direitos de autor dos índios por serem criações coletivas, anônimas. Esta situação já deveria ter sido alterada, porque a Constituição garante a proteção a mais este direito coletivo indígena.

Nesta questão cultural também se pode deduzir algumas tarefas fundamentais para uma nova política indigenista:

1. Rediscutir a educação multicultural, fortalecendo as culturas locais e oferecendo um caminho aos indivíduos indígenas escolhidos pela comunidade de acesso franqueado ao conhecimento "universal".
2. Estabelecer formas de proteção aos conhecimentos tradicionais, impedindo que a sociedade de mercado e consumo transforme-os em bens de valor de troca sem benefício às comunidades portadoras. Principalmente garantindo o respeito aos valores culturais de cada povo.
3. Proteção ao patrimônio artístico de cada povo, reconhecendo autoria coletiva não anônima e como tal dando-lhe proteção. Esta tarefa é cumprida ou criando um instituto próprio ou usando um já existente, como, por exemplo o Museu do Índio, dando-lhe competência para reconhecer a autoria.¹¹

¹⁰ A Constituição Brasileira de 1988 garante a pluralidade cultural do País, mas deixa aberta a questão da educação, portanto este é um tema a ser enfrentado pela nacionalidade seriamente.

¹¹ Enquanto Presidente da Funai estabeleci, por portaria, competência ao Museu do Índio para ser o depositário dos bens artísticos e culturais indígenas, entretanto é necessário o reconhecimento por lei formal da garantia à autoria coletiva.

Estas tarefas, de igual modo que as territoriais, somente podem ser realizadas se forem definidas em políticas públicas regionais ou locais ou ainda para cada povo, porque haverá de ser muito diferente a realidade de cada um, os riscos e as necessidades, sempre, é claro, executadas por um organismo nacional.

DIREITOS DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL PRÓPRIA

A Constituição garante, como direito coletivo dos povos indígenas a sua organização social. Quer dizer, têm direito à auto-organização, o que compreende não só as formas de poder interno, as de representação e as de direito, inclusive de solução de conflitos. Este direito, portanto, diz respeito às questões internas do povo e varia não só de povo para povo, como da forma e intensidade do contato com comunidades não indígenas e com o Estado Nacional.

O reconhecimento do poder interno é um tema de muito difícil aceitação para o Estado nacional, por um lado pelo temor de que o poder interno se transforme em autodeterminação e busca de construção de um novo Estado nacional, por outro, as elites tem um antigo costume de manipulação e influência nos poderes internos. Tem se visto com muita frequência o Estado, as Igrejas, ONGs e até pessoas manipularem esse poder interno, alterando o comando tradicional as vezes pela singela razão do líder tradicional não falar português e, de forma recorrente, para exercer domínio sobre o grupo. É evidente que esta manipulação histórica, e que continua existindo, é violadora do direito à auto-organização expresso na Constituição Federal, mas é evidente também que não é fácil coibir esta violação que faz parte da cultura da elite brasileira e utilizada por amplos setores até mesmo em oposição à elite.

Teoricamente, para o Direito, a legitimidade do poder interno há de se dar segundo os usos, costumes e tradições, isto é, a lei interna indígena. Muitas vezes, porém, esta lei interna, no contato, se esgarça, se altera, se modifica a ponto da estrutura social ficar abalada. Quanto maior a interferência do Estado e das outras instituições, mais abalo causa, daí ser regra de ouro o princípio da não intervenção, da busca pelo não contato onde for ainda possível tal opção. Deixando que os povos chamados isolados continuem a viver sua vida livre, devendo o Estado garantir a integridade do território em que estiverem.

Este direito diz respeito a forma como o povo mantém viva a sua cultura e preserva o seu território, porque é a garantia do estabelecimento de poderes internos de representação e, inclusive, de definição de legitimidades internas para reivindicar os direitos. 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 assim se passa dentro da coletividade, onde pode se estabelecer hierarquias próprias de reivindicação. A comunidade pode estabelecer critérios internos pelos quais determinadas pessoas integrantes do grupo tem legitimidade para determinados direitos e outras não.

Fazendo parte integrando fundamental do direito à auto-organização, está o poder do povo dar solução aos conflitos internos, segundo seus usos, costumes e tradições, naquilo que se pode chamar de jurisdição indígena. Claro que a jurisdição indígena é para resolver conflitos internos e aí o direito dos povos indígenas, suas formas e princípios podem valer, mas quando se trata de conflito entre os direitos coletivos dos povos indígenas e direitos individuais nacionais, como a propriedade, já não basta a jurisdição indígena, é necessária a presença do Estado para coibir o direito individual. O confronto entre os direitos coletivos expressos aqui e eventuais direitos individuais somente podem ser solucionados com a presença dos Estados Nacionais, segundo suas leis, daí a importância da atualização da legislação indígena e da normatização destes direitos.

Tem sido relativamente fácil aos Estados nacionais aceitarem a jurisdição indígena, muitas vezes, por preconceito, não aceitando o nome, mas admitindo o fato. As leis nacionais, e mesmo as normas internacionais, têm aceito que os mesmo povos, internamente, resolvam seus problemas, desde que não firam a legislação nacional. Normalmente o que está em jogo nestas jurisdições alternativas são delitos de pequeno potencial ofensivo, nada mais do que isto, assim mesmo preconceituoso, porque estabelece o limite da lei nacional.

Entretanto deve se deixar claro que a jurisdição indígena, dentro dos territórios tem se feito pelo império dos fatos e deve continuar se fazendo pelo império da Constituição, porque ainda que não textualmente, há o reconhecimento deste 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. E não pode ser isto um simples discurso. É claro que com a maior intensidade de contato, a organização social vai sofrendo abalos de toda ordem. É visível hoje em muitas regiões aldeias que por terem se fixado por muito tempo e por terem recebido serviços públicos, passaram a concentrar um grande número de pessoas, alterando totalmente a forma tradicional de convivência. Hoje existem verdadeiras cidades indígenas, como Belém do Solimões, que conta com uma população de mais de 4.000 ticunas.

Belém do Solimões é apenas um exemplo, mas não pode mais ser chamada de aldeia, para abrigar permanentemente mais de 4.000 pessoas, muitos serviços urbanos são necessários, de arruamento a esgoto. Para aglomerações deste tipo o órgão indigenista tem que traçar uma nova política, diferente de tudo o que já havia e que atenda a organização social que daí foi gerada. Esta situação reforça o caráter regional ou local e que deve assumir cada faceta da política pública indigenista, que embora careça de um órgão nacional, não pode ser ditada genericamente desde Brasília.

Também se pode deduzir algumas tarefas fundamentais para uma nova política indigenista neste capítulo de direitos à auto-organização:

1. A primeira tarefa é óbvia, o Estado tem obrigação de não intervir e de não permitir que o façam, punindo quem viola a proibição. Quer dizer, o Estado tem que garantir a incolumidade do povo que vive segundo seus usos costumes e tradições. A dificuldade desta tarefa não está em relação aos índios Chamados isolados, mas justamente naqueles cuja relação com a sociedade envolvente já tenha causado transtornos e alterações à sua vida social tradicional.
2. A segunda tarefa é reconhecer os diversos níveis de representação e entender claramente as legitimidades internas e externa e responder de acordo com legitimidades.
3. Incentivar as formas de solução alternativas de conflitos internas e repudiar as externas para contradições internas.

As políticas públicas fundadas nestas tarefas, como as anotadas anteriormente, somente ganham sentido ao serem elaboradas para cada povo, região ou local, sob pena de aumentar a indesejada interferência do Estado nas coisas indígenas.

OS PRINCÍPIOS DA POLÍTICA INDIGENISTA

Uma nova política indigenista, assim, há de ser estruturada sobre as 10 tarefas apresentadas acima e, ainda mais três outras: uma nova posição do Brasil em relação aos índios no cenário internacional; uma eficiente defesa dos direitos dos povos indígenas frente aos Tribunais brasileiros e internacionais; uma política especial para os povos de fronteira.

É conhecida a posição anti-indígena que sempre assumiu o Brasil nas instâncias internacionais, inclusive com a demora em aceitar internamente princípios e normas de proteção, como a Convenção 169, da

OIT. Tanto no Fundo Indígena, como na Convenção da Biodiversidade, o Brasil evita ser representado por indígenas¹². É urgente mudar a política externa e aceitar as representações indígenas nos diversos órgãos e instâncias internacionais.

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu que o índios, individualmente, as comunidades e as organizações indígenas, são partes legítimas para postular em Juízo a defesa dos direitos coletivos dos povos. Deu a mesma competência ao Ministério Público Federal, sem excluir a da FUNAI. É necessário que se organize essa defesa do ponto de vista do Estado. Os índios e suas organizações próprias e de apoio, podem e devem se resolver quanto a isto sem maiores detalhamentos legais, mas o Estado, não. É necessário estabelecer não só o direito, a competência, a legitimidade, mas também a obrigação do MPF postular em defesa dos direitos indígenas onde e quando forem violados, inclusive e especialmente quando o violador for o próprio Estado. Neste sentido há que ampliar esta competência/obrigação para a jurisdição internacional, na OEA, ONU, OIT, etc.

Um dos mais delicados temas ligados à questão indígena é o que trata dos povos de fronteira. A sensibilidade do tema se dá por diferentes razões, desde a soberania nacional, ameaça de conflitos internacionais, até pequenas questões como a aposentadoria rural concedida para “estrangeiros”, isto é índios do outro lado da fronteira reivindicam aposentadoria como se vivessem com os parentes de cá. É necessário enfrentar a situação e traçar políticas que resolvam desde a minguada aposentadoria até a relevante questão de soberania. Mais uma vez as políticas públicas devem ser locais, porque haverá de ser tratado diferentemente a situação de cada região e povo, dando importância à situação específica de cada povo e do país fronteiriço de que se trate. Entretanto, parece imperioso que se diga que não está de acordo com a Constituição de 1988 deixar de garantir a incolumidade do povo, assim, se parte dele vive fora das fronteiras brasileira, não se pode sonegar àquele direitos mínimos que se dá a esta sob pena de gerar, só por isso, diferenças que podem interferir na organização que se pretende proteger.

Se pode ver claramente que estes, agora, 13 pontos, dependem não de um política geral e abstrata, mas de um concretização local, regional, por povo. Também é claro que a ênfase de cada ponto há de ser estabelecida local ou regionalmente, sempre em discussão com o povo ou povos envolvidos. É claro, também, que em todas estas políticas, traçando o elo entre elas, está a questão do desenvolvimento social e

¹² Na reunião da Convenção da Biodiversidade ocorrida em Sevilha, em março de 2000, onde se discutiu a proteção dos conhecimentos tradicionais, sendo Presidente da Funai exige que na delegação brasileira estivesse formalmente credenciado um representante

econômico do povo. Sendo assim, o princípio a ser observado é o de que o desenvolvimento é um direito, mas o conceito de desenvolvimento somente pode ser definido pelo próprio povo, a partir de consentimento informado, e diga-se, bem informados.

Isto tudo significa que a política indigenista tem que obedecer aos princípios da não-integração, do consentimento informado, do respeito à decisão indígena tomada. Quer dizer o princípio é garantir que povo possa viver segundo a sua vontade na construção de seus sonhos coletivos.

Curitiba, janeiro de 2001.

indígena, o que foi aceito e efetivado, talvez fruto do momento histórico que se vivia, mas que pode servir de exemplo para o futuro.