

I - Modelos de Constituinte e a participação dos índios

Diferentes estratégias podem ser acionadas concomitantemente para que haja participação de representantes dos povos indígenas, no mínimo, no debate em torno da reforma constitucional. É este um momento político catalizado de certos jogos de correlação de forças sociais do começo de um governo que se diz democrático e pluralista. É evidente que tais estratégias precisam ser modificadas, dependendo da forma de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte - original ou derivada - tendo como objetivo garantir o espaço dessa participação até o fim. Constituinte é uma entre outras questões que virão em breve a mexer com a vida dos índios, lá onde eles estejam: a terra dos Pataxó, as minas de Surucucu, os projetos educacionais, o "to be or not to be" da FUNAI, os novos Ministérios, etc. sem esquecer os ajustes financeiros internacionais, o futuro dos Programas de Desenvolvimento. Vamos a três pontos:

1) Se restringirmos o problema à articulação partidária, aspecto importante, cabe um trabalho de pressão e informação de certos parlamentares dos diferentes partidos para que a questão indígena passe de parágrafo das plataformas políticas a programas de ação. PMDB, PDT, PT e até o PFL resolveram mencionar essa questão em suas plataformas, com alguns pontos programáticos muito gerais, princípios vagos.

As entidades de apoio ainda são úteis e podem ser eficazes nesse trabalho, e o envolvimento do Dep. Mário Juruna fundamental. Achamos que no que concerne a Constituinte, o que se deveria reivindicar é uma participação indígena efetiva, na Assembleia, com um número ade-

quado de componentes, em pé de igualdade, trabalhando com Juruna no caso em que este Congresso seja empossado de poderes constituintes. Um dos desdobramentos previsíveis do movimento indígena, em suas diversas formas de organização, é a postulação de cargos eletivos. Veja-se a posição de Marcos Terena e o grupo de Brasília. Se se chegasse a uma Assembléia livremente eleita, sem dúvida outro trabalho deverá ser feito para garantir os espaços de expressão das diferentes perspectivas de participação que existem no movimento indígena.

2) Há propostas que prevêm candidaturas desvinculadas de compromissos partidários. O próprio Ministro da Justiça colocou em pauta os chamados " candidatos avulsos ", hipótese criticada por permitir um acesso direto a lobbies econômicos.

Mas em relação a representação indígena há uma que nos parece uma garantia dos direitos, novos e velhos, que se quer defender. Trata-se de reivindicar um dispositivo na própria legislação que regulamentará a Assembléia Nacional Constituinte que viabilize uma representação indígena em caráter especial, partindo da constatação do alojamento que tem marcado historicamente as relações entre o Estado e os povos indígenas, sendo-lhes vedado, mais do que a qualquer outro segmento marginalizado, o acesso aos canais jurídicos e parlamentares.

3) Pensando nos planos já expostos pelo novo governo - a Comissão Constituinte a ser implementada por decreto até 15 de maio e a Comissão, anunciada pelo Ministro da Justiça, que deveria examinar os decretos inconstitucionais promulgados nos últimos anos do governo Figueiredo e reformas na Legislação especial - precisa demarcar espaços nesses dois campos também.

Quanto a Comissão Constituinte, incumbida de elaborar um ante-projeto

de Constituição, poderia ser criado um grupo de trabalho que acompanhe de perto e produtivamente esta Comissão, grupo que esteja em constante contato com a realidade indígena, entidades e indigenistas. O INESC poderia ser centro de articulação do grupo e canal de informação. Aqui também se recoloca o problema da representação dos índios. Quanto à segunda iniciativa, a composição desta outra comissão se espera que não seja mais uma vez decidida por indicações de cúpula, mas assunto divulgado e discutido.

II- Os índios nas Constituições do século XX.

Os textos constitucionais de 1934 (art. 129), de 1937 (art. 154), de 1946 (art. 216), de 1967 (art.186) e de 1969 (art. 198) fundamentalmente se repetem, embora o vigente seja o mais elaborado e segundo vários comentadores represente um avanço com respeito aos anteriores em termos de precisão e ampliação das definições jurídicas . Com exceção da Constituição de 67, que não cogitou da inalienabilidade, todos os demais textos estabelecem três direitos fundamentais que definem a relação jurídica do Estado e das populações indígenas com as terras que estas ocupam, sendo evidentemente foco de atenção a questão do tipo de propriedade a ser definida. Tais direitos são basicamente: para o Estado a propriedade propriamente dita, as terras indígenas são bens da União, bens públicos com um caráter especial , pois aos índios é reconhecido o direito à posse , embora seu tratamento seja, também, de posseiros especiais, como veremos. Ainda, as terras indígenas são inalienáveis, ou seja não podem ser objeto de compra e venda. Terceiro, aos índios se reserva o direito ao usufruto das riquezas naturais.

Esses textos constitucionais não fazem outra coisa, na verdade, a não ser consagrar o indigenato, figura jurídica herdada da época colonial.

A configuração do indigenato está consubstanciada ideo-

logicamente na teoria da tutela, concebida como versão da antiga custódia. As populações indígenas não são encaradas enquanto povos soberanos, ou se preferirmos o termo, Nações soberanas, como tal sujeitos de direitos plenos, mas sim como povos conquistados e submetidos ao regime colonial, tutelados orfanologicamente. O conceito de tutela tem sido modernizado até os dias de hoje, não deixando de subexistir como legado colonial. Assim, se as terras indígenas não podem ser consideradas terras nullius à luz do humanismo do discurso jurídico moderno e se os povos indígenas não são liberados da tutela, sem direitos plenos, a alternativa deste discurso foi atribuir o direito de propriedade ao Estado, criando complementarmente uma figura de posse especial. Esse quadro permanece o mesmo, mesmo quando, modernamente, a tutela passa a ser concebida de maneira um pouco distinta, em termos da lei ordinária e não da Constituição.

A este propósito veja-se a Justificativa do Projeto de Lei 6001/73, elaborado pelo Ministro Themistocles Cavalcanti, em que a tutela foi objeto de preocupação especial. A idéia era dar um sentido adequado à verdadeira natureza da suposta incapacidade decorrente da tutela, sendo que tanto o indivíduo índio como os índios em geral são caracterizados pelo Código Civil desde 1916 como relativamente incapazes equiparados no exercício de seus direitos aos menores entre 16 e 21 anos. Cavalcanti, inspirado no direito norte-americano, visto como realização máxima da modernidade jurídica, desloca o conceito privatista de custódia - sendo o tutor responsável, educador e administrador de bens - para o sentido de assistência e proteção. É o Estado, a Nação que deve garantir a sobrevivência dos índios e seus direitos políticos, um Estado napoleônico, soberano, abstrato.

Considerando esse contexto ideológico e histórico, podemos dizer que, se a Carta Régia de 1934 foi o primeiro texto constitu-

cional a reconhecer esses direitos , o de 1969, uma vez incorporada a Emenda nº 1 que modificou a redação anterior de 1967, parece apresentar avanços quanto à questão das terras, mantendo o continuimo de seus pressupostos. A aprovação da Emenda nº 1 se deu em situações bastante dramáticas , segundo o testemunho do indigenista Nilo Vellozo, dado que o texto de 1967 tinha simplesmente eliminado a garantia à inalienabilidade e que a sustentação da Emenda só foi possível por uma vigília de alguns poucos interessados, passando despercebida aos grupos de interesses anti-indígenas representados no parlamento de então. Tudo isso no clima autoritário daquele período, que informou a elaboração, os estudos e enfim a redação e discussão constitucionais.

Porque o artigo 198 da Constituição vigente é considerado um "avanço", sendo "mais abrangente e preciso " ? Em primeiro lugar, houve o deslocamento da qualificação de "permanente" do termo "localização" para o termo "posse", configurando assim uma proteção à posse das terras mais ampla do que teria qualquer possuidor segundo o sistema jurídico brasileiro no direito privado ; o texto constitucional não cogita da duração da posse, nem de seus limites temporais. Em segundo lugar definiu a categoria de usufruto como exclusivo. Terceiro, acrescentou dois parágrafos que estabelecem a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras habitadas pelos índios (§ 1º) e tal nulidade e extinção não dão aos eventuais ocupantes direitos a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI (§2º).

A interpretação que corresponde ao espírito da lei constitucional , no que concerne os direitos fundamentais das populações indígenas, firmada desde Pontes de Miranda, não tem contudo informado a jurisprudência, em particular a do Supremo Tribunal Federal. Ações e decisões especí

ficas têm levado a perdas territoriais em função de decisões que desconsideraram a correta informação histórica sobre a localização e permanência de grupos tribais, frequentemente por falta de definições e terminologia antropológicas adequadas - habitat , áreas de perambulação, exploração de recursos, marcos simbólicos, etc.

Num artigo publicado pelo Boletim Jurídico da Comissão Pró Índio de São Paulo (ano I, Nº 3, abril de 1984), o Profº José Affonso da Silva demonstra cabalmente o caracter de auto-aplicabilidade do art. 198, estabelecendo uma interpretação do texto legal que nos parece definitiva. Resumimos sua argumentação quanto aos três direitos fundamentais à terra.

1) Cabe aos índios a posse permanente, entendida não como figura do direito civil comparável ao direito de ocupação - direito adquirido -, mas como direito congênito, primário e legítimo por si, não precisando de título ou outro registro de legitimação. As terras indígenas não são devolutas. Posse, além disso, se refere ao território permanentemente ocupado pelos índios, no sentido de habitat necessário a sua vida econômica , social e cultural, respeitados os moldes de sua reprodução tradicional. É posse imediata de usufrutuário. Por sua vez o advogado Carlos F. Marés (A Cidadania e os índios, em O índio e a cidadania, Brasiliense , São Paulo 1983) já tinha afirmado que a posse é altamente qualificada : " ela pode mais do que a propriedade, é mais do que a propriedade ". Este instituto, todavia, " tem sido pouco entendido pelos responsáveis pela política indigenista brasileira, acarretando prejuízos incomensuráveis aos territórios indígenas ". É conhecido, aliás, o infeliz comentário de um componente do STF (Ministro Cordeiro Guerra , MS 20234) , que considerou a figura de posse permanente e coletiva um resquício da ideologia bolchevique ...

2) Quanto a inalienabilidade, trata-se de norma de sentido proibitivo,

de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. O texto de 1967 é mais preciso de que os anteriores, pois vincula tanto os índios como a União. Diante disso todas as disposições que prevêm deslocamento de grupos indígenas de seus territórios são inconstitucionais desde a Convenção 107 art. 12, promulgada pelo decreto nº 58.824 de 14 /7/66, até o art. nº 20 do Estatuto do Índio, Lei 6001/73.

3) O usufruto das riquezas naturais - vegetais, animais e minerais - é exclusivo, " com exclusão até mesmo do titular da propriedade que é a União " e é intransferível, como o próprio Pontes de Miranda salientou em seu Comentário à Constituição de 1967, T VI. São, portanto também inconstitucionais as disposições que pretendem regulamentar a exploração de minérios em áreas indígenas.

III -Propostas para um novo texto constitucional

Se ^{se} quer manter o tipo de relação entre Estado e povos indígenas até agora delineada, mesmo numa perspectiva da tutela como assistência e proteção, e uma concepção de Estado homogêneo e soberano, é evidente que o atual conjunto de direitos à terra, em termos de posse e propriedade deve ser mantido, por ser "o melhor".

Se ao contrário, essa relação e visão histórica se tornam objeto de reexame crítico para a sua reformulação num novo texto constitucional, os conceitos de posse e tutela, de incapacidade relativa e de cidadania devem ser revistos na tentativa de configurar novos institutos legais que respondam às reivindicações de autonomia e auto-determinação, consenso dos movimentos indígenas. Algo neste sentido já está contido nas propostas das quais tomamos conhecimento: a moção apresentada pela OAB/RJ na X Conferência Nacional da Ordem (setembro de 1984) e as sugestões que vieram de Santa Catarina (ver anexo). Entre outros pontos, salientamos o reconhecimento do Esta-

do brasileiro como pluri-étnico, politicamente heterogêneo, e a efetivação dos Territórios Federais Indígenas.

Lembramos a esse propósito o que o Marés já dizia na mesa redonda organizada pela ABA em 1982 sobre os índios e a cidadania. O texto constitucional não trata da cidadania dos índios, ou seja a ligação política e jurídica das pessoas dos indígenas com o Estado, no que tange um elenco de direitos e deveres que obrigam indivíduos e Estado. Os índios, pelo simples fato de ter nascido no Brasil são brasileiros perante a lei. Há no entanto um conflito de nacionalidades, não admitido juridicamente, uma vez que o Estado e a lei brasileira e a comunidade internacional não consideram as populações indígenas enquanto Nações, em virtude da sobreposição territorial e pelo fato de não apresentarem sua organização política sob a forma de Estado. Na lei ordinária, assim, o índio é considerado cidadão brasileiro como os demais nacionais, o que leva ao não reconhecimento da auto-determinação das Nações Indígenas e dos seus territórios; esta os tornaria capazes de atribuir cidadania a seus próprios nacionais.

Afirma, enfim, Marés: " numa nova Constituição se poderá dar resposta a questão indígena, dispondo que o povo brasileiro e suas leis respeitam as concepções indígenas seus usos, costumes e tradições, dentro dos territórios. Vale dizer, uma norma que ao mesmo tempo que proteja o território indígena de qualquer rapina internacional, garanta aos índios a sua autonomia total, que significa a validade da lei e querer dos índios, transformando a tutela em instituto de proteção cultural e a posse em propriedade coletiva indisponível, intrasferível e imprescritível ".

Há vários outros pontos cuja discussão decorre do estabelecimento desses novos pressupostos, que vão desde o problema espinho-

so da dita emancipação até uma revisão radical da terminologia atualmente utilizada nos textos jurídicos : índio e silvícola , integração, graus de integração, assimilação, comunidade indígena, etc.

O debate está começando e será difícil sobretudo por causa das previsíveis oposições, no seio dos próprios partidos de governo, à implementação de medidas que viabilizem autonomias e auto-determinação.