

A LIBERDADE E OUTROS DIREITOS
ensaios socioambientais

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

A LIBERDADE E OUTROS DIREITOS **ensaios socioambientais**



Curitiba
2011



Rua Cristóvão Colombo, 43 - 10º andar - São Paulo/SP.
CEP 01006-002 - Fone/Fax: (11) 3104-2819.
www.ibap.org

Diagramação e arte:



Arte & Letra - Editora
www.arteeletra.com.br
contato@arteeletra.com.br

S729L Souza Filho, Carlos Frederico Marés de.

A liberdade e outros direitos : ensaios socioambientais / Carlos Frederico Marés de Souza Filho. – Curitiba : Letra da Lei, 2011.
190 p.

ISBN 978-85-61651-09-1

1. Direito socioambiental. 2. Brasil. I. Título

CDU 349.6(81)

Apresentação

Com os olhos voltados para o Atlântico, nós brasileiros sempre demos as costas para nosso continente. De igual sorte, a América Hispânica por cinco séculos constituiu um universo à parte, com sua fala e costumes peculiares. Como na canção de Pablo Milanés, a história oficial realizou o labor de desunir nossas mãos e fazer com que os irmãos se mirassem com temor.

Felizmente, nem toda essa história permaneceu oculta. Boa parte dela foi revelada nos livros de Caio Prado Junior, Eduardo Galeano, João Cabral de Mello Neto, Pablo Neruda e nas canções de Alfredo Zitarrosa, Atahualpa Yupanqui, Chabuca Granda, Luiz Gonzaga, Mercedes Sosa.

A doutrina tradicional do Direito segue o *mainstream* e reflete a ideologia dominante. Meio ambiente é espaço de apropriação privada ou deposição de resíduos. Povo é domínio pessoal de vigência do Estado, quando não tendência do mercado consumidor.

Mas, assim como houve um Manuel Scorza para narrar as praticadas pelo aparelho estatal contra seu povo em benefício de uma *Cerro de Pasco Corporation*, ou um Graciliano Ramos para descrever os horrores da apropriação da terra e do ser humano no nordeste brasileiro, também há aqueles juristas curiosos em percorrer as trilhas de Peabiru, atravessando a Serra do Mar, o território paranaense, as cataratas do Iguaçu, o Paraguai, Bolívia, até Macchu Picchu.

E, nessa caminhada pelo nordeste brasileiro, pelos pampas argentinos, pelos altiplanos andinos ou pela floresta amazônica, esses juristas se deparam com personagens descritos n' *Os Sertões de Euclides*, nos *Cién Años de Soledad* de Garcia Marques, no *Redoble por Rancas* de Manuel Scorza – refugiados ambientais, peças descartáveis de um Estado policial a serviço do capital.

Este livro fala de um Direito que poucos têm coragem de ensinar nas faculdades, de direitos coletivos dos povos tradicionais, índios, trabalhadores sem terra, direitos em oposição à propriedade privada, dando luz e voz a personagens invisíveis nos compêndios e tratados jurídicos.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho é um paradigma dentre os juristas que nunca deixaram de ver Garabombo, juristas que lutam pelos direitos dos capitães da areia na Bahia, da pequena Remédios de Macondo, que buscam a responsabilização dos assassinos do trabalhador Manuel, em respeito à sua Amanda.

Professor de Direito Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Carlos Marés foi Presidente da FUNAI e Procurador Geral do Estado do Paraná. Sua carreira acadêmica é dedicada à promoção dos direitos dos povos indígenas e do meio ambiente, do patrimônio cultural e da moralidade administrativa, uma linha de conduta coerente com sua história de luta contra a ditadura militar instaurada em 1964. Este lançamento honra o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, uma entidade voltada à promoção da justiça ambiental, da igualdade de gênero, da cidadania plena e da democracia participativa, engrandecendo a Advocacia Pública da América Latina e contribuindo para que a distância seja menos sofrida e o mundo, menos separado.

São Paulo, 17 de março de 2011.

Guilherme José Purvin de Figueiredo

Professor de Direito Ambiental, Doutor pela USP. Procurador do Estado/SP e
Presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública

Sumário

Introdução	9
A liberdade e outros direitos	15
Os direitos invisíveis	27
A Universalidade parcial dos direitos humanos	49
O Brasil e os índios	57
Soberania do povo, poder do Estado	79
O direito de ser povo	99
Antropologia ou direito	115
Multiculturalismo e Direitos Coletivos	131
Direito Socioambiental	161
Referências bibliográficas	187

Introdução

o que é a questão e o direito socioambientais

Ensaio socioambientais

O conjunto de ensaios apresentados neste livro tem em comum tratar de questões socioambientais e direitos socioambientais. Foram escritos nos últimos quinze anos, sendo o mais antigo “Universalidade parcial dos direitos humanos”, de 1994 e o mais recente, “Antropologia ou direito”, ainda inédito, escrito em 2009. Foi uma fase de produção acadêmica em que predominaram os povos. Os novos projetos de pesquisa que estão sendo desenvolvidos agora se encaminham para um aprofundamento dos problemas socioambientais em relação com a natureza. A predominância de um ou outro não muda a essência do socioambientalismo, desde que não se imagine soluções para os problemas sociais dissociadas dos ambientais e vice versa. Os problemas sociais que enfrentam a humanidade, da fome à superlotação das cidades, da iníqua distribuição de riquezas produzidas ao esgotamento das fontes de matéria-prima não estão nem podem estar dissociadas das catástrofes climáticas nem da cada vez mais impressionante perda de biodiversidade.

Os direitos dos povos indígenas, o direito de todos à natureza sadia ou, como chamam os juristas brasileiros, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de animais e plantas, ditos assim, como se fossem possíveis para a cultura jurídica moderna, se entrelaçam com o direito de todos à preservação da cultura e do patrimônio cultural. Por isso, embora estes ensaios estejam mais voltados para os povos e as sociedades, têm como pressuposto a proteção à natureza, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural.

Neste sentido, socioambiental significa a relação estreita e indissolúvel entre a natureza e a cultura ou entre a biodiversidade e sociodiversidade, tendo como base a certeza de que a sociodiversidade não sobrevive sem a biodiversi-

dade. Está claro que a biodiversidade, ou a natureza como fica mais fácil chamá-la, não necessita da cultura humana para sobreviver, mas é altamente influenciada por ela. Já as culturas humanas precisam da natureza e são incapazes de sobreviver sem ela. Aliás, o ser humano é apenas mais uma espécie na biodiversidade, embora hoje seja a que mais impacta a natureza no planeta terra.

Assim, no conceito de socioambiental e socioambientalismo, necessariamente está a associação profunda da proteção das coisas da natureza e a proteção das culturas humanas. Por isso se fala de índios, quilombolas, populações tradicionais e também de parques, áreas de proteção ecológicas, espécies em extinção, sementes, transgênicos, movimentos sociais, consumidores, Estado, liberdade e tantas outras coisas.

O termo socioambiental nasceu, no Brasil, da junção do trabalho de dois grupos de pessoas, o primeiro formado por quem trabalhava no sentido de implantar na prática os direitos constitucionais dos indígenas e o segundo defendia a efetivação dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos com trabalho anterior a Constituição e com participação na sua discussão. Esta junção deu origem a uma nova organização, no início da década de noventa, chamada Instituto Socioambiental (ISA) que apregoava: “socioambiental se escreve junto”, para reafirmar o caráter indissociável do termo. O ISA continua desenvolvendo trabalhos com índios, quilombolas e outras populações tradicionais sempre em estreita relação com a natureza, incluindo rios urbanos e o lixo. O ISA nasceu de uma divisão do Centro Ecumênico de Divulgação e Informação, CEDI, que se juntou ao Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) e a ambientalistas que integravam a SOS Mata Atlântica. Todos com a consciência de que já não fazia sentido trabalhar só na proteção de populações tradicionais ou só na proteção da natureza chamada de meio ambiente.

O socioambientalismo, portanto, é um movimento muito amplo que tem como convicção a necessidade de encontrar um caminho de superação do desenvolvimento econômico sem limites para que seja possível a manutenção mais próxima da integridade da sociodiversidade e da biodiversidade do planeta e de cada uma de suas partes.

A questão socioambiental: penso, logo resisto

A modernidade capitalista sempre teve crises sociais. O século XIX europeu é marcado por rebeldias, insurreições e movimentos sindicais e trabalhistas fortes. Da comuna de Paris a revolução russa, conta-se profundas e claras lutas de classes reiteradamente transformadas em crises sociais que exigiram mudanças na própria base do capitalismo, seu Estado e seu Direito. A ameniza-

ção do liberalismo com a intervenção do Estado na ordem econômica e social, com o estabelecimento de políticas públicas de saúde, educação, previdência e seguridade social são marcas históricas das mudanças alcançadas e sofridas pela modernidade capitalista principalmente no começo do século XX. Enquanto as lutas marcadas pelas classes sociais dominaram a Europa e a América Latina durante os séculos XIX e XX, outra luta, invisível, quase envergonhada, era travada em toda a América Latina pela não integração aos padrões capitalistas da modernidade. Eram os povos, especialmente indígenas, mas também quilombolas e outros extrativistas e camponeses que simplesmente não estavam dispostos a se submeter à lógica da devastação de suas culturas e terras. Antonio Conselheiro, Monge José Maria, Marçal Guarany, Ângelo Cretã, Chico Mendes são apenas alguns nomes brasileiros dessa longa, surda luta pelo reconhecimento de culturas, de povos, da maneira de viver e de ver a vida.

É curiosa essa “nova” questão social, porque não é uma luta intestina do capitalismo, é periférica, aparentemente fora da fronteira agrícola e isolada em espaços não completamente abrangidos pelos mercados. A curiosidade está em que a chegada da fronteira agrícola, cada vez mais capitalista, isto é, mais devastadora, mais tecnológica, mais destruidora da natureza, mais “trabalhistas” não muda o pensamento indígena ou quilombola, que continuam resistindo, as vezes suave, as vezes duramente. Cada vez fica mais difícil, na América Latina, oferecer a estes povos o ingresso na sociedade de consumo e de mercado. De resto, a oferta de ingresso, nestes quinhentos anos, sempre foi para pior, é pior ser miserável individual no capitalismo do que sem bens de consumo na coletividade de sua cultura. Uma segunda razão, porém, se soma a esta: o capitalismo, ainda que agrário, não tem postos de trabalho a oferecer a estas populações, com bons ou maus salários. O capitalismo do século XXI já fez a opção pela exclusão, abandonando a ideia do pleno emprego, e entregou os excluídos às pálidas e inconsistentes políticas públicas dos Estados nacionais.

A alternativa possível tem sido, não políticas públicas, mas sua ausência deliberada, o que tem significado a aniquilação pura e simples destes povos. Junto com a natureza chamada de nociva, a destruição das populações também nocivas ao desenvolvimento, empecilhos ao progresso. Mas os índios, do rio Bravo à Patagônia, resolveram continuar resistindo, como estavam fazendo invisivelmente desde 1500. Só que ressurgiram, curados da estranha doença que os tornara invisíveis. Renasceram, como Garabombos guerreiros e recuperam o orgulho de ser índio.

Não é mais tão fácil destruir populações sem uma justificativa razoável, sem uma guerra. As soluções que os Estados latinoamericanos vem dando desde o final da década dos 80 do século XX é marcar pequenos territórios nos quais devem ficar constringidos os povos que não aceitam a oferta de

integração ao maravilhoso mundo novo. Pois, se resistem, que fiquem com sua natureza! Não é, porém uma solução possível para todos. Por outro lado, nem só os índios existem e resistem, há outros povos que se negam a aceitar esta integração e outros ainda que não conseguem se integrar. Também existe o problema de que nem todos conseguem ser confinados nos espaços territoriais que lhes são destinados, nem todos cabem! Há regiões que não se trata mais de reservar territórios de confinamento, como é o nítido caso da Bolívia e os povos do altiplano. Há ainda casos de povos que já podiam estar integrados, mas preferem a vida associada à natureza, e há os que, apesar de viverem integrados no sistema sonham ou desejam ardentemente por direitos da natureza. E, ainda, há gente que tem consciência do caminho sem volta à catástrofe que nos leva o modelo de desenvolvimento e lutam por mudanças.

Ao lado do sonho, esperança ou desespero das gentes se soma a rápida deterioração da natureza, são as plantas e os bichos que perdem espaço e são as montanhas e os mares que se desorganizam, as geleiras que se derretem e os desertos que crescem. As matérias-primas que escasseiam. Este conjunto de coisas, de problemas de gentes e de natureza que compõem a questão socioambiental, a questão do século XXI. Uma grande poderosa e feroz esfinge lança um repto à humanidade: ou me decifras ou te devorarei! E decifrar, aqui, significa encontrar um caminho de superação. Que mude a rota certa da catástrofe e que reponha as gentes no lugar donde nunca deveriam ter saído, vivendo em harmonia com a natureza, em paz com a natureza.

O direito socioambiental

Não parece haver mais do que três saídas para guerra que se estabeleceu entre a humanidade e natureza: 1) promover mudanças internas no sistema por meio de regulação; 2) uma revolução social profunda que inverta totalmente a lógica capitalista; 3) uma catástrofe generalizada que destrua ou chegue muito perto de destruir a humanidade. Exatamente por existir estes três caminhos, muito profundas podem ser as divergências internas do movimento socioambiental.

Entretanto, dos três caminhos sempre parece mais fácil tentar o da regulação. Para isso é necessário o Direito.

O direito socioambiental é aquele que protege a natureza e as gentes, aqui entendido como povos, comunidades, grupos humanos coletivamente estabelecidos.

Não é um ramo do direito. Os chamados ramos do direito são divisões que organizam os diversos campos de atuação do direito para facilitar sua com-

preensão ou estudo, alguns têm caráter didático, outros de hierarquia, como o direito constitucional, outros em razão da relação jurídica que lhe é própria, como o direito do trabalho ou comercial, outras de grande abrangência como direito público e privado, outros ainda como o objeto da tutela, como o penal e civil. Alguns autores defendem ora a criação, ora a junção de um novo ramo que reúna um conjunto determinado de leis, de princípios e, as vezes de método, para chamar de direito socioambiental. Outros podem até ver no direito ambiental um ramo, no direito dos povos outro ramo e até, se mais exagerar, um ramo do direito do patrimônio cultural.

Mas quando pensamos no direito socioambiental, é muito difícil imaginá-lo como um ramo. O direito em qualquer ramo organiza a sociedade e garante direitos individuais. Este é exatamente o problema, garante direitos individuais. Os direitos socioambientais, explicitados no século XX, fazem parte do direito que organiza a sociedade, mas ao contrário de garantir direitos individuais cria direitos coletivos que, exatamente, se opõe aos direitos individuais.

No início do século XX, por razões que não é o caso analisar aqui, o chamado mundo ocidental ou capitalista estabeleceu profundas mudanças no direito, fazendo com ele passasse a estabelecer programas de governo de tal foma que o Estado pudesse cuidar de algumas situações pertinentes aos indivíduos enquanto membros da coletividade, como a saúde, educação, previdência e seguridade social retirando essas atividades da esfera do mercado e, portanto do direito individual. Mas essas ações ou conjunto de ações públicas tinham como objetivo suprir necessidades humanas dos membros da sociedade que não podiam ser supridas pelas empresas a seus trabalhadores ou a não trabalhadores, gerando assim um aparente direito individual ao cumprimento dessas necessidades. Algumas vezes essas ações, que vieram a se chamar políticas públicas, invadiam a esfera privada e impunham restrições mais ou menos severas ao direito individual de propriedade, como é o caso da intervenção no contrato de trabalho, nas limitações administrativas urbanas, etc. Outras vezes eram apenas complementos para desonerar as empresas, como o seguro desemprego, o atendimento em casos de enfermidade, entre outros.

Raras vezes, porém, o direito se preocupou com temas como os povos e as minorias, mesma na América Latina cuja realidade é de tão marcada diversidade cultural e étnica. O ideário do liberalismo era tratar todos de forma igual, mesmo quando estabelecia políticas públicas gerais. Fazia parte deste ideário, em todo caso, tornar todos iguais, nivelando as culturas e os conhecimentos, de tal forma que as diferenças fossem apenas econômicas e que a felicidade ficasse próxima às possibilidades de todos no mercado.

Isso não aconteceu. As diferenças internas da sociedade não só não desapareceram, como se aprofundaram nos sentido de que com a maior informação

surgiram diferenças escondidas ou subentendidas da sociedade, como as de gênero ou opção sexual, tanto quanto apareceram as velhas diferenças étnicas, como as indígenas e quilombolas, quase secretas numa sociedade como a brasileira.

Ao lado disso surgiu uma marcante necessidade de proteger a natureza, chamada de meio ambiente.

Natureza e povos passaram a ter um lugar no Direito, nas constituições de cada um dos estados nacionais da América Latina, ora juntos, ora separados.

Esse é o direito socioambiental que busca uma saída para a integração da natureza e dos povos sem desfazer, destruir ou expulsar o chamada natureza “inútil” ou “nociva” e sem obrigar aos povos ou “minorias” a deixar de ser coletivos para se tornar só cidadãos trabalhadores.

Esta integração ou internalização pode se dar pelo caminho da proteção de espaços e bens naturais ou culturais, como o tombamento ou a criação de parques ou o reconhecimento de povos indígenas ou quilombolas ou outros tradicionais, mas também pode ocorrer pela via da transformação desta proteção em custos a serem incorporados no preço das mercadorias, seja por via da tributação, seja por transformar determinadas situações em mercadoria ou subsídio estatal. Há sempre a possibilidade de coibir determinadas condutas contrárias aos povos e à natureza tornando-as ilícitos administrativos ou crimes.

Este conjunto de normas jurídicas vão se misturando aos diversos ramos do Direito, ora regulam o trabalho, ora o crime, ora as relações civis, ora são públicos, ora privados, por isso não correspondem a um ramo único, é múltiplo, como múltiplo são seus objetos e sujeitos. Isso significa também que cada especialidade saiba um pouco, ou tenha que saber um pouco desses direitos coletivos, difusos ou extravagantes.

A tentativa de incorporar estes direitos dentro do Direito, não é fácil e encontra como limite o próprio limite do capitalismo e suas contradições. Por isso as discussões que envolvem estes direitos, de índios a reserva florestal legal, encontram sempre disputas acirradas, ideológicas, políticas e econômicas. As discussões nem sempre são marcadas pela razão e as vezes descamba para o puro e mesquinho interesse imediato.

Nem mesmo as catástrofes tem sido suficientes para mudar posições imediatistas. Mas, se as leis não protegem, que se mudem as leis, ou se mude a maneira de fazer leis, Ou, como dizia Victor Hugo: “o rei só larga quando o povo arranca”.

Curitiba, maio de 2011.

A liberdade e outros direitos

Introdução

Quem é mais livre? O animal que vive nos pastos, nas matas, nos prados? A ave que ganha o céu, corre nas nuvens e pousa onde suas patas permitem e seu atávico saber ordena? A planta que estende seus braços, sustenta suas ramagens e se agarra à terra lançando raízes profundas e seguras? Ou o homem que é livre para sonhar com a terra distante e capaz de usar seu livre pensar e articular um plano para romper os grilhões que o prendem a um trabalho forçado?

A liberdade de todos tem limite, mas o ser humano é o único que a conceitua e o único que estabelece regras para vivê-la, e as muda. O animal solto nos prados corre todos os perigos da vida, o inimigo está a solta e sua liberdade é orientada para escapar, simular, fugir da garra de seus predadores. Conhece seu território e sua força, não teoriza a liberdade, apenas vive seus limites.

A ave parece mais livre. Os limites de sua anatomia a leva muito alto ou apenas permite vôos rasantes e não pode mudar o seu destino. Não é verdade que ganha os céus e voa, voa, quanto e como queira. Um são tão pequenas e rápidas que suas asas, perfeitas para parar no ar, não servem para longos e suaves passeios levados pela simples vontade de observar o mundo. Outras, tão exímias mergulhadoras não podem se afastar das praias e deixar de ver distante o infinito das águas. Algumas não têm liberdade de empoleirar-se nos mais altos pinheiros para de cima olhar as coisas da terra, porque não permitem suas patas, nem as pesadas asas de caminhante.

A árvore, pobre liberdade das árvores, estica os rijos braços e se agarra à terra, quase imóvel, como condição de vida, com raízes cujo caminho estanca

no encontro do alimento. É claro que sempre há plantas que vivem livres nos rios, mas cujo destino e movimento obedece cegamente o curso das águas.

Todas estas liberdades estão marcadas em limites de espaço e tempo. Mesmo as árvores que parecem tão prisioneiras a suas raízes migram lançando suas sementes ao longe.

Nenhum ser, entretanto, tem qualquer chance de exercer sua liberdade quando disputa o espaço e o tempo com o humano.

Os animais que vivem livres nos pastos, nas matas e nos prados, e as plantas que disputam o lugar ao sol ou à sombra com a liberdade que suas raízes lhe proporcionam, vêm com horror a chegada do machado de ferro, do arado e dos sucedâneos mecânicos e químicos que transformam a agricultura em espaço territorial proibido às plantas e animais livres, o ser humano cercou a liberdade dos outros transformando-a em sua propriedade.

A liberdade que tem sido falada, pensada e teorizada é a liberdade humana, a liberdade de todos os homens e mulheres, de cada um, independente de condição ou estado. Esta liberdade humana tem sido perseguida através dos tempos e a modernidade a elevou à categoria de parâmetro de condição humana.

A liberdade e o Estado

Inventou-se o Estado para ser o guardião da liberdade. E liberdade foi sendo entendida como individual, de cada um, do ser humano. Os outros seres da natureza já haviam deixado de ser livres. Antes mesmo da modernidade, e encerrada em toda doutrina cristã, ocidental e agrícola, o ser humano já havia teorizado acerca da submissão da natureza ao homem. Bartolomé de Las Casas, no século XVI, fazia eco aos antigos quando afirmava: “Dios hizo sin diferencia a todas las criaturas que son inferiores al hombre para la utilidad de las dotadas de razón y al servicio de todas las gentes”.(LAS CASAS. 1985, p.556)

A ideia era de que a natureza serviria ao homem. Desconstituída a liberdade de todos os seres, se iniciou a construção moderna da liberdade de todos os homens. Cada homem haveria de ser libre para organizar-se em sociedade, para pactuar a vida coletiva. O contrato social é obra de homens livres!

Na teoria, antes do Estado, civil e organizado, havia o estado de natureza, de guerra, dizia Hobbes, de paz, contrapunha Locke. O Estado de natureza

é aquele onde ainda não havia sido firmado ou formado o Pacto, isto é, onde as liberdades humanas ainda não tinham se encontrado para formular as regras do convívio social.

Locke em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil estuda isso que chama de estado de natureza. Fundamentado em Richard Hooker afirma que a igualdade natural dos seres humanos gera um estado de liberdade, diferente de um estado de licença. Esta diferença está marcada pelo fato de que apesar da liberdade sem controle de dispor de si e de suas posses, a pessoa não tem liberdade para destruir-se a si mesmo nem destruir, sem nobre razão, os seres que possui. Considera que neste estado a única lei que obriga a todos e condiciona a forma de governo é a razão. Se a lei, ou a razão, é violada, todos têm igual direito de reprimir tal violação e isto cria um estado de igualdade onde não há superioridade nem jurisdição de um sobre os outros.

Este estado natural de liberdade, diz Locke, pode gerar um estado de guerra e de inimizade, fazendo com que haja momentos alternados de guerra e de paz. A continuidade de um estado de guerra leva à escravidão, que para Locke não é mais do que um estado de guerra continuado entre um legítimo vencedor e seu cativo. Esta situação se inverteria se houvesse um pacto para que o vencedor limitasse seu poder e, em troca, o outro obedecesse as leis estabelecidas.

A partir deste raciocínio facilmente se chega a ideia do pacto social, porque a liberdade, para o homem em sociedade, é a de se submeter ao que haja sido estabelecido por consentimento no seio do Estado. E o estabelecido, que limita a liberdade, há de ser feito em leis que sejam ditadas pelo poder legislativo de acordo com a missão que todos lhe têm confiado. Esta é a base do contrato social. Como o limite da liberdade é o contrato social, ou o conjunto de leis de uma nação, estas leis têm que ter uma forte dose de legitimidade, isto é, um reconhecimento de todos, porque é nela que se assenta o poder de limitar a liberdade de cada um.

Não podemos esquecer que a modernidade é irmã gêmea do mercantilismo e que, por isso mesmo, a legitimidade necessária à manutenção do contrato social são os direitos individuais. Ou dito de outra forma, os limites da liberdade individual são aceitos porque trocados pelos direitos individuais, ou pelo direito de livremente acumular bens e deles dispor pela venda ou troca.

A liberdade protegida é a individual. Todo o raciocínio da modernidade se insere no contexto da individualidade, como se a única forma de exercer a liberdade fosse o exercício de uma individualidade excludente. Tanto e tão profundamente está arraigada esta ideia que o jurista espanhol Nicolás López Calera ao iniciar sua obra *¿Hay derechos colectivos?* em que defende a necessidade e imperiosidade de reconhecer os direitos coletivos, afirma que diz isso

apesar de seu amor à liberdade. Quer dizer, considera o individualismo, ou os valores individuais, como o verdadeiro critério da liberdade. A liberdade individual seria, então, o espaço/tempo em que cada ser humano age sem nenhuma restrição moral, legal ou social. É o exercício ou a realização de uma vontade absoluta. Esta livre razão individual desembocou imediatamente e sem contemplos na propriedade privada. Basta seguir o raciocínio de Locke para se observar este fenômeno evidente.

Depois de analisar a liberdade dos seres humanos e negar a escravidão, Locke expõe a sua teoria sobre a legitimidade da propriedade privada, que se assenta sobre o trabalho livre. Isto é, o individualismo, a liberdade e o trabalho consensual, é a base, para ele, da legítima propriedade. Com isto armou a defesa teórica da propriedade burguesa, absoluta, que viria a se transformar no direito fundante das constituições liberais próximas.

Até Locke a civilização cristã entendia a propriedade como uma utilidade, um *utendi*, a partir dele e na construção capitalista, passa ser um direito subjetivo independente. Locke retoma a ideia de que a origem ou o fundamento da propriedade é o trabalho humano, isto é, o poder sobre as coisas se exerce na medida em que se agrega a elas algo de si, o trabalho. Isto sob o argumento de que cada um é proprietário de seu corpo, sendo o trabalho uma extensão dele. Mas este trabalho há de ser livre. A liberdade é seu fundamento. Nem o trabalho escravo, nem o servil, podem criar legítima propriedade, porque somente tem sentido (especialmente para o mercantilismo) falar em propriedade que possa ser transferida. Então, o trabalho livre gera uma propriedade livre, que pode livremente ser vendida, trocada, comprada. A troca, venda e compra, são também obra de homens livres. Deve haver homens livres nas duas pontas, tanto o que produz, quanto o que compra o produto.

O raciocínio utilizado por Locke para chegar da liberdade à propriedade é extremamente arguto. O trabalho livre gera a propriedade, mas a ninguém é lícito apropriar-se mais do que está capacitado a consumir, ou, a ninguém é lícito ter como propriedade mais do que pode usar. Diz, então, que tudo o que uma pessoa possa reter será sua propriedade, mas se alguma coisa se deteriora sem uso, fere o direito natural de todos a usar das coisas que Deus criou na natureza. Estabelece, portanto, um limite à propriedade: “Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida, antes de que se eche a perder, será lo que le está permitido apropiarse mediante su trabajo. Mas todo aquello que exceda lo utilizable, será de otro.”(LOCKE. 1994, p. 59)

Nesta perspectiva Locke aprofunda a ideia de Santo Tomás de que o direito de propriedade se restringe ao uso, porque tudo o que exceda ao utilizável será de outro. Entretanto Locke agrega um conceito, o de corruptível, deteriorável, e afirma que o excedente, para não pertencer ao

proprietário tem que estar em risco de se deteriorar. Afirmar então que não é a falta de uso que descaracteriza a propriedade, mas a possibilidade de que esta falta de uso o ponha em deterioro. Se uma pessoa colhe mais frutos do que pode comer está avançando na propriedade comum, mas se não são frutos deterioráveis, se são bens duráveis que não se deterioram, pode os ter à vontade. Normalmente os bens permanentemente duráveis, como a pedra, não tem utilidade humana e, portanto, não tem interesse em se discutir a propriedade. Por isso, e para isso, a sociedade inventou bens não deterioráveis com valor universal, como o ouro, prata e, finalmente, o dinheiro, já, então passível de acumulação.

Locke, assim, admite que o excedente, desde que não seja corruptível, deteriorável, pode ser acumulado e, claro, o corruptível pode ser trocado pelos não corruptíveis, afirmando que a sociedade civil e o governo foram criados exatamente para garantir esta acumulação:

“... es claro que los hombres han acordado que la posesión de la tierra sea desproporcionada y desigual. (...) mediante tácito e voluntario consentimiento, han descubierto el modo en que un hombre puede poseer más tierra de la que es capaz de usar, recibiendo oro o plata a cambio de la tierra sobrante; oro y plata pueden ser acumulados sin causar daño a nadie (...). (...) en los gobiernos, las leyes regulan el derecho de propiedad, y la posesión de la tierra es determinada por constituciones positivas.”(LOCKE, 1994, p.74) ¹

Locke em sua construção teórica justifica a acumulação capitalista, reconhecendo que a propriedade pode ser legítima e ilimitada se se transforma em capital, em ouro, em prata, em dinheiro. É evidente que não poderia imaginar o resultado dessa acumulação para o século XX, nem mesmo sonharia com a revolução industrial e a violentíssima acumulação primária dos séculos XVIII e XIX, mas defendia as ideias mercantilistas de então, garantindo uma legitimidade teórica e moral para a propriedade privada, acumulável, disponível, alienável, como um direito natural.

Com a introdução da noção de bens corruptíveis, se afasta de Santo Tomás, que não admitia a acumulação qualquer que fosse, neste sentido é que Locke é um verdadeiro mercantilista.² O limite da propriedade em Locke, ou a sua ilegitimidade, é a propriedade de bens corruptíveis não

¹ Estudo mais profundo sobre este tema desenvolveu Macpherson em seu livro *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*.

² Como o dizia C.B. Macpherson: “E basta nos referirmos aos tratados econômicos de Locke para vermos que era um mercantilista para o qual a acumulação de ouro era um alvo correto da política mercantil, não como um fim em si mesmo, mas porque acelerava e aumentava o comércio”. p. 216.

trocados, portanto, não é lícito a alguém possuir mais bens corruptíveis dos que possa usar sem transformá-lo em capital. Sua teoria não veria com bons olhos a queima de estoques para manutenção de preço, por exemplo. Isto significa que o capitalismo foi mais longe e extirpou do conceito de propriedade qualquer conceito ético que pudesse subsistir em Locke. Os limites da propriedade individual, hoje, e também de seu fundamento, a liberdade, é legal, sem qualquer resquício ético.

Não se pode deixar falar na propriedade em Locke sem estabelecer uma relação muito estreita com o trabalho e a liberdade. Estas relações seriam importantíssimas para economia política posterior, porque demonstram que a possibilidade de acumulação está diretamente relacionada com a possibilidade de adquirir, comprar, trabalho alheio. Como o trabalho gera legítima propriedade, se se compra trabalho alheio, se está comprando legítima propriedade, dizia Locke. Mais tarde Ricardo e depois Marx, iriam estudar o trabalho como a medida de valor das mercadorias.

Quer dizer, Locke inicia sua reflexão afirmando que a única propriedade legítima é a produzida pelo trabalho pessoal e somente pode se acumular até a quantidade corruptível. Se o bem não é corruptível é infinitamente acumulável, mas como se junta tantos bens? Com a possibilidade de pagar pelo trabalho alheio, já que o trabalho livre produz propriedade legítima. A mesma liberdade que tem o trabalhador para gerar propriedade, tem para vendê-la. O negócio realizado entre duas pessoas livres é o contrato. Assim, o homem livre pode vender, a quem livremente quiser comprar, o seu trabalho, por um contrato entre homens livres. (Marx diria mais tarde que o que se vende não é o trabalho, mas a força de trabalho, esta sim transformada em mercadoria)

Não há, na modernidade, propriedade legítima sem liberdade. Voltaire em seu dicionário filosófico, foi muito mais direto ao considerar a propriedade da terra um direito natural e necessário ao bem estar de todos. Aliás o verbete propriedade é uma defesa apaixonada das virtudes da propriedade privada, de quanto a sua existência podia ser benéfica para todos, mesmo para os trabalhadores que não a podiam usufruir.

Voltaire diz que a propriedade é liberdade. Exatamente essa era a contradição da terra, a propriedade feudal, relativa e ligada a servos não-proprietários se contrapunha a outra propriedade nascente, de homens livres, que livremente contratavam sua força de trabalho. O novo proprietário absoluto determinava o quê, como e quando plantar, visando não a subsistência dos envolvidos no processo, mas a troca vantajosa, o mercado, o lucro. A terra estava deixando de ser a fonte de todos os bens de consumo da família do servo e do nobre que a detinha, para ser a produtora de mercadorias que deveriam render lucros aos capitais investidos na produção.

A lógica da propriedade da terra estava sendo profundamente alterada: de produtora de bens de imediato consumo para quem a trabalhava, a produtora de bens que pudessem ser transformados na nascente indústria, com isto produziria não bens consumíveis ou corruptíveis, mas capital infinitamente acumulável. E a base desta mudança é a liberdade: homens livres, contratantes, vendem o seu trabalho e compram as suas necessidades. Não é a toa que a política que nasce com a ideia é o liberalismo.

“Da Suíça à China, os camponeses possuem terras próprias. Somente o direito de conquista pode despojar os homens de um direito tão natural” dizia Voltaire em seu dicionário filosófico (VOLTAIRE, p. 271). Acreditava que fosse positiva a transformação da terra em direito de propriedade exclusiva ainda que expulsasse os servos, os camponeses, porque os transformaria em homens livres, que livremente poderiam vender sua força de trabalho:

Todos os camponeses não serão ricos, e não é preciso que o sejam. Carecemos de homens que tenham seus braços e boa vontade. Mas até esses homens que parecem o rebotalho da sorte, participarão da felicidade dos outros. Serão livres para vender o seu trabalho a quem quiser pagá-los melhor. A liberdade será a sua propriedade. A esperança certa de um justo salário os sustentará. (VOLTAIRE, p. 272)

É claro que a defesa de Voltaire está lastreada na ideia de que a sociedade civil e o governo baseados na propriedade e no trabalho livre trarão não só riqueza, mas felicidade aos homens, a todos os homens. E Voltaire sempre foi considerado um pessimista.

Na era dos direitos positivos, das constituições positivas, quando o Estado foi “constituído”, as suas leis esqueceram os preâmbulos e pequenas diferenças entre perecíveis ou não perecíveis, toda a propriedade passou a ser direito subjetivo e até mesmo direito natural. Os tímidos limites que os pensadores imaginaram para a propriedade absoluta de terras e outros bens, deixou de existir, os Estados constitucionais reconheceram na propriedade a base de todos os direitos e mais do que isso, o fundamento do próprio Direito, a liberdade passou a ser tão somente a possibilidade de contratar o trabalho ou as coisas, sendo o trabalhador despojado, pela compra e venda, de tudo aquilo quanto sabia fazer para suprir a própria vida.

A liberdade e a terra

Enquanto os teóricos elaboravam a justificativa moral, política e jurídica para a nascente propriedade fundada na liberdade, na realidade das sociedades europeias a transformação ocorria. O caso de Portugal é elucidativo.

A abundância de terras e a falta de trabalhadores que se estendia por praticamente toda a Europa, talvez ocasionada pelo peste negra, pelo êxodo rural, pela expulsão dos mouros na península ibérica, fez crescer o valor do trabalho humano. Especialmente somado ao interesse de produção de bens que se pudesse mercadejar, cada vez ganhava mais importância o produto da terra para vender na cidade e não o trabalho ao serviço de outrem, que apenas garantia a subsistência de quem trabalhava, isto é, o trabalho livre. Por isso, dizia Virgínia Rau ao analisar a ocupação territorial portuguesa depois da expulsão dos mouros: “Para levar o homem a romper o brejo, empunhar o machado para lutar contra a floresta e a pegar no arado para arrotear a terra brava, só a concessão de terrenos e de liberdade pessoal seriam estímulos suficientemente fortes para o conseguir”.(RAU. p. 28)

A propriedade da terra em Portugal esteve sempre ligada a obrigatoriedade de cultivo³. Assim, o título de propriedade era, na verdade a própria posse. Neste sentido o valor da terra está diretamente ligado ao valor do trabalho, posto que nada vale a terra sem o trabalho que a fecunda. Toda a construção do direito de propriedade ou do direito de usar e dispor da terra, especialmente em Portugal, está ligado à liberdade do trabalho. O trabalho livre e a livre propriedade da terra são pressupostos do ulterior desenvolvimento da modernidade e do próprio mercantilismo.

As leis de Portugal e Espanha dessa época são abundantes em tratar do valor da moeda, do salário, normalmente estipulado em seu máximo, das jornadas, estabelecidas como um dia de trabalho o exercido de sol a sol e a perseguição dos vadios. Todas estas medidas legislativas tinham em vista a produção agrária. É ainda Virgínia Rau que em seu precioso livro nos ensina:

Em Portugal, data do século XIII, de 1211, o primeiro diploma legislativo que manda perseguir os vadios, e da mesma centúria é também o primeiro que se ocupa do tabelamento do preço de certos gêneros e da taxa dos salários dos servidores rurais - a lei de D. Afonso III, de 26 de dezembro de 1253. A partir de então a “população que vivia de soldada, estava sujeita a prescrições rigorosas para a compeli-rem a trabalhar”. Traça-se definitivamente uma linha divisória entre o homem trabalhando por conta própria e o assalariado. Assim como a fortuna determinava gradações e distinções de alcance jurídico entre os indivíduos da população ordinária, era também o direito de propriedade sobre bens avaliados em trezentas libras e a posse de bois para lavrar a terra, que libertava o homem da obrigação de trabalhar por conta alheia.

³ Portugal tem como data de fundação a sacração de D. Afonso Henriques como seu primeiro rei, em 1143.

São inúmeras as leis, a partir daí, que tratam do trabalho e das remunerações, das obrigações de trabalhar e contra a vadiagem. Apesar disso cada vez fica mais difícil e não adiantam as leis contra os vadios e que estabelecem salários máximos, os braços livres exigem mais soldos ou se negam a trabalhar simplesmente. É nesse momento histórico que surge em Portugal a Lei de sesmarias, provavelmente a primeira lei agrária de Europa digna desse nome. Com ela passa a ser condição de propriedade da terra o seu cultivo, evidentemente convivendo com o sistema feudal e ocupação, que vai paulatinamente perdendo espaço territorial e político.

É curioso observar que o sistema que se funda no homem livre persegue e pune a vadiagem. Isto significa que o homem não é livre para não se integrar ao sistema. É ilegal, porque fere o pacto social, desejar uma vida que apenas supra a própria subsistência. O pacto social é o pacto do mercado. Por isso os índios, ciganos, ribeirinhos, quilombolas, pequenos proprietários rurais que exploram a terra com seu trabalho direto e de sua família são tão mal vistos e protegidos pela lei.

Aqui aparece com clareza a contradição do sistema: não tem sentido o trabalho servil, porque não gera a propriedade legítima, é necessária a liberdade de escolha, o contrato livre de trabalho, mas a liberdade de contratar um trabalho não é a liberdade de não trabalhar, ou dito de forma mais direta, a liberdade de não produzir bens capazes de suprir mercados, isto é, de se transformar em dinheiro. A liberdade é apenas a de se inserir no mercado como produtor ou consumidor.

A liberdade individual se transforma em liberdade de assinar um contrato, para venda ou aquisição de uma propriedade, mesmo que ela seja o seu trabalho, força de trabalho ou produto de trabalho. Quem nada tem, tem seu trabalho para vender.

A terra, ela mesma se transformou em mercadoria e, então, a liberdade de andar pelos campos, matos e sertões se transformou em violação de direitos, agressões à propriedade. Como propriedade para o sistema é liberdade, andar soltos pelo mato, sem ter título de propriedade é violação à liberdade.

Em nome da liberdade, do contrato livre ou do liberalismo, no século XIX se expulsou quem pudesse viver livre nos campos e matas, para integrar a todos homens e mulheres num sistema produtivo baseado na propriedade privada. A esperança é que fosse gerado tal volume de riquezas que a todos abastasse, conforme a visão triunfalista de Voltaire. Ao contrário, gerou miséria, e tanta e em tal monta, que no final do século já se via o fracasso do sistema, a ponto do Papa Leão XIII, em 1881, preocupado com o avanço do socialismo, promulgasse a Carta Encíclica *Rerum Novarum* na qual defende a humanização do contrato de trabalho, diminuindo a liberdade contratual, mas garantindo a propriedade privada, também como uma liberdade.

O liberalismo havia fracassado, se fazia necessário uma reforma, revolução ou renovação de conceitos e de atitudes para por fim à miséria crescente. A oferta socialista era razoável: fim da propriedade privada e uma economia planejada para solucionar problemas sociais, dirigida pelo Estado. A contraposição a isto teria que dar ao Estado não o poder total da economia, mas a possibilidade de intervenção na ordem econômica com a missão de proteger as populações carentes. Em nome da liberdade, uma vez mais, se entrega ao Estado força para intervir nos contratos e no exercício da propriedade privada. Uma vez mais a liberdade é cantada em prosa e verso, é invocada, é exigida.

A liberdade do século XX

O socialismo, Bismarck, a *Rerum Novarum*, a socialdemocracia europeia, a Revolução Mexicana e a Russa, a Primeira Guerra Mundial, cada um a seu modo, e associados a muitos outros fenômenos sociais, promoveram a revisão da modernidade, seu aprofundamento ou a relativização do liberalismo.

O contrato totalmente livre sofreu com a Constituição do México (1917) e logo em seguida com a da República de Weimar (1919) um forte abalo: a liberdade contratual e a propriedade absoluta passaram a se subordinar ao interesse público. A liberdade propalada no século XIX, de dispor de suas coisas como lhe bem aprouvesse, de negociar suas necessidades como quisesse, retirou de muitos o fruto do trabalho e acumulou em poucos o resultado dos negócios. A conclusão foi óbvia: miséria, fome, desespero, guerra e socialismo.

Para combater o socialismo crescente, o capital e seus teóricos formularam a ideia de um Estado de Bem Estar Social, isto é, que pudesse prover ao cidadão meios de subsistência e garantias de reposição da força de trabalho, em um Estado forte e presente. O Estado Providência surge como uma solução a cada vez mais aberrante miséria do capitalismo e uma alternativa imposta aos povos que já não mais o queriam suportar.

Mas o Estado Providência pressupunha uma intervenção nas liberdades individuais. A degeneração em autoritarismo, em criação de ditaduras arbitrárias, racistas e xenófobas foi um passo curto, e a Alemanha, Itália, Grécia, Portugal, Espanha e boa parte da América Latina se viram mergulhadas em regimes de terror.

O que menos contava para esses regimes era exatamente a liberdade. Mas volta aqui a pergunta inicial, quê liberdade? Se a velha modernidade tinha na liberdade contratual o seu âmago, a nova modernidade já não se importava com que o contrato fosse controlado pelo Estado, impondo, por leis, cláusulas obrigatórias, normas protetoras. A nova modernidade passou a se preocupar

com a liberdade de movimentos, com a injustiça da prisão, com os julgamentos arbitrários e de exceção.

O sistema jurídico se organizou de tal modo que estabeleceu princípios de direito penal protetor da liberdade individual contra a aplicação de pena privativa de liberdade. Passou a se universalizar a anterioridade da lei penal, a presunção de inocência, prescrição, limites máximos de tempo e idades mínimas de punibilidade, etc. A liberdade passou a ser protegida por um direito muito rígido, o Direito das Penas ou dos Crimes.

Apesar de todas as violações havidas, apesar da força que se deu aos Estados, altamente militarizados, a miséria, a grande inimiga dos seres humanos, continuou incólume. Pior que isso, aumentou! A modernidade não foi capaz de acabar com a fome apesar dos sensacionais avanços da técnica, da ciência e dos materiais. Inimiga calada e perversa, a fome continuou dizimando populações, e a liberdade, seja a contratual, seja a de ir e vir, em nada contribuiu para amainá-la.

No final do século vinte, apesar da festa organizada com a queda do Muro de Berlim, a liberdade está ameaçada em todos os lados da Terra. Vascos, Palestinos, Ciganos, Curdos, Armênios, Índios e muitos outros povos tentam sobreviver como tais e a intolerância marca seus adversários, ficando a liberdade cada vez mais distante, como um sonho que se evanece na rouquidão da fome, da morte e da miséria absoluta. A liberdade volta a se agasalhar nas palavras dos poetas.

O final dos século XX, entretanto, não vê só a liberdade individual fugir-lhes das mãos como areia fina, um problema ainda maior se apresentava à frente da modernidade: a natureza reage aos séculos de agressão humana: a poluição das águas, do ar e da terra a ameaçam tornar inviável o planeta ao ser humano. A natureza fugiu da prisão!

A liberdade e os direito coletivos

Os paradigmas que tão zelosamente modernidade criara dividindo o mundo em Estados Nacionais soberanos com a função de garantir o direito individual de propriedade e liberdade se desmoronam ante os olhos atônitos de quem acreditou que a História havia chegado ao fim e o ser humano encontrara o paraíso.

Em reação natural, evidente e inteligente, os humanos começaram a se reagrupar ou a revitalizar antigos valores comuns e criar novos valores com uma preocupação de auto-proteção e proteção do planeta. Os povos, esquecidos em sua dimensão étnica e cultural, começaram a reivindicar processos próprios de

repartição de riquezas e defender direitos aos seus conhecimentos ancestrais e à vida. Outros grupos, vítimas de contaminações provocadas pela ânsia da acumulação capitalista ou por equívocos de planejamentos estatais centralizados, se formaram no intuito de encontrar soluções para um planeta doente, cuja causa visível é a exclusão, o desperdício e a opulência senhorial.

Surge clara no horizonte do Direito uma nova categoria jurídica: os direitos coletivos, que já não são mera soma de direitos subjetivos individuais, mas pertencem a um grupo, cuja titularidade é difusa porque não pertence a ninguém em especial. Cada um pode promover sua defesa, como se titular individual fosse, mas nunca em benefício próprio, mas de todos.

Este direito não pode ser dividido por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes. Não são passíveis de alienação, portanto não podem ser reduzidos ao patrimônio de um indivíduo, são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, intransferíveis. Não tem valor econômico em si para cada indivíduo, mas somente pode tê-lo para a coletividade, exatamente por isso é inapropriável individualmente. Portanto, para a existência deste direito a liberdade individual já não conta, porque não é capaz de modificá-lo. Mas ao contrário, a liberdade do indivíduo, entendido como membro de um coletividade (único sentido que pode ter a palavra indivíduo) se transforma em liberdade coletiva.

Os direitos coletivos surgem como novo paradigma e, em grande medida, afrontam os velhas liberdades individuais que tinham como assento e princípio a propriedade privada. Porque há um direito coletivo ao meio ambiente, o proprietário dos meios de produção já não pode produzir qualquer coisa, nem de qualquer forma, terá que observar o direito de todos de ter protegido o ar, as águas, as plantas e os bichos. O proprietário da terra poderá lavrá-la, mas já não basta produzir bens consumíveis para cumprir sua função, tem que produzir de tal forma que a vida se sustente. Aos poucos, e ainda como sonho, o que deve mudar é a lógica da sociedade. O que se deve contar não é a acumulação de bens, ainda que incorruptíveis, mas a possibilidade de vida humano no planeta.

O ser humano, para ser livre, antes tem que estar vivo. Curioso, entretanto, é que para continuar vivo depende da harmonia do planeta. Harmonia quer dizer liberdade de todos, inteligentes ou não. Mas se todos tem liberdade, cada um deverá respeitar a liberdade dos outros e o velho pacto que o ser humano fez consigo mesmo tem que ser refeito, para nele incluir outras partes que, não sabendo assinar, se comprometem a continuar vivas.

A liberdade ganhará, então, a dimensão da poesia vivida!

Curitiba, agosto de 2001.

Os direitos invisíveis¹

Introdução

É visível a crise do Estado e de seu Direito neste final de século. Todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação de vontade, estão abalados. Com este abalo outros dogmas perdem a credibilidade, como a separação de poderes, a neutralidade e o profissionalismo do poder judiciário, a representatividade dos parlamentos, a soberania nacional, a supremacia da Constituição.

Esta crise é diferente de outras já havidas e as vezes mal superadas, porque atinge o âmago, os alicerces do sistema jurídico. As correções de rota feitas até agora, puderam fazer mudanças no sistema jurídico que mantiveram sua essência. Entre as mudanças mais importantes estão o reconhecimento de pessoas jurídicas não comerciais, a criação de limitações administrativas, a interferência do Estado na ordem econômica, a definição de função social para a propriedade, a supremacia e a eficácia normativa das Constituições.

Todos estes avanços não conseguiram abalar, mas ao contrário, reforçaram, os fundamentos que marcaram a criação do direito moderno, especialmente a propriedade privada como a máxima expressão do direito individual. A nova crise atinge exatamente este direito, porque desloca o centro do sistema que era ordem privada, para a ordem pública, do direito individual para o coletivo.

É tão visível a crise do Estado moderno e do seu Direito, que não há mais quem defenda a sua manutenção tal como está.

¹ texto especialmente preparado para o evento direitos humanos no limiar do século xxi, módulo III, os direitos sociais, realizado no Centro Cultural Maria Antonia, no dia 20 de maio de 1997, em São Paulo.

O Estado procurou organizar um sistema jurídico abrangente, único, universal, suficientemente abstrato para que pudesse alcançar todas as situações. Dividiu-se em direitos individuais por um lado e de todos, por outro. Organizou aquele de forma detalhada e o chamou de direito privado. Todo o resto enquadrado como sendo direito do próprio Estado e chamou de direito público.

A dicotomia entre público e privado deveria responder também à dicotomia individual/coletivo, tudo que fosse coletivo deveria ser público, quer dizer estatal. Até hoje, todas as crises se superaram com o estreitamento do privado cedendo ao público, o Estado em cada crise assumiu mais espaço, mais tarefas, mais serviços.

O contraponto da dicotomia, ou sua solução radical, estava espelhado na economia socialista planificada. A economia de mercado, por outro lado a cada avanço socialista permitia que o Estado mais se intrometesse na economia, reafirmando sempre o espaço privado do lucro. Este equilíbrio se rompeu com o fim do socialismo real, sem o risco da publicização radical, a crise tomou nova feição e o espaço privado busca recuperar o público, mas traz com esta recuperação o rompimento de alguns fundamentos do Estado moderno burguês e seu direito, como a possibilidade de reconhecimento e exercício de direitos coletivos não patrimoniais.

Os direitos individuais e a propriedade

Todo o direito do Estado moderno está assentado na concepção dos direitos individuais. Estes direitos eram nada mais nada menos que a possibilidade de cada homem livre adquirir direitos. Quer dizer, a organização estatal estava criada para garantir, individualmente, o exercício de direitos.

Dizia, textualmente, a Constituição francesa do ano I (1793): “O Governo existe para garantir ao homem o gozo dos seus direitos naturais e imprescritíveis.” (artigo 1º). O artigo 2º esclarecia quais eram estes direitos naturais e imprescritíveis: “a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”.²

Exemplar na formulação do Estado Liberal é a Constituição de Cádiz³, que definia claramente ser a propriedade o direito individual mais importante: “A Nação tem o dever de conservar e proteger, por meio de leis sábias e justas, a liberdade civil, a propriedade e os demais direitos legítimos de todos os indivíduos que a compõe.”⁴

² ver MIRANDA, Jorge. Textos históricos do direito constitucional. Lisboa : Imprensa Nacional/Casa da Moeda. 1980. p. 75.

³ Constituição espanhola de 1812.

⁴ ver MIRANDA, Jorge, idem, p. 108. ver também a propósito a brilhante análise deste dispositivo pelo constitucionalista e historiador espanhol CLAVERO, Bartolomé. Propriedad como libertad: declaraci-

A primeira Constituição portuguesa, de 1822, dispunha: “A Constituição Política da nação Portuguesa tem por objeto manter a liberdade, segurança e propriedade de todos os portugueses”. E mais adiante definia que a propriedade é um direito sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens (artigo 6º). A brasileira de 1824, seguia o mesmo tom, menos apaixonado, mas de semelhante conteúdo.

Com tudo isso, o direito se construiu sobre a idéia da propriedade privada capaz de ser patrimoniada, isto é de ser um bem, uma coisa que pudesse ser usada, fruída, gozada. Portanto esta propriedade é material, concreta. Isto significa que o direito individual é, ele também, físico, concreto.

Neste sentido, o direito privado, também chamado de civil, detalhou os direitos individuais centrando-os, evidentemente, na propriedade, de tal forma que os Códigos contém cláusulas para solucionar disputas de propriedade sobre todas as coisas. Imagina situações como, por exemplo, a de um fruto que, pendente da árvore que nasce em uma propriedade, cairá, ao amadurecer, em outra. Ou ainda situações de transmissão de propriedade *causa mortis* quando sucessor e sucedido morrem ao mesmo tempo, ou ainda, quem será o proprietário do álveo do rio que seca. Estes detalhes revelam a preocupação extrema e cuidadosa do legislador com o direito individual de propriedade.

Apesar do esmero dos legisladores para com a propriedade é raro encontrar nas leis definições de propriedade, como a expressa na portuguesa de 1822. O Código Civil Brasileiro (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916), por exemplo, dedica um capítulo com 50 artigos à propriedade, mas não a define, dispondo tão somente que a “lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”⁵

Os outros direitos consignados nas velhas constituições, como a segurança, a liberdade e a igualdade, como definia a francesa de 1793, não mereceram nunca dos legisladores tal cuidado. Apesar de estarem desde o nascimento do Direito burguês apresentados com igual hierarquia, os outros direitos sempre ficaram na retórica da Constituição e nunca baixaram à prática dos direitos a serem exercidos. O Código Civil Brasileiro, que não diferente dos outros, define como se exerce o direito de propriedade, sem nenhuma necessidade de defini-lo retoricamente. Assim alguns direitos a lei define e outros diz como exerce.

ón del derecho de 1812. Madrid : Ministério de Justicia. 1990 . 101 p.

⁵ Artigo 524 do Código Civil Brasileiro.

O sujeito de direitos e seu objeto

Muito cedo estes princípios de direito individual tiveram que resolver problemas não individuais, como a propriedade comum de todos e as propriedades comerciais, independentes dos indivíduos que as compõem.

A propriedade comum de todos, se passou para o Estado, dentro da dicotomia público/privado. A propriedade comercial, o próprio direito civil, ao criar a noção de pessoa, responsabilidade e capacidade jurídica, criou a ficção da pessoa jurídica, que embora formada de pessoas individuais múltiplas, é una. Esta criação reafirma a idéia de individualidade patrimonial.

Assim, cada vez que se fala em direito, há que se buscar, para a lógica do sistema, um titular, uma pessoa, um sujeito de direitos, individual ainda que seja uma ficção. De outro lado é necessário que se tenha um bem, uma coisa, um objeto que componha este patrimônio individual.

Tudo o que fosse coletivo e não pudesse ser entendido como estatal não teria relevância jurídica. Tudo o que não pudesse ser materializado em patrimônio e não pudesse ter uma valor ainda que simbólico também estava fora do Direito. Assim, o titular do direito há de ser sempre um pessoa individual que inclusive possa ser responsabilizada por seus atos. Nesta relação o titular de direito há de ter, também, deveres, por isso a pessoa, para o Direito moderno há de ser una e identificável. Por outro lado o objeto há de ser conhecido e avaliável economicamente. Nesta avaliação reside sua juridicidade, a tal ponto que o direito resolve todas as pendências, em última instância, em perdas e danos. Esta regra até mesmo para bens patrimoniais intangíveis, como o chamado dano moral, a propriedade intelectual e os direitos de autor. Até mesmo a vida individual passa a ser valorada patrimonialmente.

A omissão dos direitos coletivos

Dentro desta lógica seria impensável um direito coletivo que não fosse o conjunto ou soma de direitos individuais, e como direitos individuais, tratados. Os poucos titulares coletivos de direitos que aparecem para solucionar questões concretas, são provisórios e existem muito mais como processo para se atingir um fim que é a plenitude do direito individual, momentaneamente misturados, do que como direito propriamente dito, são o caso da massa falida e do inventário⁶.

⁶ Chama-se massa falida o conjunto de bens e direitos (patrimônio) da pessoa jurídica que faliu. Os credores a administram e entre si pagam as dívidas, até que todos os bens sejam transferidos. Inventário é o processo pelo qual se repartem os bens e direitos (patrimônio) do falecido, até que sejam todos adjudicados aos herdeiros.

Salvo nos casos de provisoriedade, quando por uma ou outra razão o direito é atribuído a um ente coletivo, o sistema não consegue outorgar-lhe efetividade. Os povos indígenas que receberam das coroas portuguesa e espanhola títulos de reconhecimento da propriedade de suas terras, o que em si já é um contradição, não os viram reconhecidos com a independência, apesar de cada novo país ter aceito os títulos de propriedade da terra concedidos, muitas vezes de forma irregular a particulares.

A propósito, é magistral o romance de Manuel Scorza, *Garabombo, o invisível*, não apenas porque conta a luta do povo para fazer valer os títulos concedidos pelo imperador no altiplano peruano, mas sobretudo pela demonstração de que esses direitos não eram reconhecidos, por que coletivos.

Garabombo foi acometido de estranha doença, ficava invisível cada vez que, pacificamente, reivindicava direitos da comunidade, e por mais que entrasse nas repartições públicas e tentasse falar com as autoridades, não era jamais visto ou ouvido. Vários comuneiros haviam testemunhado essa rara enfermidade conhecida por todos e propagada pelas autoridades. Os papéis que portava, conseguidos com muita dificuldade, não podiam ser reconhecidos pelas autoridades, já que o portador era invisível.

Aproveitando-se dessa condição de invisibilidade, Garabombo passava sem ser percebido pelas barreiras policiais e pode ir organizando o povo. A estranha doença teria, também um estranho remédio. Bastou reivindicar com dureza e praticar atos concretos de rebeldia, e imediatamente ficou curado, passou a ser visível, e então foi perseguido como agitador e violador das leis, acabando preso e morto.⁷

Assim tem sido as reivindicações por direitos coletivos no Estado Moderno. Nenhum poder deve existir entre o Estado e o cidadão, proclamava a Revolução Francesa. Ou o poder era do Estado, que garantia a realização dos direitos individuais, ou o poder era do indivíduo que, garantido pelo Estado, exercia seus direitos individuais. Qualquer ser impessoal que se estabelecesse como intermediário, rompia a dicotomia, quebrava a unidade e, conseqüentemente, a lógica do sistema

Por isso mesmo os direitos coletivos são invisíveis ainda hoje. Cada vez que são propostos ou reivindicados, é desqualificado o seu sujeito: o povo indígena, se reivindica um direito coletivo, deve fazê-lo como pessoa jurídica, o MST só pode ser visto como reivindicante de direitos individuais à proprieda-

⁷ SCORZA, Manuel. *Garabombo, o invisível*. São Paulo : Círculo do Livro, S/D. O romance de Scorza conta a história do líder dos índios do altiplano peruano que retomaram as fazendas ocupadas por gado e plantações, para voltar a viver comunitariamente. Enquanto reivindicava pacificamente ninguém os ouvia a tal ponto que todos os comuneiros o acreditavam invisível aos olhos dos outros, porque entrava nas repartições públicas e não era jamais atendido, embora não fosse molestado. Até que, aproveitando-se dessa circunstância, organizou a rebelião, liderou uma guerra agrária, ficou curado, foi perseguido e morto.

de de lotes de terra. Exatamente por isso a extrema dificuldade do Poder Judiciário em entender ou acatar o direito coletivo reivindicado e, invariavelmente, conceder liminares para desocupações coletivas de terra garantindo o direito individual do proprietário.

Sendo assim, no universo do direito individual, tudo que seja coletivo é estatal, ou omitido, ou invisível.

Os trabalhadores e os povos

É claro que o Estado moderno e seu direito foram criados para um determinado sistema econômico ou modo de produção, a liberdade, segurança e igualdade propugnadas pela Constituição francesa tinha paradigmas claros que garantiam, em última instância, os direitos individuais e, ainda mais precisamente, o direito individual de propriedade.

Apesar da omissão pelos direitos coletivos, as pessoas jurídicas foram se diversificando e em algum momento, por ingerência política ultrapassaram o caráter meramente comercial ou pia e beneficente, para ganharem representatividade e se colocarem como seres intermediários entre o cidadão e o Estado, exatamente porque passam a incorporar direitos coletivos. É o caso dos sindicatos e em grande medida dos partidos políticos.

Os sindicatos são pessoas jurídicas unas, e por isso tem patrimônio próprio, são proprietários e singularmente exercem esse direito. Mas, independente de seu patrimônio particular, representam direitos que, ainda que invisíveis ao sistema jurídico porque não claramente estabelecidos na lei que prefere reconhecer na relação de trabalho contratos individuais, são efetivos e coletivamente apropriados pela classe trabalhadora.

Por outro lado, os povos tem direitos. Inclusive um direito evidentemente coletivo, o da autodeterminação, que acaba no exato momento em que ele se constitui em Estado. Os direitos coletivos dos povos que são direito a um governo próprio, aos recursos naturais, ao território, ao própria cultura, a liberdade, se encerram no confronto com a soberania do Estado. Estes direitos acabam por se reduzir ao direito de se constituir como Estado e, ironia do sistema, se extinguem no exato momento em que se constitui em Estado.

O Direito moderno, por este estratagema, apresenta o discurso da liberdade coletiva e a prática do direito individual. Os direitos coletivos, no dizer clássico, são meta-jurídicos. O Direito é sistema completo, não pode ter lacunas e quando omite, optou por omitir. Kelsen considera as lacunas a diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais correta⁸. Portan-

⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2a. ed. Coimbra : Armênio Amado. 1962.

to, para a teoria pura a lacuna existe apenas num mundo de sonho e ficção, que em consequência não é jurídico. Como afirmava Bartolomé Clavero, o silêncio da lei é também lei⁹.

Assim posto, é lei que o direito dos povos e dos trabalhadores devem ser omitidos, continuar invisíveis, como Garabombo.

A era dos direitos intangíveis

No confronto com a economia planificada e o socialismo, o Estado evoluiu e o seu Direito também, passando a intervir profundamente na sociedade, entrando no controle da ordem econômica, interferindo na distribuição de riquezas, de benefícios sociais, de saber. O Direito construiu novos conceitos, institutos e razões, sem perder, porém a ligação com a cultura contratual e constitucional, da aquisição de direitos, e da propriedade, como a suprema liberdade.

O Estado do Bem Estar Social, ou Estado-Providência reviu sua função. Os novos conceitos surgidos redefiniram o Direito Público que passou a organizar não só a própria estrutura do Estado como pessoa de natureza especial, que exerce seus direitos de forma especial, mas também cria formas do Estado intervir nos direitos individuais, relativizando-os, reordenando-os, independentemente e até mesmo contra a vontade dos titulares. O espaço público avançou sobre o espaço privado, tonando ordem pública o que antes era privada. Assim, por exemplo, o direito civil era quem definia o que era domínio público, enquanto no Estado do Bem Estar Social é o direito público que define como se exercita a propriedade para que ela cumpra uma função social.

Aliás, acompanhar a trajetória do instituto da propriedade privada, principal direito do sistema, é exemplar: ela nasceu plena, com uma única exceção ditada pela própria lei¹⁰, a possibilidade do Estado desapropriar para um uso público essencial. Com o avanço do Direito Público são criadas as limitações administrativas e pouco depois é desenhado o conceito de função social da propriedade, que especializa os limites ao direito pleno.

⁹ Bartolomé Clavero, o historiador do direito constitucional espanhol, professor da Universidad de Sevilla, ao analisar o silêncio da constituição espanhola sobre certas atribuições do poder judiciário, diz: "la falta de la ley, también es ley". CLAVERO, Bartolomé. El tercer poder. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann. 1992

¹⁰ "É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem jurídico legalmente verificado exigir o uso e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e se dará as regras para se determinar a indenização". Constituição Imperial brasileira de 1824, art. 179, inciso XXII.

No começo do século, contemporâneas à revolução russa, as constituições de Weimar e México adotam como fundamento do direito o conceito de que a propriedade, para mais de ser um direito é um dever: “A propriedade obriga”, define a Constituição de Weimar¹¹; “a Nação terá sempre o direito de impor à propriedade privada as regras que dite o interesse público”, arrematava a Constituição mexicana.¹²

A partir destes novos conceitos ou paradigmas pode surgir uma nova geração de direitos que se parecem com as limitações administrativas e quase se confundem com a função social da propriedade, mas que não são meras declarações de princípios, nem ordenamento dos interesses do Estado. São direitos da sociedade, que interferem, alteram e modificam a relação jurídica do sujeito com o objeto de seu direito. São interferências com poder de limitar a propriedade por questões ambientais, sociais, sanitárias, estéticas, históricas, culturais, etc.

Ao mesmo tempo que evoluía a possibilidade de interferir no direito de propriedade com a limitação administrativa e a função social, outro lado da cultura contratualista sofria permanente, ainda que lento revés. A sociedade e o Estado passaram a reconhecer a existência de instâncias cada mais intermediárias, não só por exigência da democracia, como os partidos políticos, mas da própria luta interna da sociedade e sua estrutura coletivizada, enquanto processo produtivo. Os sindicatos e as sociedades civis se desenvolveram e ganharam tal importância que foram aos poucos assumindo funções ora do próprio Estado, ora dos cidadãos, com isso o contrato, a outra base do sistema, começava a ser atingido.

O direito inventa, então, o contrato de adesão, cujos termos não são discutidos, mas oferecidos a qualquer pessoa que o aceite, gerando, ao ofertante, uma obrigação de cumprir as normas contratuais, ainda que não goste ou não queira negociar com o aderente. Na ordem política, ao lado dos partidos e sindicatos, ganha status as ONGs, organizações não governamentais que praticam, sem ser Estado, mas coletivamente, políticas públicas, e defendem direitos que não são individuais

As mudanças vem ocorrendo de forma acentuada, mas quase imperceptivelmente, sendo difícil localizar os pontos de mutação dentro do sistema, porque em grande medida, essas mudanças profundas ocorrem ou se manifestam em leis isoladas dentro do sistema. O Decreto-Lei 25/37, que instituiu o tombamento de bens culturais no Brasil foi um marco¹³, o Código Florestal,

¹¹ Constituição do Império Alemão, de 11 de agosto de 1919, artigo 153.

¹² Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917, artigo 27.

¹³ O Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, criou o tombamento como instituto para declarar protegidos bens históricos e artísticos, de tal forma que impunha aos proprietários conduta restritiva no exercício de seu direito. É um marco porque é a primeira lei brasileira que, com base na nova ordem constitucional que permite a intervenção do Estado na ordem econômica, impõe restrições ao exercício da

Lei 4.717/65¹⁴ outro, também a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.357/85¹⁵. Figura como grande marco, especialmente pelo importância que tem no sistema jurídico, a Constituição de 1988, porque reconheceu a existência de direitos coletivos, fazendo-os perder a invisibilidade. As leis posteriores à Constituição de 1988 já trazem a marca deste novo sistema, como, por exemplo o Código do Consumidor, que garante direito a qualquer pessoal ainda que não aderente ou usuário de venda ou oferta de serviço.

O jurista italiano Mauro Capelletti entende que a grande diferença entre estes direitos e os tradicionais está na relação deles com o Estado. Os tradicionais são garantidos pelo Estado, estes devem ser promovidos pelo Estado. Textualmente:

“Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita a sua violação, os direitos sociais -como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho- não podem ser simplesmente <atribuídos> ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentos destes direitos e das expectativas por eles legitimadas”.¹⁶

Some-se a isto a cada vez menor relevância dos patrimônios físicos reais. Quer dizer, os bens jurídicos e não apenas os direitos sobre eles, são cada vez mais intangíveis. O patrimônio de uma grande empresa não se conta mais pelo número de lojas que tenha, porque não lhe pertence as lojas, nem os locais, nem móveis que a adornam, porque tudo é franqueado, é de terceira pessoa. O patrimônio se conta, e vale, pela marca que ostenta ou o sabor que descobriu, ou a forma da embalagem que a contém.

Isto vale também para os patrimônios individuais, tem muito mais valor a cobrança de um dano moral do que um material, uma pessoa ofendida, especialmente se o ofensor for rico, poderá se tornar também rica com a indenização, independentemente dos absurdos e corrupções de sentenças judiciais.

propriedade privada, o que significa dizer, estabelece obrigações a este exercício, não apenas direitos.

¹⁴ O Código Florestal, Lei 4.717, de 15 de setembro de 1965, estabelece que o exercício do direito de propriedade sobre as florestas consideradas de preservação permanente, como as matas ciliares, topo de morro, encostas e outros, se dará com restrições, obrigando o proprietário a atos de preservação e conservação.

¹⁵ A Lei de ação civil pública, Lei 7.357, de 24 de julho de 1985, estabelece o processo judicial pelo qual se apura a responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio cultural, ao meio ambiente a aos consumidores, mais tarde se agregou a este elenco os “interesses difusos”. A legitimidade para propor a ação é das pessoas jurídicas de direito público, o Estado e suas organizações, incluído o Ministério Público. Esta legitimidade foi estendida às ONGs.

¹⁶ CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 41

Desta forma se pode dizer que os novos direitos são intangíveis, e a nova economia passa a valorar mais o conhecimento, sempre que ele possa ser transformado em produto de consumo de massas. Nesta contradição, interessa menos a terra indígena, como um direito sobre o bem físico, e então é possível ao sistema aceitar o direito coletivo indígena sobre esta terra, do que o conhecimento que o grupo tenha sobre as substâncias e poderes das plantas e dos animais, por exemplo.

Os direitos coletivos - em busca de um conceito

Estes novos direitos tem como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais.

Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos tem dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros.

Se não há possibilidade de identificar este fenômeno com um titular, que seja pessoa, nos termos da dogmática tradicional, aparentemente estamos diante não de um direito mas de um simples interesse. Na realidade não é tão importante discutir se o nome disto é direito ou interesse, o que importa é verificar as conseqüências que isto traz.

É evidente a ausência de titulares de direito porque não se pode encontrar quem o possa adquirir e integrar a seu patrimônio ou em que relação contratual o adquira. É verdade que não interessa perquerir do momento da aquisição do direito coletivo, porque todos eles são fruto da lei, quer dizer da criação e determinação da sociedade por seus representantes. Não pode haver proteção a estes direitos senão quando a lei assim o determina, porque a sua criação significa criação de deveres para os titulares de direitos individuais. Os direitos coletivos são, portanto, função abstrata da lei que se concretiza independentemente da consciência ou vontade do sujeito. Não é necessário sequer ser fumante para ter direito a que os vendedores de cigarros estampem corretamente o seu produto. Nem o mais rigoroso inverno diminui o direito a precisa informação na venda de equipamentos

de ar refrigerado. Não é preciso estar circunstancialmente sem casa para ter direito a moradia, nem ser filiado ao movimento de sem-terras para ter o direito ao trabalho no campo.

Não só na versão consumidor, evidentemente, desaparece a figura individualizada do titular. Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mas isto não restringe o direito aos que são ou podem ser afetados por um desequilíbrio. Todos tem direito a preservação dos bens culturais, ainda que não veja, não sinta ou não goste da cultura em questão.

Mas, note-se, quando estamos dizendo que todos têm direito a estas coisas, a palavra direito, aqui, está no preciso termo jurídico de ser seu titular. Dito de outra forma, cada um individualmente, é titular do direito sobre a relação ou a coisa, mas essa titularidade não pode ser apropriada, transferida, alienada, quer dizer, este direito não integra o patrimônio individual de cada um. Por isso mesmo este direito é difuso, de titularidade difusa.

Ao mesmo tempo que estas relações e bens têm pairando sobre si uma titularidade difusa, têm, concretamente falando, uma titularidade individual. Quer dizer, a relação entre produtor/vendedor/consumidor é uma relação concreta, real, juridicamente estabelecida, na qual pessoas adquirem, alteram, modificam, alienam bens e direitos que passam a integrar ou saem de seus patrimônio privados.

A dominialidade do bem ambiental ou culturalmente protegido também tem esta característica. Ele mesmo como bem individuado faz parte, integra um patrimônio -público ou particular-, mas há, do ponto de vista da sociedade, uma titularidade difusa que altera sua essência.¹⁷

Isto quer dizer, juridicamente, que nas relações de consumo, além de uma relação contratual ou comercial, já fartamente regulamentada pelo sistema jurídico contratualista, em pelo menos dois códigos, o comercial e o civil, com suas eventuais conseqüências penais, há uma outra relação, de caráter vasto e difuso, mas de natureza pessoal, que interfere, tem poder modificativo, limitador da relação jurídica concreta, que é diferente e não se confunde com a relação comercial ou com a relação contratual civil do comprador/vendedor.

Esta relação de novo tipo, no direito positivo brasileiro, ainda está muito próxima da relação de compra e venda, estritamente contratual e parece que algumas vezes se confunde com ela, criando-se um sistema de maior proteção do comprador genérico e virtualmente enganado. Na realidade o direito do consumidor interessa também à grande empresa, que define seu contrato público, coletivo, e vê, assim, garantida pelo Estado a relação de consumo. O cidadão, para a empresa, se transforma em consumidor. Assim, o prestador do serviço ou

¹⁷ ver a propósito o meu livro Bens Culturais e proteção jurídica. Porto Alegre, UE/Porto Alegre. 1997. 140p.

vendedor tem igual interesse neste direito coletivo que o consumidor, é apenas a nova face de velha relação negocial. É, em outras palavras, a versão de massa do velho acordo bilateral de vontade.

Entretanto, nos direitos coletivos existentes na proteção jurídica dos bens ambientais e culturais a coisa é bem diferente, até mesmo no direito positivo brasileiro. Aqui não há confusão nenhuma entre os titulares, porque até mesmo o proprietário individual de um bem protegido é titular, junto com todos, do direito coletivo difuso. Aqui o Direito vem criando novos conceitos jurídicos, como o de dano ambiental e cultural e o de bem de interesse público. Neste campo do Direito, o das coisas, as relações são sempre mais claras. Trata-se aqui de direitos sobre coisa alheia, com a diferença de que estes direitos não são individuais.

Estes direitos são verdadeiro direito real coletivo sobre coisa alheia, com todas as características dos direitos reais, oponível erga omnes e diretamente relacionados a um bem jurídico. Neste caso um bem jurídico especial, que ganhou uma proteção extra, capaz de alterar sua essência, modificando o regime de propriedade, impondo-lhe limitação, transformando mesmo sua função social. Exatamente porque faz tudo isso ao mesmo tempo, não se confunde com a limitação administrativa, direito do Estado de ordenar o uso da propriedade, nem com a função social, atributo valorativo da propriedade, embora limite a propriedade e lhe dê atributo valorativo.

O direito real coletivo sobre coisa alheia exercida por todos sobre os bens de interesse público são mais do que limitações administrativas, porque independem do Estado e podem se exercer até mesmo contra ele e mais do que a função social da propriedade, porque é uma modificação na essência da coisa.

O jurista brasileiro José Afonso da Silva analisando os bens integrantes do patrimônio cultural, os bens tombados, afirmou:

“Observa-se que, enquanto o conceito pacífico e geral da função social da propriedade privada se traduz essencialmente na imposição, ao titular do direito sobre a coisa, de certas obrigações pessoais (*ob rem*), de modo a tornar socialmente útil a titularidade privado do direito mesmo, mas não se traduz num regime especial da coisa em si, a configuração de um de uma categoria de bens privados com especificação pública pressupõe um regime especial (...). Em tais casos, esses vínculos constituem não apenas obrigações *pessoais* “*ob rem*” e não são, portanto, de considerar a mera consequência da aplicação do conceito de função social da propriedade, mas se traduzem num *regime especial da coisa em si* (...).”¹⁸

Entre os direitos coletivos, não devem ser incluídos, portanto, aqueles que são mera soma de direitos subjetivos individuais, mas somente aquele

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Aspectos jurídicos do patrimônio ambiental. São Paulo : FAUUSP, 1981. p.9

pertencente a um grupo de pessoas, cuja titularidade é difusa porque não pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos.

Este direito não pode ser dividido por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes. Não são passíveis de alienação, portanto não podem ser reduzidos ao patrimônio de um indivíduo, são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, intransferíveis. Não tem valor econômico em si para cada indivíduo, mas somente pode tê-lo para a coletividade, exatamente por isso é inapropriável individualmente.

Os direitos coletivos na constituição de 1988

A partir da Constituição de 1988 passou a ser possível, no sistema jurídico brasileiro, reconhecer como coletivos alguns direitos, e ficou integrado ao ordenamento jurídico, definitivamente, esta nova classe de direitos, embora a doutrina e a jurisprudência ainda relutem em tratá-los por este nome, e dar-lhes efetividade.

Aliás, a Constituição de 1988 estampa um capítulo com o nome de “Direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I, do Título II). Este capítulo tem apenas um artigo, o 5º, com 77 incisos. Os 77 incisos tratam de direitos e garantias individuais, fundamentais ao cidadão, como declaração de princípio, muitas vezes. É difícil recolher dentre eles algum direito coletivo com o conceito que acima ficou exposto. Neste artigo estabelece a possibilidade de restrição aos exercício do direito de propriedade, por exemplo, quando se garante o direito, mas se lhe estabelece a obrigação de atender sua função social. Este capítulo, portanto, apesar do título, não expressa o conteúdo efetivamente coletivo que a Constituição deu a alguns outros direitos dispersos pela Constituição.

Alguns direitos coletivos foram clara e inequivocamente expressos no texto da constituição, outros derivam de uma interpretação combinada e sistemática, porque a Constituição criou, por exemplo, o direito de todos ao controle da administração pública e atribuiu a ela algumas obrigações comportamentais, donde transformou em direitos coletivos o direito de exigir o comportamento determinado na norma constitucional.

Assim posto, fica clara a existência de um direito coletivo a uma administração pública fundada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme a garantia dos artigos 37 e seguintes da Constituição. Este direito não tem apenas força retórica, o sistema jurídico criou para o seu exercício um processo judicial especial, que é a ação popular. Esta ação é

a forma que o sistema concebeu a possibilidade de qualquer cidadão, em seu nome, postular direitos coletivos em proteção ao patrimônio estatal e coletivo. Não é instrumento válido para a proteção de todos os direitos coletivos, mas somente para aqueles que envolvem a Administração Pública.

A Constituição reconhece um patrimônio cultural, sem titular individual, que se sobrepõe aos direitos individuais de propriedade e se compõe de “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, conforme dispõe o artigo 216. O patrimônio cultural é reconhecido desde 1937 no Brasil, mas somente agora é reconhecido como direito coletivo, antes era como se fosse um esboço destes direitos, um rascunho que foi passado a limpo no texto constitucional. Na realidade este direito se deslocou da esfera estatal para a coletiva.

Outro conjunto de direitos que migraram de um limbo para um efetivo direito coletivo, foi os direitos dos povos indígenas. Antes da Constituição de 1988 os povos indígenas eram entendidos pelo sistema jurídico como povos em transição que seriam integrados no sistema como pessoas, por isso a invisibilidade de seus direitos tão claramente expostos pelo invisível garabombo de Scorza. Pela primeira vez, em 1988, a lei reconheceu que os povos indígenas são “coletivos”, garantindo-lhes o direito de continuar a ser índios. O artigo. 231 entendeu assim os direitos dos povos indígenas, ficando garantido o direito originário e coletivo sobre as terras que ocupam, apesar de reconhecer um direito individual, porém público, de propriedade sobre essas terras, entregando a titularidade à União Federal. A clareza deste direito coletivo se expressa na garantia à organização social, aos costumes, línguas, crenças e tradições e aos recursos naturais de seu território. Na Legislação infraconstitucional, o Estatuto do Índio está sendo substituído pelo Estatuto das Sociedade Indígenas, em discussão no Congresso, numa clara indicação da mudança do enfoque jurídico. É importante destacar que o direito coletivo dos povos indígenas sobre o conhecimento, o saber e o domínio de técnicas capazes de reconhecer qualidades medicinais ou mágicas em plantas e animais está reconhecido, mas não concretamente legislado.

Na ligação do direito ao patrimônio cultural e dos direitos dos povos indígenas, está a proteção das culturas vivas, locais e atuantes no cenário brasileiro. Esta proteção gera um direito coletivo que se pode entender como a proteção da pluriculturalidade da organização social brasileira, expressa no artigo 215, § 1°. Podemos chamar a isto um direito a sociodiversidade.

Talvez de todos o mais relevante direito coletivo criado foi o estabelecido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevado à categoria de bem jurídico e, portanto, apropriável juridicamente de forma coletiva, conforme o

artigo 225. Este direito quiçá seja o mais relevante porque vem assumindo um papel de destaque no mundo atual. O meio ambiente já interfere em vários institutos e subsistemas jurídicos tradicionais, alterando velhos dogmas do direito e alterando até mesmo a relação dos cidadãos com o Estado e com as empresas comerciais.

Ligado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, está criado o direito à biodiversidade, definido no artigo 225, § 1º, II da Constituição. O texto garante a integridade do patrimônio genético do país, o que significa que qualquer ameaça a extinção de uma espécie deve resultar numa intervenção do Estado com a finalidade de repor o equilíbrio, criando espaços geográficos territoriais protegidos ou limitando ou proibindo atividades nocivas.

O direito do consumidor, já amplamente reconhecido e algumas vezes confundido com o direito individual de reclamar de negócio privado realizado, ganha uma evidente conotação coletiva quando, por um lado, se desvincula do negócio realizado, e ganha a dimensão de um direito geral, de todos, a, por exemplo informação sobre os bens e serviços oferecidos. Mas por outro lado, adquire a dimensão coletiva ao ser ligado ao mercado interno, considerado patrimônio nacional pela Constituição, em seu artigo 219. Esta lado do direito coletivo do consumidor é pouco conhecido e ainda menos respeitado.

A nova sistemática constitucional criou um direito de todos à emanção da norma jurídica. Quer dizer, exigir que o direito deixe o espaço do sonho e se concretize como norma jurídica, pode ser exigido pela cidadania. A concretização deste direito, quando assume repercussão individual, pode ser atendido pelo mandado de injunção e quando coletivo, pela inconstitucionalidade de por omissão. Para a existência deste direito é necessário que haja garantia constitucional que não pode ser concretizada pela inexistência de norma legal. Esparso na Constituição, mas garantido entre direitos individuais, o direito a emanção da norma é um direito coletivo, embora não claramente regulamentado, não tem sido fácil convencer o Poder Judiciário, por outro lado de que o mandado de injunção tem a finalidade de repor a norma legal inexistente.

Muitos outros direitos poderiam ser arrolados a analisados, como o direito à vida, a liberdade, à segurança, à saúde, à educação, à previdência social, ao sufrágio universal e secreto.

Alguns outros direitos coletivos tem tradução e expressão individual, como por exemplo, direito a isonomia de tratamento perante a Lei e o Estado; direito à vida, à liberdade, à segurança, à saúde, previdência e assistência social, ao sufrágio universal e secreto. Deve-se notar, entretanto, que embora a Constituição tenha albergado, criado e possibilitado a garantia de tantos outros direitos coletivos, como o acesso a terra, a assistência social, ao trabalho, a remuneração mínima, a regulamentação até agora está adstrita a moralidade dos

atos administrativos, consumidor, meio ambiente e patrimônio cultural, apesar do processo judicial criado, a ação civil pública, dispor que qualquer interesse difuso pode por ela ser protegido.

Muitos destes direitos coletivos têm expressão individual, mas nem mesmo na versão individual podem ainda ser efetivamente garantidos, como a educação, saúde e segurança, para ficar somente com os mais óbvios.

Os direitos coletivos, portanto, já existem dentro do Direito e não fora dele, mas por ironia do sistema, continuam invisíveis.

O processo e os direitos coletivos

A invisibilidade dos direitos coletivos, em grande medida se dá porque, embora aceitos pela lei, e pela Constituição, não encontram guarida no Poder Judiciário, ou pela própria dificuldade de acesso a ele por falta de organização e disposição ideológica ou mesmo porque não existem vias processuais adequadas, nem mesmo administrativas.

O processo civil, criado e desenvolvido dentro de um rígido formalismo para de resolver os conflitos intersubjetivos, sem grande preocupação com a realização da justiça, serviu e serve aos direitos individuais tradicionais. A sua crise atual não consiste na dificuldade ou demora da prestação jurisdicional intersubjetiva. Esta é apenas uma crise de quantidade, não de qualidade.

O papel do Estado, enquanto poder judiciário era mesmo garantir o cumprimento da lei, fazendo com que os direitos individuais fossem realizados e executados dentro dos parâmetros por ela estabelecidos. A cultura contratualista organizou o sistema judicial com princípios coerentes, correspondendo a cada direito individual uma ação individual. O titular do direito é também titular da ação e só ele pode reivindicar do Estado a proteção do seu direito, “ninguém pode em nome próprio postular direito alheio”¹⁹ é a fórmula.

O avanço dos direitos coletivos sobre o sistema jurídico, porém, começou exigir elaboração de exceções a este princípio até a criação de ações próprias que, com processos e procedimentos adequados, fossem capazes de colocar o poder judiciário à disposição dos titulares de direitos coletivos. Como a titularidade destes direitos é difusa, difusa também ter que ser a legitimação para estar em juízo.

Ainda que de difícil criação e elaboração legislativas, no Brasil há um inegável avanço na proteção dos direitos coletivos e interesses difusos do consumidor, do meio ambiente e do patrimônio cultural, desde que estejam ligados a grupos organizados em ONGs ou sindicatos. Estas ações judiciais

¹⁹ artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro.

como a mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública, tem limites concretos e razões distintas de existência, mas todas elas servem à defesa destes direitos.

Outros direitos como o de moradia, acesso a terra, ao trabalho, à saúde, à educação, a assistência social, segurança estão criados, mas dependentes de regulamentação concreta para seu exercício. Essa situação de direito coletivo criado mas não exercível por falta de regulamentação gera uma lacuna real no sistema, que, no caso brasileiro é resolvida, ou tem como proposta de solução, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, como visto acima.

Voltemos, porém, a presença dos direitos difusos em juízo. O primeiro problema é de legitimação ativa, porque o direito de ação é, por si só, um direito individuado e personalizado, sendo difícil realizá-lo coletiva ou difusamente. A solução que surge como óbvia ao sistema é a legitimação do Estado ou um seu órgão especialmente criado para esse fim, como o Ministério Público.

Esta solução não pode ser exclusiva, como não foi no Brasil, porque faz falta a legitimação também de indivíduos ou representantes de indivíduos, como organizações civis especialmente legitimadas. A ação civil pública brasileira adotou esta fórmula. Entretanto, esta legitimação tem sido entendida apenas para a reparação dos danos causados ao consumidor, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Devemos lembrar que o termo <difuso> foi vetado pelo executivo no projeto de Lei que veio do Congresso Nacional. O Código do Consumidor, porém, recolocou a tutela de todos os interesses difusos, assim, genericamente, mas os tribunais ainda não lhe deram a amplitude exigida para a efetiva defesa. Ainda é cedo, portanto, para dizer o que no Brasil se entende por interesses difusos, faz falta mais atividade judicial definindo o alcance desta norma e mais agressividade das próprias associações para propor novas e transformadoras ações civis públicas.

O Poder Judiciário brasileiro ainda não reconheceu nestes direitos a possibilidade de serem exercidos fora das ações específicas, por exemplo como defesa nas ações possessórias e reivindicatórias onde se pede a desocupação de área de terras ou conjunto de apartamentos desocupados das periferias das cidades. Ainda não reconheceu, portanto, que os direitos coletivos possam se opor a direitos individuais em ações ordinárias e especialmente a direitos de propriedade e posse.

A nova Constituição colombiana encontrou como solução para casos de violação de direitos coletivos uma ação chamada <acción de tutela>, que é uma espécie de remédio jurídico com as características do Habeas Corpus, mas com objeto de atender as demandas coletivas e consideradas direitos fundamentais. A ação de tutela foi regulamentada por lei ordinária e já tem vasta interpretação jurisprudencial, infelizmente restritiva.

Outros países buscam soluções parecidas. Juridicamente é quase inútil criar novos e revolucionários direitos materiais se não houver formas de acesso ao judiciário para fazê-los efetivos. A só criação dos direitos nas leis substantivas, transformará seus titulares em Garabombos, cada vez que agitarem seus direitos tornar-se-ão irremediavelmente invisíveis. O encontro de formas processuais para o exercício destes direitos será o remédio que, tornando os garabombos visíveis não os levará à prisão e morte.

Na verdade nenhuma das soluções encontradas até agora podem resolver o centro da questão, porque a crise atinge a estrutura mesma do Poder Judiciário, já que não é apenas a legitimidade ativa que está em jogo, mas o fundamento contratualista e intersubjetivo do processo. Qualquer solução terá que trazer uma profunda transformação no direito processual. Alguns dos dogmas sobre os quais está assentado se romperão como cristais, criando fissuras irreparáveis.

O primeiro dogma a ser rompido é da própria legitimação ativa, que não pode ser mais uma pessoa ou um consórcio de pessoas titulares de direito que estarão em juízo, nem o Estado com monopólio da ação, como no Processo Penal, mas pessoas em nome próprio postulando direitos alheios, que na realidade não são alheios, mas de todos e, neste sentido, inaproveitável diretamente para o patrimônio do proponente.

O devido processo legal com a notificação de todas as partes para estarem em juízo é inviável neste tipo de ação. Não deverá haver sequer esforço formal de notificação como o simbólico edital. Poderá haver decisões contra o interesse e o direito de quem não figura na relação processual e mesmo ser ter força executória.

A coisa julgada deverá sofrer modificação. Na proteção de direitos difusos a coisa julgada aproveita ou prejudica terceiros.²⁰

O envelhecimento do estado moderno

Estes novos direitos coletivos não carecem apenas de reformas profundas na estrutura do poder judiciário, mas em todo o Estado, porque seria inviável imaginar a sua realização completa sem mudanças profundas. Algumas reformas podem permitir que os direitos econômicos de grandes empresas ou mesmo de consumidor sejam atendidos, mas o essencial necessita de uma reforma ainda mais profunda.

A começar pela relação jurídica entre pessoa e objeto que fica abalada em seus alicerces pelo simples fato de que todos, impessoalmente, passam a ter

²⁰ ver sobre as alterações nos dogmas processuais, especialmente: CAPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. in *Ajuris* n. 33, março. 1995. p.169-82.

direitos sobre um bem, cujo materialidade pertence a outro sujeito, individual. Quer dizer, fica criada sobre um objeto material um direito intangível.

Mas a situação pode se complicar ainda mais. Quando se declara um árvore imune de corte, contra a livre disposição do proprietário da terra, se está criando um direito para todos os homens contra o direito do proprietário, madeireiro ou lenhador, ou se está criando um direito da árvore contra todos os homens? Quando a lei proíbe a caça, apanha ou o cativo da onça, considerando-a bem público, está apenas limitando o ente público do livre exercício de seu direito sobre a onça, se está criando um direito de todos contra o caçador, ou ainda se está criando um direito da onça contra todos, inclusive o Poder Público?

Perguntava Michel Serrès porque somente o hóspede tem direito e não o hospedeiro? A Revolução Francesa proclamou que todos os homens nascem iguais em direitos, está bem que sejam todos os homens, mas porque só os homens? Porque não também as árvores e as onças?²¹

Este sistema fundado no humanismo está longe de criar uma subjetividade para plantas e animais, pedras e águas, porque eles e o planeta inteiro tem sentido para o ser humano enquanto possibilita a ele vida saudável e confortável, quer dizer, o sistema cria as limitações ambientais para a humanidade, para servir a humanidade.

Quando dizemos, porém, que existe direito à preservação e manutenção da biodiversidade, por exemplo, assim, sem adjetivos, fica difícil dizer que seja um direito dos homens, se parecendo muito mais a um dever. E se é um dever a quem corresponde o direito? Porque ainda que se possa dizer que interessa ao homem a manutenção da biodiversidade na terra, não se condiciona a sua existência a imediata satisfação das necessidades humanas, de tal sorte que a preservação, como direito, fica estranha no sistema dicotômico do direito moderno.

O Estado está realmente envelhecido, a operação plástica que o neoliberalismo deseja fazer-lhe não lhe poderá curar a alma. O seu dogma mais sedimentado, a harmônica e independente divisão dos poderes se vê, com a chegada destes novos direitos em fissura latente. O direito brasileiro reconhece a existência de lacunas no sistema (o que de per si é um rompimento de dogma) e busca colmatá-las com a criação do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, tentando timidamente entregar ao Judiciário o papel de legislador, ou pelo menos de suprir a lacuna não legislada. A solução é tímida, mas a fissura está posta. A intocável divisão entre os poderes, começa a ruir, é necessário, porém cuidado: neste campo qualquer passo em falso pode levar à tirania, pondo a democracia em perigo e se ela é posta em perigo, a transformação do Direito para garantir eficácia aos direitos coletivos é posta em risco.

²¹ SERRÈS, Michel. O contrato natural. São Paulo : Nova Fronteira.

Sem democracia os direitos coletivos, comunitários, se confundem com as razões do Estado ou da empresa e parecem ou persistem em forma de simulacro ou rebeldia. Portanto, não é qualquer reforma que interessa, mas somente aquelas que, preservando o conteúdo da cidadania, dos direitos humanos, mas acresce ao indivíduo os direitos coletivos, fazendo-o, de fato e de direito, um cidadão porque membro de uma comunidade e não apenas um consumidor, partícipe de um negócio.

A democracia, os novos direitos e o Poder Judiciário

Estes novos direitos, coletivos, comunitários, sociais ou difusos florescem com o avanço do Estado do Bem Estar Social, mas frutificam apenas quando se vive democracia. A democracia é um pressuposto porque é pressuposto deste direitos a possibilidade de serem exercidos ainda contra a vontade do Estado, não para substituí-lo, mas para compeli-lo a agir nas omissões e corrigir suas ações nefastas.

Diferente dos direitos tradicionais, estes direitos não dependem apenas de proteção do Estado contra violações, precisam do exercício efetivo da Administração Pública no sentido de promovê-los.

Esta sua ligação próxima a democracia impõe a organização da sociedade para o exercício das políticas públicas que eles na verdade são. Ocorre que não poucas vezes dois direitos coletivos legítimos se confrontam ou podem se confrontar. O fato de serem coletivos e legítimos não os exime de contradições, porque sempre haverá contradições em nossas sociedades. Imaginemos, por exemplo, o direito coletivo ao trabalho de um lado e a proteção ambiental por outro a necessidade humana de energia elétrica e o dano que possa causar uma usina. Quem e em que instâncias se poderá decidir por um ou outro.

A solução desta contradição deve ser democrática, o que pressupõe uma análise de legitimidades sociais, mas tem que ser técnica, não jurídica, porque pressupõe um estudo dos impactos e suas mitigações, do ponto de vista social, econômico, biológico, médico, etc.

Isto significa transformações tão profundas que o Poder Judiciário, criado e concebido como órgão técnico do Estado, profissionalmente organizado, já não consegue resolver. A lei pode dizer que sempre que um direito coletivo se confronta com um direito individual patrimonial, prevalece aquele. Este tipo de solução, aplicação técnica da lei, o Judiciário está preparado para fazê-lo. Mas a lei não pode dizer a cada hipótese, qual o direito coletivo deve prevalecer e, então, a técnica a ser utilizada para a solução do conflito não é mais a jurídica. E o sistema judiciário fica impotente.

O paradigma de conflito emergente dos direitos individuais eram, evidentemente, intersubjetivos. O direito de um em confronto com o direito de outro reclamava uma decisão definitiva, chamada de coisa julgada, que valesse apenas entre contendores. A perfeição do sistema consistia em aplicar a lei antecipadamente acordada, nos seus prazos e momentos, para que houvesse segurança jurídica nas relações contratuais. Quanto menor o campo de discricionariedade dos juízes tanto mais perfeito seria o sistema.

Muito cedo se pode ver que os limites da discricionariedade sempre foram mais amplos do que o desejável pela perfeição formal. Entretanto, o advento de novos direitos cuja medida não cabe em catálogo codificado e que exigem “permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas”²², o Judiciário já não tem parâmetro subjetivo para o julgamento. Sem parâmetro, perde seu fundamento da legitimidade, se transforma em ente político, como não é representativo, põe em risco a democracia.

A Administração que julga é tão perigosa quanto o Judiciário que legisla, entretanto, enquanto os juízes interpretam, legislando, colmatando lacunas, para a solução de direitos intersubjetivos estão dentro de seu papel institucional. No confronto de direitos individuais os erros são de repercussão individuais, as vezes perversos e tristes, mas que os sistema acabo por resolver em perdas e danos. Já os erros contra os direitos subjetivos podem tomar proporções catastróficas não apenas para as partes, mas para todos.

Na verdade, Estado e seu Judiciário, organizados para decidir questões intersubjetivas, tem uma enfermidade que os cega e não podem ver as reivindicações de Garabombo e o imaginam invisível.

Cumprе, portanto, em função desta exigência social, criar um novo Estado que julgue os direitos coletivos. Este novo Estado há de ser tão forte que permita que ninguém, nem mesmo grandes proprietários de intangíveis bens intelectuais e que cumpram a risca códigos de consumidores possam oprimir os direitos coletivos de não comprar, mas simplesmente viver; mas há de ser ao mesmo tempo tão fraco que ele mesmo não se transforme em opressor dos direitos coletivos em nome de outros direitos coletivos que pareça a ele mais adequados.

Este Estado há de ter um judiciário democrático em sua concepção, multidisciplinar em sua formação e plúrimo em sua composição.

Não é possível que o Estado, nele incluindo o judiciário, concebido para deslindar e promover os direitos individuais subjetivos do século XIX continue com a mesma estrutura para promover, julgar e compor os direitos sociais do século XXI.

²² Mauro Capelletti, conforme citação já referida anteriormente.

A universalidade parcial dos direitos humanos¹

1. O universalismo de Las Casas

“O domínio das coisas que são inferiores ao homem corresponde a todos os homens do mundo, sem exclusão de fiéis e infieis, segundo a justiça e disposição divinas em geral, e conforme o direito natural e das gentes em particular”², assim Bartolomé de Las Casas enunciava o primeiro princípio para defender a justiça dos índios, buscando uma universalidade ainda que expressa numa fonte diferente da conhecida ou reconhecida pelos próprios índios.

A justiça e disposições divinas e o direito natural e das gentes são pressupostos anteriores ao conhecimento, exatamente por isso universais, que independem de serem os povos fiéis ou infieis para gozá-los. Estas idéias de Las Casas tinham conseqüências nem sempre aceitas pelo poder espanhol da época.

A grande conseqüência é o direito que os índios têm à terra e a sua própria jurisdição, como afirmava Las Casas: “Quaisquer nações e povos, por infieis que sejam, possuidores de terras e de reinos independentes, nos quais viveram desde o início, são povos livres e que não reconhecem fora de si nenhum superior, exceto os seus próprios, e este superior ou

¹ O presente trabalho foi preparado originalmente para um Seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, em outubro de 1994. O trabalho foi publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional “Ciência, cientistas e tolerância”.

² LAS CASAS, Bartolomé. Princípios para defender a justiça dos índios. In: SOUZA FILHO, C.F. Marés de (org.). Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba : Juruá/NDI. 1992. p. 13.

seus superiores têm a mesma pleníssima potestade e os mesmo direitos do príncipe supremo em seus reinos, que os que agora possui o imperador em seu império”³.

Esta conseqüência sozinha era suficiente para o Poder duvidar da teoria inteira. Valores universais acabavam por inviabilizar a dominação, e a liberdade, irmã da pleníssima potestade, seria um estorvo para quem quisesse, pelas armas ou temor, dominar as novas terras. A teoria não servia aos interesses dominantes da época!

A idéia universal de Las Casas era baseada em um direito natural, pre-existente ao homem e de inspiração divina, mas tão amplo e tão profundo que mesmo os infiéis, isto é, aqueles que desconheciam a divindade inspiradora, eram por ele regido. Esta verdade universal de Las Casas não encontra paralelo teórico senão em momentos muito recentes, quando se afirma que grupos sociais diversos regem-se por suas próprias leis e cujo primado está na liberdade de auto reger-se, segundo seus usos, costumes e tradições.

De Las Casas até o pensamento indígena atual, a História é contada pelo Estado que, se achando universal, nega o princípio da universalidade existente fora das relações sociais concretas. Desde a conquista a globalização dos conquistadores se dizia universal, mas negava a universalidade de Las Casas e praticava as idéias de Ginés de Sepúlveda, que dizia ser a conquista uma necessidade da revelação pregada pelo Deus único e verdadeiro que deveria ser levado, ainda que pela força, ao gentio. Esta era sua universalidade.

2. A Revolução Francesa e o Estado Moderno

É curioso imaginar que mais de duzentos anos depois do nascimento do Estado moderno sob o signo da liberdade e da dignidade humana ainda haja espaço para discutir, pensar, denunciar ou mesmo constatar a existência de franjas da sociedade que não só não estão cobertas pelo manto protetor do Estado, como sofrem opressão exatamente por isso.

Não seria verdadeira a afirmação de que nada avançou. Ao contrário, nestes duzentos anos a teórica afirmação de que todos “nascem livres e iguais em direito”⁴, esteve sempre exposta ao conhecimento de todos os poderes e sempre encontrou cidadãos dispostos a lutar, às vezes com a perda da própria vida, para que fossem efetivos, exatamente como desejaram os representantes

³ ob. cit. p. 21

⁴ Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do dia 26 de agosto de 1789, da Assembléia Nacional do povo francês.

do povo francês naquele longínquo 26 de agosto, mas como jamais puderam ou quiseram cumprir os poderes instituídos.

Mas só o fato de que sempre teve que haver tanta luta em defesa desses direitos universais, é revelador de que não tem sido fácil pô-los em prática. Os detentores do poder, político ou econômico, não têm transformado em realidade os princípios que solenemente proclamam em momentos de tensão cívica.

O texto da declaração francesa de 1789 adotou o princípio da liberdade como seu fundamento, mas, ao mesmo tempo, estabeleceu a lei como limite: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos, Estes limites apenas podem ser determinados por lei.”

É aqui exatamente que nasce o Estado Constitucional. A inclusão dos direitos e suas garantias, e a separação dos poderes passou a fazer parte do próprio conceito de Constituição: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”⁵.

Os Estados foram adotando Constituições e proclamando os direitos individuais e exercendo a separação dos poderes. Apesar disso, os direitos individuais, ainda os mais singelos como a liberdade formal, passaram muito tempo até que fossem reconhecidos na prática por todos os Estados Constitucionais. A escravidão é o mais evidente exemplo! O Brasil, escreveu sua primeira Constituição em 1824, mas manteve a escravidão até 1888.

Aliás, para o Estado Liberal a proclamação pela liberdade não significa mais do que a não intervenção do Estado na vida econômica do cidadão, mas suas leis, talvez por isso mesmo são inoperantes para garantir os direitos proclamados.

Dentro desta concepção, os direitos humanos, mal formulados, não podiam ser considerados universais, por que os próprios Estados que os consagravam em suas Constituições não tinham compromisso com seu cumprimento. Além disso, havia muitos espaços, muitos territórios, que não estavam “protegidos” por um Estado. A idéia de ser universal não passava de uma proclamação parcialmente válida. E o parcial aqui tem duplo sentido: não valia para todos os homens de todos os lugares, nem valia para todos os direitos.

⁵ Art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa, de 1789.

3. O Estado único e o mundo estatizado

Aqui talvez já seja o caso de traçar um primeiro paralelo entre Las Casas e o Estado Liberal. Las Casas acreditava na liberdade e no direito natural como princípios universais, o estado liberal, também. Porém Las Casas imaginava que a liberdade e o direito natural se realizavam segundo os usos, costumes e tradições de cada povo, dito em outras palavras, cada povo é livre de reconhecer os valores do direito natural que os rege. O Estado liberal ou constitucional, pensava diferente, a liberdade de cada povo estaria sujeita a um conjunto de regras de limitações impostas pela lei, isto é, pelo próprio Estado.

O Estado moderno é um Estado Constitucional. Todas as Constituições contém, necessariamente, dizia já a Declaração francesa, a divisão de poderes, isto é, a organização do Estado, seus limites e competências, e a garantia dos direitos. Os direitos, porém, são declarações de vontade enquanto não transformados em lei pelo Estado dividido em poderes distintos. Enquanto não vier a normatização, não têm eficácia, não valem!

A compreensão deste fenômeno fez com que Lassalle, em 1860, chamasse a Constituição escrita de Constituição folha de papel, que encerra um cinismo e uma falácia, cinismo porque é capaz de declarar o que é bom, positivo, justo; falácia porque não torna eficaz aquilo que declara justo e continua a imperar o arbítrio e a dominação, e, quando não é assim, é simplesmente rasgada.⁶

A cultura constitucional, procurou encerrar o universalismo no Estado. Um Estado único, com uma única fonte de direito, emanada diretamente da Constituição, com leis organizadas em Códigos, que encerram todas as possibilidades das relações jurídicas, em sistema sem lacunas. Esta organização social que não admite fissuras nem diferenças, não pode aceitar o índio com uma vida e organização social fundada em outros princípios que não sejam os enunciados constitucionais que se efetivam pelo direito civil. Dito em outras palavras, não pode este sistema sem lacunas aceitar povos que prescindam do Estado e da propriedade privada para manterem vivos sua organização social.

As concepções de avanço, progresso, desenvolvimento só podiam entender os índios como passageiros, provisórios, em situação de mudança, acreditando que no momento em que conhecessem *“os bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce, e vivessem debaixo das justas e humanas leis que regem os povos”*⁷ imediatamente deixariam, felizes, de ser índios para ser um cidadão integrado na cultura constitucional.

⁶ LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. Rio de Janeiro : Liber juris, 1985.

⁷ Carta Régia de 13 de maio de 1808. Legislação Brasileira desde 1808 até 1834 coletada pelo Conselheiro José Paulo de Figueroa Nabuco Araújo. Tomo Primeiro, Rio de Janeiro. Typ. Villeneuve, 1836. p. 20

Estas idéias avançaram desde o séc. XIX. Depois da Segunda Guerra houve um intensificação do papel do Estado, de tal forma que não se pode imaginar território do mundo sem a jurisdição de um Estado. No início se dizia que o território poderia ser independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. Mas logo depois passaram todos os territórios a conformarem ou serem conformados por um Estado. Com isso ia se acabando, imaginavam os poderes dominantes, as parcialidades geográficas não abrangidas pela universalidade dos direitos constitucionais. O direito a se constituir em Estado se confundiu com o direito a autodeterminação dos povos.

Os povos, todos e qualquer um, passaram a ser súditos de um Estado. Pois bem, esta nova organização Estatal, fundada no princípio da soberania e autodeterminação (do Estado e não dos povos que o habitam) erigiu um novo dispositivo de direitos humanos universal: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.

Depois de pouco mais de 150 anos, o mundo reconhecia que a primeira declaração, francesa, não havia logrado a universalidade desejada. O Estado liberal mesmo solenemente proclamando aqueles direitos, não conseguiu descobrir, criar, inventar um direito com efetividade suficiente para dar conta da missão de universalizar o conceito de direitos humanos, nem mesmo com guerras e bombas nucleares.

Esta nova declaração se faz num momento de mudança do Estado e do Direito. Os povos (dominantes, é claro) passam a se constituir em Estado e a assumir e controlar cada território, com todos os outros povos que eventualmente estivessem dentro dele, se chamou a isto, então, a busca e a luta dos povos pela autodeterminação passou-se a repudiar a tutela, o colonialismo e outras formas de submissão dos povos a Estados estrangeiros. As guerras de libertação nacional esquentaram a guerra fria.

O Direito também mudou. A fechada visão de direito encerrado em si mesmo, cuja eficácia era absorvida pela validade, e pelo qual a Constituição não passava de fonte referencial para as normas infraconstitucionais, começou a sofrer crítica e abalo. O Direito Público, especialmente o Constitucional ganha teóricos como Konrad Hesse e Karl Loewenstein,⁸ que formulam a teoria de que cada Constituição é um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua conformação. Dizem que a norma constitucional e a realidade somente podem ser entendidas se analisadas em sua interdependência.

Ainda mais importante, junto com outros juristas afirmam que a norma constitucional é impositiva, porque impõe condutas cogentes a sociedade, isto é, são leis que têm eficácia e força normativa. A Constituição tentava deixar de

⁸ Konrad Hesse escreveu a Força normativa da Constituição em 1956 e Karl Loewenstein a Teoria da Constituição em 1959.

ser folha de papel para se tornar dirigente da ordem jurídica e da sociedade, vinculando o legislador.⁹

Surge aqui uma diferença fundamental entre o Constituição liberal que adotava os princípios dos direitos humanos da revolução francesa, mas cuja força normativa era nula e este novo Estado, cuja Constituição tem força normativa. Os direitos humanos admitidos pela Constituição liberal e os admitidos por esta nova, são praticamente os mesmos, a diferença está só em sua aplicabilidade ou eficácia. No liberalismo os direitos humanos são uma declaração de vontade, enquanto no Estado do Bem Estar Social é norma cogente a ser respeitada com punições de sua violação.

4. A universalidade parcial dos direitos humanos

As mudanças operadas na Constituição e no próprio Estado tiveram a profundidade de mudar as concepções jurídicas acerca dos povos indígenas. O velho conceito da assimilação cedeu lugar ao conceito da convivência. Quer dizer, os índios vêm adquirindo o “estranho” direito de continuar a ser índio, depois de quinhentos anos de integração forçada.

Apesar disto, a idéia da universalidade dos direitos humanos continua presente, não apenas na formulação explícita da Declaração de 1946, mas nos textos das diversas Constituições surgidas a partir de então, mas mais ainda do que isto, no fundo do pensamento dos juristas que as interpretam.

Estes juristas acreditam existir um conjunto de “conquistas civilizatórias” que integram os princípios normativos, cogentes e imperativos, das Constituições, ainda que não explícitos. Entre estas conquistas estariam, certamente, os direitos humanos.

Se tomássemos a liberdade de traduzir as concepções de Las Casas para institutos jurídicos modernos, despídos do direito natural e da teologia, talvez pudéssemos dizer que a universalidade consiste, exatamente, em cada povo construir seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições. Quer dizer não existem direitos humanos universais, mas existe um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos com única limitação de não violar os direitos humanos dos outros povos.

A universalidade, assim formulada, está muito longe daquela proposta pela Declaração de 1946 e traduzida juridicamente nas nossas Constituições atuais, porque estas são na verdade princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. Se fizermos esta mesma análise em relação aos direitos humanos de última geração, os direitos econômicos e sociais, sua parcialidade surge com

⁹ cf. a respeito, José Gomes Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra, 1992.

mais clareza: os direitos econômicos não são mais que o direito a gozar o desenvolvimento segundo padrões capitalistas, isto é, sob a concepção da cultura dominante, o que é uma forma de colonialismo. Os direitos universais econômicos acabam por ser o direito de ser consumidor, mesmo para as sociedades que não se estruturam para consumir.

Cada povo há de ter um conceito de desenvolvimento social vasado segundo sua cultura, crença e sonho coletivo, e alcançar este desenvolvimento é seu direito.

Poderiam existir, então, princípios universais? O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita cada povo viver segundo seus usos e costumes e transformá-los, quando desejável e necessário, em Constituições rígidas, após inventar sua própria forma estatal de organização.

5. A jusdiversidade da sociedade plural

As Constituições da atual América Latina e, em conseqüência os Estados que elas organizam, começam a reconhecer a existência da diversidade social. Parece que a consciência da sociodiversidade é um fenômeno mundial, basta olhar para o leste europeu e dar-se conta de que as diferenças étnicas não são apagadas tão facilmente, resolver as questões materiais, de sobrevivência física dos povos não torna todas as gentes iguais. Uma passada rápida de olhos pela história da conquista da América e isto fica comprovado: quinhentos anos depois de toda classe de opressão, miséria e infelicidade não foram suficientes para retirar-lhes as crenças, cosmovisão e nem mesmo a língua.

Assim, impõem-se o reconhecimento da sociodiversidade. Mas isto tem conseqüências que não são facilmente aceitas pelo Estado que continua único e onipotente.

Vejamos, os direitos humanos, enquanto garantias individuais de liberdade contra a opressão, de vida, de dignidade e integridade pessoais podem ser reconhecidas pelas Constituições, na medida em que estas ganham caráter normativo e impositivo, são valores que podem ser realizados dentro do sistema jurídico concebido pelo Estado moderno, tornando-se assim, uma universalidade.

Entretanto, quando pensamos em sociedades inteiras que estão fora dos sistemas jurídicos nacionais, que se regem por suas próprias leis, temos que reconhecer que aquela universalidade criada pela Constituição impositiva é parcial, porque não alcança toda a população, mas somente a que está integrada, ainda que de forma relativa, ao sistema. E o que fazer com esta outra ou outras sociedades que vivem à margem do Estado e da Constituição, representadas especialmente pelos povos indígenas?

Alguns Estados latino-americanos incluíram em suas Constituições o reconhecimento de uma sociedade plúrima étnica e socialmente (Paraguai, Colômbia e até certo ponto Brasil), mas isto não é suficiente.

O simples fato de adotar para estes povos o sistema jurídico ocidental, imaginado como um conjunto de valores universais, não garante uma convivência pacífica e harmônica, mas tão somente um retorno ao surrado conceito de integração.

Os princípios universais de reconhecimento integral dos valores de cada povo somente podem ser formulados como liberdade de ação segundo suas próprias leis, o que significa, ter reconhecido o seu direito e sua jurisdição. Poderíamos chamar isto de jusdiversidade.

Finalmente, é claro que os povos indígenas são, na América, o exemplo mais evidente da parcialidade dos direitos humanos universais, mas outros povos, que se conformaram a margem e muitas vezes contra o processo civilizatório, como as comunidades negras da América, sofrem da mesma opressão. Por outro lado não é difícil reconhecer que de uma forma geral os excluídos da sociedade, de forma consciente ou não, global ou parcialmente, são também núcleos de povos diferenciados, que não logram integrar-se nem mesmo nas Constituições impositivas, compondo uma sociedade plural, que é injusta na mesma medida em que o Estado quer transformá-la em singular.

Esta sociedade organizada por um Estado e um Direito que se considera universal, sob o signo da igualdade formal, na verdade omite, esconde ou reprime a profunda diversidade existente. Os povos e as gentes que vivem omitidos, escondidos ou suprimidos contam uma história de intolerância e certamente não consideram tão humano o universalismo redutor. Em seus sonhos imaginam um mundo plural e, por isso mesmo, livre.

O Brasil e os índios

Texto preparado para o Inter-American Dialogue, em setembro de 1993.

I. Quem são os índios no Brasil

Curt Nimuendaju dedicou sua vida ao estudos dos índios no Brasil. Longe dos bancos acadêmicos e distantes da vida cômoda das cidades, Curt pesquisou por várias décadas a fantástica diversidade étnica do território brasileiro. Começou em 1905, vivendo com os Guarani, no sul do Brasil, mas conheceu de perto a Amazônia, o Brasil Central e os países vizinhos, e em 1944 terminou seu clássico Mapa Etno-Histórico, que reproduz não só os grupos indígenas existentes, mas suas andanças e movimento e até mesmo a localização dos que sucumbiram nos últimos anos de dominação.

Basta olhar o maravilhoso trabalho de Curt Nimuendaju, publicado em 1981 pelo IBGE -Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹ para se ter a dimensão da complexidade do problema indígena no Brasil. O autor representou no mapa nada menos do que 40 famílias linguísticas diferentes, cada uma delas com ramificações e desdobramento. O índice de tribos, que acompanha o mapa e facilita a sua localização, é composto de uma larga lista em ordem alfabética com 22 páginas que contam com mais de 60 nomes cada uma.

Confirmando a conhecida diversidade apontada por Nimuendaju, em 1985, relatório apresentado pela FUNAI -Fundação Nacional do Índio-ao

¹ IBGE. Mapa etno-histórico de Curt Nimuendaju/Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em colaboração com a Fundação Nacional Pró-Memória. -Rio de Janeiro : IBGE, 1981. 96p.:mapa

Nono Congresso Indigenista Interamericano, realizado em Santa Fé, Nuevo México, USA, indicava a existência de 233 grupos indígenas, que somados perfaziam uma população de 214.611 pessoas.²

Documento não oficial, mas seguramente o mais completo levantamento da população indígena já feito no Brasil, o volumoso **Povos Indígenas no Brasil**, publicado pelo CEDI -Centro Ecumênico de Divulgação e Informação-, em 1991, acusa a existência no Brasil de 506 territórios indígenas, dos quais 417 oficialmente reconhecidos, para um total de 236 mil índios.³

Estas três fontes nos levam a algumas considerações prévias ou introdutórias a respeito dos Índios no Brasil. Em primeiro lugar é muito pequena a população indígena, ainda mais se comparada com a população total do país que atinge cifra próxima a 140 milhões de habitantes. Em segundo lugar revelam a existência de uma impressionante diversidade cultural, de inigualável riqueza. Em terceiro lugar, houve neste país, nos últimos quinhentos anos, um aniquilamento físico da população indígena, cuja quantificação é quase impossível, mas seguramente não só a rica diversidade é apenas uma pequena mostra do que existia, como o que resta de cada povo é somente um exemplo da tenacidade com que as culturas resistem à opressão e assimilação compulsória. Os guarani, por exemplo, com uma população de 20 mil almas aproximadamente, eram, em 1500, um milhão e meio, segundo o estudo de Pierre Clastres.⁴

O pequeno número de índios no Brasil tem levado as autoridades estatais a um descaso histórico em relação a estes povos. Até há muito pouco tempo, a importância política dos índios e das questões indígenas era praticamente nula nas relações de poder do Estado brasileiro. Praticamente nenhum partido político fazia sequer referência aos problemas indígenas em seus programas. É muito recente, assim, a preocupação políticas com estes povos, rigorosamente, somente a partir de 1988, com o processo constituinte, se pode sentir a existência da sociedade civil organizada preocupada com o tema.

Por outro lado, a riquíssima diversidade cultural dos índios no Brasil não foi ainda entendida pela sociedade brasileira. O próprio termo índio, genérico, insinua que todos estes povos são iguais. O senso comum acha que todos tem uma mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas civis e de família. Esta falsa idéia é disseminada nas escolas através dos livros didáticos, que não raras vezes misturam os índios brasileiros, seus costumes, com os índios norte americanos que aparecem, também esteriotipados, nos filmes do velho oeste.

² FUNAI. IX congresso indigenista interamericano, informe do Brasil. Brasília : mimeo, 1985.

³ Centro Ecumênico de Divulgação e Informação. Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90. São Paulo, CEDI, 1991. (Série Aconteceu Especial, 18) 592p. il.

⁴ cf. Especialmente o capítulo IV de CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o estado: pesquisas de antropologia política; tradução de Theo Santiago. Rio de Janeiro, F.Alves, 1978.

Finalmente, o aniquilamento dos povos indígenas ainda não acabou, continua com a mesma intensidade, com outros métodos e outras armas, talvez, mas com o mesmo ódio e fruto da mesma ganância. No dia 28 de março de 1988 o inferno se instalou no Capacete, região do Alto Solimões, quase na fronteira com a Colômbia. 14 ticunas foram mortos a tiros, dos quais 4 menores de 12 anos, 27 desaparecidos, entre eles pelo menos 10 crianças, 23 feridos. Até hoje os agressores, em número também de 14, todos conhecidos e nominados, não foram condenados, embora se arraste lentamente um processo criminal na Justiça do Estado do Amazonas.

Na década de 70 alarmantes fotos impressionaram o mundo. Esquálidos nambiquaras, imagem distorcida de homens que foram, subindo em helicóptero para serem levados para morrer no Hospital mais próximo. Era o resto sobrevivente de um povo feliz que vivia em um dos mais férteis vales do mundo, o Guaporé, sul da Amazônia, próximo da Bolívia, expulsos de sua terra, segregados em uma região sem caça e sem alimentos, contraíram doenças desconhecidas, como gripe e sarampo, num rosário contínuo de miséria e morte.

Duas décadas antes dos nambiquara, o povo Xetá conheceu o extermínio menos escandaloso e mais eficiente. Povo da região do Rio Ivaí, afluente do Paraná, no sul do Brasil, um dos últimos caçadores-coletores da América do Sul, não resistiu ao avanço da fronteira agrícola. A identificação dos xetá, em 1949 funcionou como uma ordem para a matança, quando chegava ao fim a década de 60 restavam apenas 5 indivíduos e muitos filmes e fotos. Os indivíduos foram distribuídos pelas reservas indígenas do Estado do Paraná, deixaram de ser povo. Os numerosos, importantes e belos filmes, fragmentos de filmes e fotos realizados por Wladimir Kozac, num esforço pessoal de humanidade e amor, que são exemplares etnográficos únicos no mundo, hoje se encontram no acervo do Museu Paranaense e da Universidade Federal do Paraná, bem cuidados pela civilização que, sem cinismo, os chama de documentos históricos.

Em agosto de 1993, novo massacre à população indígena. Hirochima da Selva Amazônica, Hoximu amanheceu semeada de cadáveres de yanomamis. 12, 25, 70, 84 ou “apenas” 18 índios mortos a tiros, faconços ou fogo? Talvez jamais se saiba o número certo de mortos deste mais recente holocausto, triste previsão do pajé yanomami: *“Quando o ouro fica no frio das profundezas da terra, aí está tudo bem. Ele não é perigoso. Quando os brancos tiram o ouro da terra e o queimam, mexendo com ele como se fosse farinha, faz sair fumaça dele. Assim se cria a xawara que é a fumaça do ouro. Depois esta xawara vai se alastrando pela floresta (...) Ela se torna muito agressiva e quando isso acontece ela acaba com os yanomami. (...) é o que dizem os mais velhos.”*⁵

⁵ ver Yanomami: a todos os povos da terra. Segundo relatório da Ação pela Cidadania sobre o Caso Yanomami, referente aos acontecimentos do período junho de 1989 a maio de 1990. Brasília, CCPY/CEDI/CIMI/NDI, 1990.

Assim, não é possível entender a relação entre índios e Estado no Brasil, o sistema jurídico e os movimentos indígenas se não se levar em conta a diminuta relação populacional e a absoluta diversidade étnica encontrada, além do permanente, eficaz e traiçoeiro processo de extermínio. Esta situação específica serve de contorno para toda a questão indígena e está sempre presente em todas as discussões sobre o tema.

II. O Estado e os índios no Brasil

Os portugueses, quando aportaram em terras brasileiras, trouxeram não apenas novas gentes, mas bagagem volumosa, com novas plantas, novas frutas, novas crenças e um novo Estado. Tanta novidade não era senão o papel de embrulho que escondia a surpresa de uma nova cultura que chegava para se impor, que se auto proclamava civilização e que viria a se dizer cristã e ocidental.

Esta nova ordem que chegava em 1500, oscilou entre o reconhecimento de povos, com o corolário e premissas de liberdade e independência, e a imposição de trabalhos forçados aos prisioneiros de guerra. No meio destes extremos, a busca da integração, humana ou interesseira, e a missão evangelizadora. A nova ordem vinha para ficar. E ficou!

A História do Brasil, ou melhor dizendo, do Estado brasileiro, se divide em três períodos muito distintos entre si, a Colônia, o Império e a República. Para os índios esta divisão da História do Estado brasileiro não é importante. O que conta na relação com o Estado é o interesse regional ou da época que desperta a presença dos índios, o primeiro interesse despertado foi o uso da força de trabalho indígena, e, portanto, as principais leis e atos normativos em relação a estas populações foi sobre sua liberdade, escravidão ou integração, porque este era o objetivo do sistema produtivo vigente. O segundo interesse do sistema foi com as próprias terras indígenas, uma disputa que até hoje ainda tem importância, mas começa a perder espaço para outro interesse que são os bens da terra e não ela mesma, a madeira e logo em seguida os minérios. As leis e o sistema jurídico de cada momento histórico ora reafirmam estes interesses, ora coíbe o abuso. A prática, porém, estava sempre tão distante do Direito que a lei foi esquecida até das decisões judiciais.

Embora a regra do período colonial fosse da liberdade dos índios, estava presente a possibilidade de se aplicar em cada caso concreto a exceção de transformá-los em escravos. É relativamente abundante as normas legais que proibem a escravização dos índios e restritas as normas que a excepcionam. A regra, porém, sempre se aplicou aos índios amigos, que aceitavam o aldeamento, isto é, a fixação em aldeias normalmente próximas aos centros produ-

tivos, donde eram buscados para o trabalho remunerado e para a colaboração guerreira e, evidentemente, cristianizados. Caso não aceitassem este sistema, estavam sujeitos a guerra justa, grande exceção à liberdade.⁶

O princípio colonial, portanto, é o da integração dos povos indígenas ao novo sistema organizacional trazido pelos portugueses e sua submissão a ordem jurídica das Ordenações do Reino. Por isto mesmo as leis reservam honras e garantias aos portugueses e portuguesas que vivem maritalmente com índios ou índias e, especialmente, aos seus filhos.

Assim, o Estado brasileiro, imperial, nascido com a Constituição de 1824, herdou da Colônia uma silente legislação acerca dos povos indígenas, além de um bom número de escravos e muitas situações não definidas. Sem alterar a política integracionista, o Império Brasileiro tratou de estabelecer novas regras jurídicas e, por lei de 27/10/1831, exonerou de servidão todos os índios que assim se encontrassem naquela data. Em 1845 editou lei regulamentando especificamente a relação índios-Estado, o Decreto 426, de 24/7/1845, que anunciava na ementa: “Contém o regulamento acerca das missões de catequese e civilização dos índios”. Apesar de criar uma estrutura administrativa para cuidar das questões indígenas, com a designação de funcionários e competências de proteção e aldeamento dos povos encontrados, o Estado entregava à Igreja a grande parte da responsabilidade de atendimento a estes povos.

Pouco tempo depois, em 1850, iniciou-se a preocupação legal com as terras indígenas. A Lei 601, de 18/9/1850, inaugurou uma nova diretriz para a ocupação territorial brasileira, revogando definitivamente a legislação portuguesa e estabelecendo novos conceitos jurídicos que permanecem até hoje, como terras devolutas, registro de imóveis e reservas indígenas. Ainda sem abandonar a idéia integracionista, a legislação brasileira avançava no sentido de garantir aos índios restantes alguns direitos sobre as terras que ocupavam. A prática do Estado porém, continuava a trabalhar contra.

A primeira Constituição republicana brasileira (1891) é omissa em relação aos povos indígenas, mas a discussão que se travou para sua elaboração trouxe novamente a questão da soberania destes povos. O Apostolado Positivista propôs à Assembléia Constituinte a organização do Estado Brasileiro como uma federação sistemática e outra empírica. A sistemática seria a organização dos Estados e a empírica seria a confederação dos índios que viviam no Brasil, cada qual com soberania sobre seu território, previamente demarcado.

A proposta teve pouca influência na elaboração da Constituição, e no ulterior processo legislativo ordinário. Mas os juristas da época acha-

⁶ ver a este respeito o Capítulo escrito por Beatriz Perrone-Moisés intitulado Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação do período colonial (secs. XVI a VIII), pag. 115/33, do livro História dos índios no Brasil/org. Manuela Carneiro da Cunha - São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal da Cultural. 1992

vam que o sistema jurídico deveria contemplar a regulamentação das questões indígenas e que a omissão existente não poderia perdurar por muito tempo. A tese de maior força era a de que se necessitava uma lei especial para isto, que não poderia estar inserto em Códigos como o Civil, elaborado no começo do século, nem na Constituição. Em 1906, lei determinava a criação de um serviço público federal dos índios, que somente foi efetivamente criado em 1910, com o nome de Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, SPI, como ficou conhecido. Esta providência é mais do que a transformação do órgão imperial em republicano, laico, alterando a forma da relação, mas mantendo, sem embargo, sua essência: ainda aqui a política expressada na lei é a integração dos povos indígenas ou, dito de maneira mais rude, a expectativa de acabar com as culturas indígenas para assimilá-las na cultura branca. O Governo Republicano, porém, imprime uma nova era nas relações entre índios e Estado, tendo sido nomeado para dirigir o SPI um militar humanista, que ficou conhecido como desbravador e protetor dos povos indígenas, Marechal Cândido Rondon.

Em 1928, finalmente, foi aprovado o Decreto Legislativo n° 5.484, festejado tanto pelos indigenistas como pelos juristas, embora trouxesse defeitos congênitos, como a classificação dos índios segundo a proximidade com o Estado e o desprezo olímpico pelas diferenças culturais de cada povo. Oliveira Sobrinho, jurista da época, a exulta como “um código de direitos e garantias, durante quatro séculos incompletamente reconhecidos, pertinaz e hipocritamente descumpridos e burlados, ora pela frouxidão e abusos dos governantes, ora pelos interesses criminosos e tirania dos colonizadores e aventureiros portugueses, a essa raça infeliz, espoliada e sofredora dos nossos aborígenes”.⁷

Algumas idéias jurídicas fundamentais do sistema atual estão contidas neste velho Decreto Legislativo, como veremos na análise dos institutos jurídicos pertinentes aos índios.

Apesar de dispor de um conjunto de normas jurídicas protetoras e bastante avançadas para a época, o SPI, a partir de 1950, iniciava um processo de decadência administrativa, fruto de corrupção, uso indevido das terras indígenas e suas utilidades, venda de “atestados de inexistência de índios”, que possibilitava o extermínio e legitimava a usurpação da terras, tornando-se um instrumento de opressão do Estado contra as populações indígenas, exatamente o contrário dos objetivos para os quais fora criado 40 anos antes.

Em 1967, já em plena ditadura militar, o SPI foi extinto, rodeado de escandalosa investigação administrativa, e em seu lugar era criada a Fundação Nacional do índio - FUNAI. Em 1973, nova lei é editada, a 6.001, conhecida como o Estatuto do Índio, que representa em certos aspectos

um retrocesso em relação ao Decreto Legislativo de 1928. Em toda caso, a política estatal desde período é militarizado e a direção da FUNAI passa ser quase que exclusiva de militares.

A relação do Estado com os índios no período militar da política brasileira oscilou entre a proteção paternalista e a tentativa de integração compulsória através de um processo que se chamou de emancipação. Marcou este período o fenômeno da aculturação dos povos indígenas e cena simbólica é a do presidente da FUNAI sendo servido de cafezinho por um índio ao mesmo tempo que dizia ao repórter que aquele era o bom exemplo de índio aculturado, sabia bem servir um café aos superiores!

Com o retorno à democracia, o Brasil foi chamado a elaborar nova Constituição e nela foi introduzido um capítulo referente aos índios. A Constituição democrática de 1988 revoluciona a relação entre o Estado e os povos indígenas porque reconhece a estes o direito de permanecerem para sempre como índios, parecia ser o fim de cinco séculos de política integracionista. O texto aprovado avançou significativamente em relação a todos o sistema anterior porque (1) ampliou os direitos dos índios reconhecendo sua organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças; (2) considerou o direito a terra como originário, isto é, anterior a lei ou ato que assim o declare; (3) conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias a sua reprodução física e cultural; (4) pela primeira vez, a nível constitucional, se admitiu no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja admitindo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais e o de postular em juízo; (5) tratou com mais detalhes, estabelecendo assim melhores garantias, da exploração dos recursos naturais, especialmente os minerais, para o que exige previa anuência do Congresso Nacional; (6) proibiu a remoção de grupos indígenas, dando ao Congresso Nacional a possibilidade de estudo das eventuais e estabelecidas exceções;⁷ mas acima de tudo chamou os índios de índios e lhes deu o direito de continuar a sê-lo.

Entretanto, cinco anos passados da nova constituição e ela continua sendo norma programática, porque a política real segue a marcha integracionista e ameaça retornar aos mais sangrentos momentos da história das relações entre índios e Estado no Brasil. Os Yanomami que o digam: a lei continua sendo discurso, tão volátil quanto as palavras, tão distante quanto a esperança.

⁷ OLIVEIRA SOBRINHO, Os selvícolas brasileiros e a legislação pátria - o decreto legislativo n° 5.484, de 1928. In *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas*, C.F.Marés de Souza Filho (org.), Curitiba, Juruá/NDI, 1992, pgs. 93-125.

III. Movimentos indígenas

É difícil acreditar que a Assembléia Nacional Constituinte tivesse aprovado os significativos avanços nas garantias dos direitos destes povos se não tivesse havido uma forte mobilização dos próprios índios, tendo a frente o povo Kaiapó e a liderança do krenak Ailton.

Durante o processo constituinte houve uma forte e perversa campanha anti-indígena pelos jornais, especialmente “O Estado de São Paulo”, com influência nacional e porta voz de posições conservadoras. Chegou a se criar um clima totalmente desfavorável, tendo ido a votação um texto que dava direitos apenas aos índios sem contato com a civilização, excluindo aqueles com contato, que não teriam direito a terra, nem a organização social, costumes, usos e tradições próprios. A presença dos kaiapó, pintados para guerra, mas sem bordunas nas mãos, reclamando iguais direitos a todos os povos indígenas e a marcante apresentação de Ailton Krenak no plenário da Assembléia, quando defendia uma emenda popular, reverteram a situação, e foi aprovado o capítulo que é realmente avançado em relação aos povos indígenas.⁸

Esta foi a primeira experiência, no Brasil, dos próprios povos indígenas defenderem seus direitos. Até então a defesa tinha sido reservada a intelectuais, antropólogos, juristas, humanistas, alguns sem nenhum contato direto com índios, numa defesa teórica, de princípio, de grande valor humano, mas de restrita eficácia prática.

Apesar dos índios que atuaram na constituinte terem logrado benefícios para toda a população indígena, certamente não a representavam nem formal, nem informalmente. Na verdade é impossível falar de uma política indígena, senão de políticas locais, faccionais e descentralizadas, e por isso mesmo é impossível falar em organização indígena de representação nacional ou mesmo regional.

As organizações indígenas e não-indígenas que tentam ter maior representatividade do que as autoridades tradicionais locais, normalmente tem estratégias e políticas próprias diversas dos interesses grupais dos índios, porque sempre ligadas ao oficialismo, à Igreja ou a outros segmentos da sociedade que por mais desinteresse e humanismo, não são intérpretes da vontade tradicional dos povos indígenas.

É necessário reafirmar que cada povo indígena tem a sua própria organização, segundo suas próprias leis, usos, costumes, crenças e tradições. A maior parte dos povos indígenas no Brasil é formada por micros-sociedades.

⁸ Centro Ecumênico de Documentação e Divulgação, São Paulo. Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90. (Serie Aconteceu Especial, 18) São Paulo, CEDI, 1991.

Segundo o antropólogo Carlos Alberto Ricardo, “84 (40%) dos povos indígenas atuais do país tem uma população de até 200 indivíduos. Há 45 povos com população entre 200 e 500 indivíduos e 30 entre 500 e 1.000. Ou seja, cerca de 77% dos povos indígenas no Brasil tem uma população de até mil indivíduos. Há 35 povos na faixa de um a cinco mil, quatro (Guajajara, Potiguara, Xavante e Yanomami) entre cinco e dez mil, outros quatro (Terena, Makuxi, Ticuna e Kaingang) entre dez e 20 mil e apenas um (Guarani) com algo mais do que 20 mil.”⁹

A única organização nacional criada no Brasil foi a UNI, União das Nações Indígenas, que nunca se formalizou como organização, isto é nunca teve estrutura legal adequada às leis brasileiras, foi sempre uma organização de fato. Tampouco se propunha a representar as diversas nações indígenas brasileiras, sempre funcionou como uma exteriorização de índios em luta por direitos genéricos. Sempre teve a sua frente expressivas personalidades indígenas que, apesar disto, não se pode dizer que fossem lideranças tradicionais, nem sequer do povo a que pertenciam. A UNI foi desativada recentemente.

Por outro lado, depois do processo constituinte muitas organizações surgiram no cenário nacional. A Equipe do Aconteceu Especial, n° 18, já citado, elaborou uma relação das organizações indígenas já registradas ou em processo de institucionalização, com suas datas de fundação, que a seguir se reproduz.¹⁰

Organizações Indígenas (data de fundação)
Região Norte
<i>Amazonas</i>
Coiab - Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (1989)
Aucirt - Associação da União das Comunidades Indígenas do Rio Tiquié (1987)
Unirt - União das Nações Indígenas do Rio Tiquié (1990)
Ucidi - União das Comunidades Indígenas do Distrito de Iauareté (1990)
Unidi - União das Nações Indígenas do Distrito de Iauareté (1988)
Acitrut- Associação das Comunidades Indígenas de Taracuí, Rio Uaupés e Tiquié (1986)
Amitrut - Associações das Mulheres Indígenas de Taracuí, Rio Uaupés e Tiquié (1989)

⁹ Centro Ecumênico de Documentação e Divulgação, São Paulo. Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90. Serie Aconteceu Especial, 18) São Paulo, CEDI, 1991. p.69-72

¹⁰ idem, ibidem.

Aciri - Associação das Comunidades Indígenas do Rio Içana (1988)
Amai - Associação das Mulheres de Assunção do Içana (1990)
Acirx - Associação das Comunidades Indígenas do Rio Xié (1989)
Acirne - Associação das Comunidades Indígenas do Rio Negro (1988)
Arcine - Associação Rural das Comunidades Indígenas do Rio Negro (1989)
Acibrin- Associação das Comunidades Indígenas do Baixo Rio Negro (1990)
Ainbal - Associação Indígena do Balaio (1991)
Foirn - Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (1987)
Amarn - Associação das Mulheres Indígenas do Alto Rio Negro (1984)
Aeam - Associação dos Estudantes Indígenas do Amazonas (1984)
Cearn - Casa do Estudante Autóctone do Rio Negro (1985)
Copiar - Comissão dos Professores Indígenas do Amazonas e Roraima (1990)
CGTT - Conselho Geral da Tribo (1982)
OGPTB - Organização Geral dos Professores Ticuna Bilíngües (1986)
OGMST - Organização Geral dos Monitores de Saúde Ticuna (1990)
Omittas - Organização da Missão Indígena da Tribo Ticuna do Alto Solimões (1990)

Roraima

Apir - Associação dos Povos Indígenas de Roraima (1988)
CIR - Conselho Indígena de Roraima (1987)

Acre

Movimento dos Povos Indígenas do Alto Juruá
UNI-AC - União da Nações Indígenas do Acre
Associação dos Ashaninka do Rio Amônea/Apiutxa (1991)
Opire - Organização dos Povos Indígenas do Rio Envira

Rondônia

Organização Metareila do Povo Indígena Suruí (1989)
Organização Tamare do Povo Cinta-Larga (1989)

Tocantins

Acim - Associação Comunidade Indígena Makrare (1988)

Região Nordeste

Associação Massacará-Kaimbé (1991)
Associação Comunitária Senhor da Ascensão de Mirandela (1991)
Associação Comunitária Kiriri do Saco dos Morcegos (1991)

Região Centro-Oeste

Goiás

CPI - Centro de Pesquisa Indígena (1989)

Mato Grosso

Kuarup - Organização Indígena do Xingu (1991)

Associação Xavante de Pimentel Barbosa (1988)

Mato Grosso do Sul

Acirk - Associação das Comunidades Indígenas da Reserva

Kadiwéu (1989)

Aiteca - Associação Indígena Terena de Cachoeirinha (1989)

AMI - Associação dos Moradores Indígenas de Campo Grande (1988)

Região Sudeste

UNI - União das Nações Indígenas (SP, 1979)

NCI - Núcleo de Cultura Indígena (SP, 1985)

ONI-Sul - Organização das Nações Indígenas do Sul

Associação de Caciques Kaingang do Rio Grande do Sul

Organização de Professores Bilíngües Kaingang e Guarani do Rio Grande do Sul

Unami - União Nacional de Mulheres Indígenas (PR, SC e RS)

Grumin - Grupo Mulher-Educação Indígena (RJ)

Impossível descrever, por outro lado, as formas de organização tradicionais dos povos indígenas do Brasil, porque equivaleria a descrever cada sociedade indígena de per si. Como cada povo tem estrutura organizacional diferente, tem meios de representação e autoridades tradicionais constituídas também de forma diferente.

A descrição atualizada destes povos está sendo feita pelo CEDI -Centro Ecumênico de Divulgação e Informação-, de São Paulo, como já se referiu no início deste trabalho, mas tão complexa a tarefa que já leva alguns anos e ainda está longe de terminar. Portanto, no âmbito deste ensaio, não vale a pena sequer referir com exemplos das formas tradicionais de representação e liderança.

IV. Estrutura jurídica

A estrutura jurídica brasileira de proteção às populações indígenas se compõe de normas constitucionais e normas infra-constitucionais, muitas das quais contidas em lei anteriores a Constituição de 1988 e por ela recepcionadas.

Para entender esta estrutura é necessário analisar os diversos aspectos de que se compõe:

a) **responsabilidade civil.** O Código Civil Brasileiro estabelece que os índios são relativamente incapazes para a prática de determinados atos ou a maneira de os exercer. Do ponto de vista civil, privado, o Código cria uma tutela para os índios da mesma maneira que o faz para todos os outros relativamente incapazes, como os menores e os com entendimento restringido por causa diversa. Entretanto, esta tutela, própria dos órfãos, ainda segundo o Código, deveria estar prevista em lei especial, e assim o fez o já citado Decreto Legislativo n° 5.484, de 27 de junho de 1928. Complexo, o decreto criava uma verdadeira tutela de direito público, porque declarava a nulidade dos atos negociais praticados por índios sem a assistência dos funcionários do Estado responsáveis pela sua proteção, isto queria dizer que os atos jurídicos praticados pelos índios somente seriam válidos se houvesse a participação do Estado. A revogação daquela lei no regime militar e a edição do Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, alterou para pior a situação, já que retirou o caráter público da tutela, retornando ao seu antigo sentido orfanológico, apesar de nomear como tutor dos índios o Estado brasileiro.¹¹

A incapacidade civil, geradora de nulidade de atos jurídicos, tem impedido algumas agressões ao patrimônio indígena, mas se for feito um balanço de perdas, danos e vantagens obtidas, seguramente as perdas são maiores, porque o tutor Estado tem sido um dos mais assíduos agressores. A Lei 6.001/73 além de entregar a tutela ao Poder Público, a ela concedeu o privilégio de administrar os bens do patrimônio indígena, independentemente da vontade dos titulares. Com este poder, a administração pública transferiu de uma a outra nação indígena recursos, praticou uma espécie de distribuição da renda indígena, sempre em prejuízo dos próprios índios. Poderia parecer justo a primeira vista que povos mais ricos financiassem os mais pobres. De fato, o seria, desde que houvesse uma consciência e uma determinação tanto dos povos que concedem quanto dos que recebem. Longe disso, a redistribuição sempre foi feita à revelia dos índios, e é fácil concluir que na maior parte das vezes os recursos

¹¹ ver a respeito SOUZA FILHO, C.F. Marés de. Tutela aos índios: proteção ou opressão. In Núcleos de Direitos Indígenas/coord. Juliana Santilli. Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

não saiam de um povo para outro, mas de um povo para a própria estrutura do poder público ou, em casos mais graves mas não mais raros, para o bolso de funcionários corruptos.

b) **direito à terra.** No sistema jurídico brasileiro atual a terra indígena é propriedade da União Federal, mas destinada a posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

A Constituição brasileira reconhece aos índios o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Por originário quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei. A ocupação tradicional é definida na Constituição e trata-se das terras habitadas pela comunidade em caráter permanente, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.¹²

A solução jurídica encontrada pelo direito brasileiro às terras indígenas tem coerência com o sistema, mas esconde um direito mais profundo dos povos, que é o direito ao território. O território não se confunde com o conceito de propriedade da terra, tipicamente civilista; o território é jurisdição sobre um espaço geográfico, a propriedade é um direito garantido pela jurisdição. O direito brasileiro garante apenas a propriedade, ainda que pública, da terra indígena, mas não a define como território.

Aliás repugna ao poder público, aos juristas de uma forma geral, aos Tribunais chamar as terras indígenas de território, tanto quanto chamá-los de povos. Estas duas palavras, povo e território, somadas a soberania, tem o som de tambores belicosos, de guerra de libertação, de insurreição e de independência e, por isso, sofre imediata e irracional repulsa de todos os setores que se dizem nacionalistas, especialmente militares. Entretanto, em análise mais acurada, podemos observar que o conceito de território está escondido atrás das normas constitucionais que regem a matéria e, especialmente, atrás da coerência sistêmica da Constituição e de todo o ordenamento jurídico.

A terra indígena é propriedade da União, logo, bem público. No direito brasileiro os bens públicos são de três categorias, os dominiais, os de uso especial e os de uso comum do povo. Os últimos são aqueles que o poder público mantém

¹² A Constituição brasileira, textualmente: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

para uso e gozo de toda a população, tendo profundas restrições quanto ao próprio uso. Os dominiais, são aqueles que o poder público detém como se fora um proprietário privado, podendo deles dispor. Finalmente os de uso especial são aqueles cuja destinação é um serviço público determinado, disponível apenas para o uso em serviço público. Em todos eles, porém, a posse é do poder público ou precariamente concedida a outrem, por ato de vontade do proprietário.

A terra indígena, longe destas três categorias, é indisponível ao poder público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, mas tão somente ao uso do próprio povo indígena, segundo seus usos costumes e tradições. Não é, portanto, categoria de terra pública. Não é tampouco terra particular, privada, da comunidade ou povo indígena. Sendo assim, não se enquadra no conceito dogmático de propriedade

Mas, se dentro dela não é passível a existência da propriedade privada, individual, segundo o conceito da lei, porque já está definida como domínio da União, é passível a apropriação individual segundo os usos costumes e tradições do povo que ali habita. Usos, costumes e tradições, quer dizer, na prática, direito. Ora, a apropriação individual ou coletiva, de um grupo familiar, ou de um gênero, se fará, então segundo o direito indígena, que resolverá os eventuais conflitos que ali se estabelecerem. É vedada, então, a prática do direito brasileiro de propriedade dentro das terras indígenas, mas, ao contrário, são cogentes as normas do direito consuetudinário indígena. Dentro deste raciocínio, estamos falando de território, embora sem soberania e com pouca autonomia.

c) **a cultura e o idioma.** Apesar da timidez e obscuridade do texto da Constituição brasileira acerca da diversidade cultural e étnica do Brasil, seu conteúdo revela um extraordinário avanço em relação ao passado remoto ou recente. Enquanto a questão indígena ficou ligada a Igreja e a ação missionária, oficialmente, não havia dúvida quanto ao objeto da ação do Estado em relação a estes povos: assimilá-los para a religião e cultura oficial, nisto incluído a língua e, obviamente o Direito.

Em 1926, com o Decreto 5.484, de 27 de junho, retirou o caráter religioso, missionário do trabalho com a populações indígenas, desvinculando-o da Igreja, embora não tenha havido qualquer proibição de qualquer igreja atuar livremente. Mas ficou mantida integralmente a concepção unicista da cultura brasileira, se a religião não era mais oficial, continuavam sendo a cultura, o idioma e o direito.

No capítulo destinado à cultura, a Constituição brasileira expressamente encarrega o Estado de prestar proteção às “culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º). No capítulo dos índios, reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas (art. 231). No capítulo da educação assegura “às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos

próprios de aprendizagem” (art. 210, § 2º). Estes três dispositivos elevam a categoria de direitos a diferença cultural e linguística dos povos indígenas, mas não reconhecem claramente a diversidade cultural e étnica da nação brasileira.

Se a Constituição reconhecesse a diversidade cultural e étnica, estaria dando igual status às diversas culturas diferenciadas e a cultura “nacional” brasileira. Como apenas outorgou direitos de se manter culturas e línguas diferenciadas, manteve hegemônica e única a cultural nacional e a língua portuguesa, com tão pequenas exceções, que somente servem para confirmar a regra.

d) **comunidade indígena.** Até 1973 a lei brasileira considerava apenas o índio individualmente. A Lei 6.001/73 -chamada Estatuto do Índio- introduziu o conceito de comunidade indígena ou grupo tribal dizendo que “é um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados” (art. 3º, II). Ao introduzir o conceito, a lei lhes assegura direitos.

As comunidade indígenas passaram a ter, portanto, a titularidade de direitos de propriedade de bens móveis e imóveis. A própria lei estabelece que as comunidades são titulares dos direitos sobre o patrimônio indígena (art. 40).

Além disto, o Estatuto atribui legitimidade aos grupos tribais ou comunidades indígenas para estarem em juízo na defesa de seus direitos (art. 37).

Estas regras existentes no Direito brasileiro desde 1973 foram recepcionadas e aprofundadas pela Constituição de 1988, que reconheceu a organização social dos índios como já se viu. Além disso, deu **status** constitucional a legitimidade das comunidades indígenas estarem em juízo em defesa de seus direitos. Aliás, a Constituição a ampliou de tal modo, que pelo art. 232 as organizações indígenas são também consideradas partes legítimas para postular direitos e interesses em juízo. Embora já seja comum o Judiciário brasileiro reconhecer esta legitimidade às comunidades, não há notícia de que em algum juízo tenha sido reconhecida a legitimidade de organização indígena.

Apesar disto, mais uma vez em relação aos índios se faz sentir o silêncio da lei. Em nenhum dispositivo da legislação brasileira se encontra definida a natureza jurídica da comunidade. Dentro da dogmática, não há titularidade de direitos sem sujeitos de direitos, que são pessoas, físicas ou jurídicas. As comunidades indígenas não o são, porque ao não serem físicas, não são criadas por lei nem por qualquer ato jurídico. Curiosa situação que alguns juristas chamam de sociedade de fato, em que pese sua relevância constitucional. Parece não haver dúvida, porém, que assim como os Estados-membros da federação brasileira, os Municípios, as comunidades indígenas são pessoas jurídicas de direito público interno, com existência reconhecida pela Constituição, independentemente de criação por ato jurídico.

e) **responsabilidade penal**. Quem lê o Código Penal Brasileiro não encontra em nenhum de seus artigos a palavra índio ou qualquer outra que a substitua. Não foi esquecimento, mas opção. A fórmula encontrada em 1940 para introduzir o conceito de índio sem expressar a palavra foi isentar de pena os agentes com “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (art. 22). Pelo menos esta é a explicação dada pela comissão encarregada de elaborar o Código e que ficou expressa na Exposição de Motivos que o justifica. Entretanto, um dos membros desta Comissão, e penalista dos mais conceituados de sua época, é quem definitivamente esclareceu a razão de omitir a palavra índio: “Diz-se-á que tendo sido declarados irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessário a referência ao desenvolvimento mental incompleto; mas explica-se, a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica encontrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressão alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio”.¹³

A consequência jurídica mais séria, porém, de não incluir índios no Código Penal, foi não revogar leis anteriores, especialmente o já citado Decreto 5.484, de 1928, que estabelecia regras claras para a aplicação de penas a índios não integrados à comunhão nacional ou integrados há menos de 5 anos. Estes índios eram punidos em estabelecimentos correicionais especialmente criados para tal fim pelo órgão do Estado encarregado da questão indígena. Na prática foi criado um sistema de punição paralela, de caráter administrativa, sem as garantias, a publicidade e a ampla defesa do processo penal, que perdurou até a década de 60, quando foi extinto o Serviço de Proteção ao Índio -SPI-, e criada a Fundação Nacional do Índio -FUNAI.

Em 1973, com a revogação do Decreto de 1928 pela Lei 6.001, de 19 de dezembro, finalmente, o sistema penal para os índios foi adequado, ficando estabelecido que em qualquer condenação por infração penal o índio teria sua pena atenuada e na sua fixação seria levado em conta o grau de integração do agente. Na prática os Tribunais tem evitado aplicar esta lei as vezes com argumentos tautológicos, como o de que os índios pelo fato de cometerem crimes demonstram estar suficientemente integrados à civilização e, portanto, não podem se beneficiar das garantias da lei.

A Lei 6.001, Estatuto do Índio, tolera que haja aplicação de pena pelos grupos tribais, desde que não tenham caráter infamante ou cruel e não sejam de morte.¹⁴

¹³ HUNGRIA, Nelson. Comentário ao código penal. Vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1958 p. 336.

¹⁴ ver SOUZA FILHO, C.F. Marés de. O direito envergonhado. In Índios no Brasil/Luiz Donisete Benzi Grupioni (org.). São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura. 1992. p. 153-81

f) **jurisdição indígena.** A primeira resposta que qualquer juiz ou jurista brasileiro dará à pergunta sobre a jurisdição indígena, será de que o Direito brasileiro não admite a idéia de que os índios, em seu território aplique suas próprias normas jurídicas e julgue os eventuais litígios segundo autonomia própria. E seguramente terão razão!

Desde o tempo do descobrimento que o discurso e a lei se distanciam da prática. Assim como o discurso não guarda identidade com o ato administrativo e o exercício do poder de polícia da Administração pública, a lei guarda pouca similitude com a decisão judicial.

A análise dos cinco itens acima, a responsabilidade civil, o direito à terra, a cultura e o idioma, a comunidade indígena e a responsabilidade penal, ainda que superficial, nos leva a conclusão de que dentro do território indígena é reconhecido verdadeiro direito, aplicável segundo regras processuais próprias. Se aceitamos que a terra indígena é definida como um território, que a comunidade tem personalidade jurídica de natureza pública, que os usos, costumes e tradições tem força de fonte do direito, não há nenhuma razão para não aceitarmos o termo jurisdição e autonomia dos territórios indígenas, por menor que seja o número de membros de um determinado povo.

Na prática forense, porém, as coisas não são bem assim. A primeira dificuldade dos Tribunais é aceitar que a terra indígena seja território. Não que existam decisões dizendo o contrário, mas existem paráfrases negando-o. Nenhum jurista ou juiz tem sido tão claro como o foi Nelson Hungria em seus comentários ao Código Penal, sempre há uma razão diferenciada, sociológica, antropológica, estratégica ou geográfica, para anular o direito posto. Ora nega-se a indianidade, ora contesta-se o caráter indígena pela existência de minerais estratégicos, ora se cala e o silêncio abafa a opressão.

O próprio Estado, na forma de órgão administrativo de proteção dos direitos indígenas ou na forma de Ministério Público obrigado pela Constituição a defender em juízo estes direitos, não reconhece a jurisdição e pratica atos de defesa exclusivamente dentro dos estreitos parâmetros do direito estatal brasileiro, escrito e formalista.

A mais nova tendência do Judiciário brasileiro parece ser no sentido de estreitar ainda mais estes direitos e de intervir no sentido de que a propriedade privada prevalece sobre o interesse coletivo dos índios.

V. Índios e contexto político

Tendo em vista a pequena população e as possibilidades de avanço da fronteira agrícola, a questão indígena foi pouco relevante para a política brasileira até há bem pouco tempo. O exemplo citado do jurista Nelson Hungria que afirma não ter sido introduzido o termo índio no Código Penal por pura vergonha, expressa bem essa distância entre a realidade indígena e a sociedade brasileira, urbana e elitista, com os olhos voltados para a Europa e as costas para o interior e para a América Latina.

Entretanto, a partir do período de ditadura militar 1964/82, houve um maior interesse da sociedade sobre o tema, talvez porque a questão dos direitos humanos tenha ganhado relevância para a cidadania, que via a opressão violenta chegar aos jardins de suas casas. Ao lado disso, e talvez incentivado por isso, as organizações indígenas e as próprias comunidades passaram a desempenhar um papel mais decisivo na vida nacional. Em 1982, primeira eleição livre desde 1964, o xavante Mário Juruna foi eleito deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro, e ajudou a por em destaque a causa indígena. Outros grupos, como os caiapó, os pataxó, os terena e até mesmo os guarani, começaram a ter presença em Brasília, reivindicando e apresentando seus direitos históricos e originários. A opinião pública foi sensibilizada.

Em função desta mobilização se logrou os avanços da Constituição de 1988, como já se descreveu. Entretanto, talvez tão importante, ou ainda mais importante do que as conquistas legais, os índios passaram a existir no cenário político e fazer parte do debate nacional. Os partidos políticos introduziram em seus programas temas indígenas, desde a genérica proteção a seus direitos, até propostas mais elaboradas de alteração da relação Estado-povos indígenas. Cada partido vem apresentando soluções, nem sempre exequíveis, especialmente visando as eleições presidenciais de 1994.

Duas instituições brasileiras, porém, sempre tiveram relações com os índios, o Exército Nacional e a Igreja.

O Marechal Cândido Rondon, na primeira metade deste século, tendo como lema “Morrer se preciso for, matar nunca”, que até hoje é usado por oficiais que se dizem amigos dos índios, foi um desbravador e conta em sua ficha de serviços prestados grandes feitos em defesa dos índios. Muitas terras indígenas logram provar a sua magnitude com os apontamentos e demarcações realizadas por ele. A transformação do serviço de proteção aos índios em uma atividade laica também se deve a este militar, que é o criador do Serviço de Proteção aos Índios e incentivador do Decreto Legislativo nº 5.484, de 27 de junho de 1928, primeira lei civil de reconhecimento dos direitos dos índios.

Mas nem só de candura e lealdade se fez a história da relação entre

o Exército brasileiro e os povos indígenas, em dezembro de 1985 o governo aprovou um projeto de caráter visivelmente militar e que tinha muito a ver com a população indígena, o PCN -Projeto Calha Norte-cujos objetivos eram o fortalecimento do poder nacional, verificação de fronteiras e desenvolvimento da região norte. O projeto abrangia uma área de 1,2 milhão de quilômetros quadrados, onde vivem 65 mil índios. Há denúncias de desmandos e preconceitos dos militares. O PCN é, na verdade, um projeto militar que acabou por criar um modelo para as terras indígenas da Amazônia, a Colônia Agrícola Indígena, que congregaria índios e colonos, de tal forma que estes seriam uma espécie de mestres de cerimônia para a entrada dos índios na “civilização”. Este modelo fundiário era proposto aos índios como pré-condição para a demarcação de suas terras, o que foi rejeitado prontamente.¹⁵

Apesar dos dificuldades de implantação das Colônias Agrícolas, os militares continuam pensando neste modelo como ideal para a “integração” dos povos indígenas, mesmo depois da Constituição federal ter rechaçado a velha política integracionista. Recentemente o Almirante Mário Cesar Flores, que ocupou cargo de Ministro da Marinha e é ainda alto executivo do Governo federal, publicou artigo na imprensa nacional defendendo o desenvolvimento da Amazônia e, propondo para os índios a demarcação de suas terras com um modelo muito próximo da Colônia Agrícola.¹⁶

Por outro lado, a história do relacionamento da Igreja com os índios é tão longa quanto a própria história da colonização da América. A Igreja, responsável pela idéia da homogeneização cultural dos povos através da cristianização, mantém até hoje laços de trabalho evangélico e missionário com índios no Brasil. Hoje não é só a Igreja católica, mas várias outras desenvolvem trabalhos, nem sempre confessáveis, com as populações indígenas.

Com posições que variam desde a catequese pura e simples até a defesa da independência e autonomia política dos povos indígenas, a Igreja mantém uma relação sempre de dependência. Não pode ser diferente, por melhor intenção e por melhor resultado que haja, a Igreja se considera portadora de uma verdade que deve ser anunciada, e recebida, por estes povos.

¹⁵ ver a propósito: Centro Ecumênico de Documentação e Informação, São Paulo. Povos Indígenas no Brasil 1987/8/9/90. São Paulo, CEDI, 1991. Especialmente RICARDO, Carlos Alberto. Jogo duro na cabeça do cachorro, p.101/6 e BUCHILLET, Dominique. Para cachoeira: o laboratório tukano do projeto calha norte, p.107/16.

¹⁶ FLORES, Mario Cesar. Amazônia, realidades e mitos. Jornal Folha de São Paulo, 12 de setembro de 1993, p. 1-3.

VI. O futuro dos povos indígenas no Brasil

É praticamente impossível reconstituir a história da dominação de cada povo indígena no Brasil. Restam fragmentos imprecisos, e, quando se olha para trás e se analisa a legislação, os julgados e as políticas oficiais executadas, nos enchemos de admiração por ainda existirem povos indígenas no Brasil.

Estes cinco séculos foram de extermínio e cinismo. A lei proibia a escravidão de índios, e a escravidão se fazia. A literatura exaltava a beleza e bravura natural do povo da terra, mas o colono as invadia, caçava os homens, dizimava as gentes.

A Igreja protegeu os índios, mas a catequese desejava transformar todos em cristãos. Apesar de receber a pregação, por cinco séculos, de uma única religião e um único Deus, cada povo indígena continua com sua crença e religiosidade, ainda que se benza em nome do Pai, do Filho e do Espírito Santo.

Para os índios, foi criada uma língua geral, o nheengatu, mas ainda hoje 170 línguas se falam. A aculturação não é mais do que tentativa de homogeneizar a cultura, mas cada povo, ainda que vestido de jeans, de óculos escuro e de relógio no pulso, com bons modos para servir um cafezinho, guarda o traço de sua cultura, a marca de seus ancestrais.

Se cinco séculos de absoluta opressão, em que a prática apontava a arma para o aniquilamento físico e a lei indica a integração, aniquilamento cultural, os índios sobreviveram, ainda que reduzidos, acuados e intimidados, é de se esperar que com uma legislação que reconheça a sua existência e garanta a sua permanência como índios, o seu futuro seja risonho.

A prática, a política indigenista brasileira, continua permitindo que a arma seja apontada, apesar da lei. Mas é importante observar que a partir da Constituição de 1988 houve um avanço na defesa dos direitos destes povos, por um lado com a multiplicação de organizações indígenas não tradicionais, que podem mais facilmente intervir na realidade não índia; por outro lado, embora a prática governamental seja tímida, houve mudanças, muitas áreas foram demarcadas, como a Yanomami, muitas terras reconhecidas e muitos povos protegidos.

O avanço, as conquistas dos povos indígenas, porém, tem lhes multiplicado os inimigos. Alguns muito poderosos, como Governadores de Estado, Deputados, empresários, juizes e militares. Como toda a proteção está dentro da legislação estatal, os inimigos que controlam o Estado, podem fazer com que as conquistas retrocedam, por isto, o futuro dos índios depende, em grande medida, da sociedade civil.

Até agora a sociedade brasileira tem lhes dado apoio, mas, exatamente por isto, explodem aqui e ali campanhas anti-indígenas, como o conhecido

caso de Paulinho Paiakã. A principal rede de televisão brasileira -Globo- tentou diminuir o impacto do massacre yanomami, depois de ter posto a culpa na dimensão do território deste povo.

O futuro dos povos indígenas no Brasil, pois, é uma incógnita que se formula assim: o discurso da lei brasileira finalmente reconhece o direito dos povos indígenas viverem para sempre no Brasil, como índios; a prática do Estado brasileiro e suas elites continuam desejando o Brasil livre de “gentio que o infesta”.

Nesta incógnita reside, para os amigos dos índios um temor e uma esperança. A esperança de que a realidade se pareça com a lei, e o temor de que a lei se pareça com a tropical flor de maracujá: de uma beleza infinita, mas de vida curta e fruto amargo.

Curitiba, 26 de setembro de 1993

Soberania do povo, poder do Estado¹

Introdução

O mundo assiste, neste final de século, temeroso, estarrecido ou incrédulo a relativização dos dois pilares do Estado contemporâneo: a soberania, formalmente apresentada como supremacia das constituições nacionais e a propriedade privada, maior expressão dos direitos individuais. A criação de supra-estados, como a comunidade européia, enfraquece o conceito de soberania, e a necessidade de reconhecer direitos coletivos, como os de meio ambiente, limitam o exercício do direito individual de propriedade.

Esta profunda crise é o corolário da doença congênita do sistema. Na realidade, tanto a soberania como a propriedade privada nasceram como ideais libertários, mas nunca conseguiram passar de falaciosos e inatingíveis programas inseridos nas normas jurídicas. A soberania foi concebida como a verdadeira representação da vontade de todo o povo expressa em leis legítimas por justas. A propriedade privada foi oferecida a cada cidadão, trabalhador livre, senhor de seu trabalho, de sua força e de seu patrimônio. Mas, mesmo recentemente, a manutenção da idéia da soberania somente resistia a duvidosos pretextos, como a formação de governos de mentira, formais e não populares, como o Vietnã e o Chile. A livre propriedade em dois séculos, longe de ser a conquista do trabalho, foi o objeto de acumulação de riqueza e produção de miséria, as pessoas não foram integradas como cidadãos, nem a propriedade foi socialmente útil à felicidade geral.

¹ Texto preparado a partir das aulas proferidas no Programa “Brasil 500 anos, experiência e destino. A invenção do Estado-Nação” organizado pela Funarte (Fundação Nacional de Arte, no Rio de Janeiro e em Curitiba, em 1999.

De fato, no Vietnã, os Estados Unidos criaram um governo fantoche em Saigon e imediatamente, à guisa de defendê-lo e protegê-lo da ameaça interna, promoveram uma das mais sanguinárias guerras deste século. Assim foi também no Chile, os Estados Unidos promoveram um golpe de estado interno, com apoio clandestino, emprestando pilotos de esmerada pontaria, para combater o avanço do socialismo pelo voto que estava sendo promovido por Salvador Allende. Derrotado o governo constitucional, os EEUU esperaram que fosse instalado e institucionalizado o governo militar para reconhecê-lo e festejá-lo abertamente. A soberania, a autodeterminação, a supremacia das constituições nacionais estavam formalmente defendidas, mas o povo de cada um desses países tiveram sua vontade soberana duramente violada.

Poucos anos se passaram e essas sutilezas não foram mais utilizadas e o mesmo império não hesitou em entrar no Panamá para seqüestrar uma criança, o Presidente Noriega, que por qualquer razão lhe havia escapado ao controle, nem precisou de pretextos beneméritos para travar a guerra do golfo ou promover uma invasão em Kosovo.

Nascimento e ocaso do Estado contemporâneo

O sonho que inspirou o Estado contemporâneo nasceu na Europa e foi sendo disseminado por todo o mundo não sem guerras, revoluções e imposições, tornando-se em alguns lugares e para alguns povos em longo pesadelo. Foram trezentos anos de elaboração teórica e luta prática que marcaram os séculos XVI, XVII e XVIII na Europa e que mudaram os conceitos de ciência, religião e política. Copérnico, Lutero e Hobbes são apenas três nomes que apresentaram e demonstraram teorias e propostas de inovação ao mundo a que se convencionou chamar de civilizado. Outros nomes foram se agregando, Locke, Morus, Rousseau, Bodin, Calvino, Galileu, Montesquieu, Bartolomé de Las Casas e uma interminável lista completando um pensamento que teria como resultado a criação do estado contemporâneo assentado num sistema jurídico que pretendia ter regras claras e de execução pronta.

No final do século XVIII, a revolução francesa inaugurou formalmente este Estado, fundado na **Constituição** que o organiza e descreve, garantindo os direitos dos cidadãos. Chamar este ato formal de “Constituição” revela a idéia de que antes dele, Estado não havia. Constituir quer dizer fazer, organizar, dar nascimento. Um Estado que tem constituição é o que foi feito, organizado, nasceu.²

² Os teóricos dogmáticos dizem que o Estado nasceu com a sua constitucionalização, o que significa dizer que a organização social anterior não era estado. Este equívoco é o mesmo e talvez menos grave

Os pensadores deste novo Estado imaginavam que ele não poderia existir se o povo não lhe outorgasse livremente suas prerrogativas e poderes, isto quer dizer que todos os poderes e todas as prerrogativas pertenciam ao povo, como direito natural. No começo do século XVI, na Espanha, Bartolomé de Las Casas reconhece esta situação como fato:

“Viendo los hombres que no podían vivir en común sin jefe, eligieron por mutuo acuerdo o pacto desde un principio alguno o algunos para que dirigieran y gobernarán a toda la comunidad y cuidaran principalmente de el bien comun. Y así se evidencia que el dominio del hombre sobre el hombre tuvo su origen y procedencia en y procedencia en el derecho natural, y fue perfeccionado y confirmado por el de las gentes”.³

A concepção da organização social imediatamente anterior, dos reis despóticos, era fundada em direitos divinos, místicos ou religiosos e portanto a soberania descenderia não dos poderes do povo e de sua vontade, mas de inspiração divina, ainda no século XIV havia autores que defendiam esse direito divino dos reis. A idéia nova era de que o direito dos governantes não podia mais provir dos deuses, mas dos governados, aliás exatamente contra essa tese se insurge Locke no Primeiro Tratado Sobre o Governo Civil. Locke dizia que para se admitir esta tese haveria de se considerar que os homens não nascem livres, nem nunca o serão. Isto mostra que desde Locke a idéia da gênese do poder civil, do governo, está plantada na liberdade individual. Exatamente por isso, esse direitos dos governantes é humano, civil, fruto de mútuo acordo ou pacto, como dizia Las Casas.

Ao pacto, no século XVIII, se deu o nome de constituição. Todos os poderes do povo livre seriam transferidos ao Estado ou expressos na sua Constituição, que, por sua vez, não poderia admitir nenhum poder que a subjugasse, salvo a vontade do próprio povo. Entretanto, o povo somente poderia expressar sua vontade pelos meios que a própria Constituição estabelecesse, isto quer dizer, a soberania popular se transferiria para a Constituição que não poderia admitir nada que lhe fosse superior. A supremacia da Constituição, nesta concepção, seria a única garantia da manutenção da soberania popular.

O nascimento deste Estado, ou sua constituição, tem, portanto, data e lugar certos: é europeu do século XVIII/XIX. Isto diz muito e não apenas que não é africano, nem asiático, nem indígena das Américas, é fruto de uma tradição judaico cristã que se auto intitulou civilização e que tem no expansionismo sua força e na verdade única a sua marca.

que dizer que os povos ágrafos não tem histórica, porque antes da escrita a humanidade viveu numa pré-história.

³ ver CASAS, Bartolomé de Las. Obra indigenista. Madrid : Editorial Alianza. 1985.

Força e marca se confundem nesta tradição, porque a cultura que a encerra, exatamente por acreditar ser a verdade revelada, única, tem propósitos expansionistas. E de tal forma expansionista que dois séculos bastaram para que todo o mundo fosse dividido em estados nacionais submetidos cada um a sua própria Constituição, revelando a força dominante da idéia. Não há um único pedaço da terra que não esteja sob a jurisdição de um Estado, mesmo as mais inóspitas e inabitadas regiões e, quando se descobre uma nova possibilidade de território, rapidamente se distribui entre os estados existentes, como a Antártida.

Neste final de século, porém, estão sendo criados supra-estados, como a União Européia, que estabelecem um poder acima das constituições nacionais. Estas criações rompem com a tradição porque não nascem, nem teoricamente, da vontade do povo, dos cidadãos, mas da vontade dos próprios Estados. O rompimento se dá na base teórica da criação, porque não aproveitaram a soberania popular emprestada aos Estados.

A idéia evoluiu da seguinte forma: os teóricos afirmavam que a soberania era do povo que a entregaria aos Estados por meio de um hipotético contrato social. Na prática o Estado fez da soberania a supremacia da constituição, isto é, transformou o ideal em forma jurídica que poderia ser alterada formalmente e sem a participação do povo. A criação dos supra-estados anula a supremacia das constituições, isolando o novo estado dos povos que habitam o território jurisdicionado.

Por outro lado, não é apenas a organização estatal e a supremacia da constituição que estão à prova neste final de século, o direito individual que é a razão de ser do próprio Estado constitucional, também. O surgimento de direitos coletivos e o seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos trouxe à discussão a essência do direito individual de propriedade. O direito coletivo ao ambiente sadio, ao patrimônio cultural, ao desenvolvimento segundo cânones culturais locais põem em cheque a manutenção do direito de propriedade tal como foi concebido no final do século XVIII e organizado no século XIX.

Assim, a crise do Estado contemporâneo, ou seu ocaso, se dá em um lado pela globalização e, portanto, pelo enfraquecimento da supremacia das constituições ou da soberania, e de outro, pelos direitos coletivos constitucionalizados que abrem fissuras no sistema, levando para o mundo local o que antes era universalmente reconhecido como direito individual. Quer dizer, o global fere a constituição e o local arranha a propriedade individual, essência do velho sistema.

Soberania e propriedade

A soberania e a propriedade são dois lados da moeda chamada Estado nacional, ou constitucional, ou burguês, ou capitalista. Os dois conceitos são filhos do processo criativo dos intelectuais europeus dos séculos XVI, XVII e XVIII, ambos estão plasmados nas Constituições que vieram organizar os estados. Para a existência do Estado é necessário que ele seja soberano, isto é, possa decidir por si mesmo o seu destino e suas mazelas. E ele existe, soberanamente, para garantir aos cidadãos seus direitos. Resumindo as contas dos direitos individuais, chegamos facilmente a propriedade como o direito que fundamenta todos os outros e dá, a final, sentido às normas jurídicas, portanto, os Estados nacionais foram criados exercendo a sua soberania para garantir os direitos individuais de propriedade. Isto explica a sincronia e coerência da liberdade, igualdade e fraternidade com a propriedade privada.

Por esta mesma razão os estados nacionais latino-americanos foram criados a partir de guerras de libertação, nacionalistas, individualistas e protetoras da propriedade privada, por elites locais que se apoiaram nos povos indígenas, nos negros a quem prometeram liberdade, e na massa de pobres das cidades e dos campos. Os ideais libertários apenas fizeram com que todos trabalhadores livres pudessem vender sua força de trabalho e quem a pagasse poderia acumular riquezas porque seria livre a aquisição de propriedades.⁴

Os Estados constitucionais nasceram, assim, sob o signo da esperança de construir comunidades de indivíduos, todos iguais em direitos, fraternal e mutuamente respeitados e livres para manifestar suas vontades individuais e soberanas, cujo único limite seria a individualidade e liberdade alheia. Ao Estado, a função só de garantir estas liberdades e os direitos. O objetivo da república é a segurança dos particulares, dizia Hobbes no Leviatã, o Estado-protetor, como o chamou, estaria apto para defender as pessoas dos ataques e dos prejuízos que outros lhes causassem. É bem verdade que o século XIX e suas contradições se incumbiram de desmanchar o sonho: nem todos os homens e mulheres conseguiram ou quiseram ser cidadãos e nem o Estado pode garantir a todos os que chegaram a sê-lo mais direitos que a garantia do patrimônio adquirido. A propriedade seria para poucos porque o processo de acumulação acelerado possibilitado pelos direitos garantidos pelos estados nacionais geraria na outra ponta um exército de miseráveis. Os índios, negros e pobres seriam sumariamente esquecidos nas novas leis.

Nas lutas de independência na América Latina, que criaram os estados nacionais do continente, sempre ficou muito claro estes dois lados, a soberania nacional e o direito, a lei, a propriedade. Inscrita com letras douradas no frontispício do Palácio da Justiça, na Praça Bolívar, em Santafé de Bogotá, está a

⁴ A história desta falácia está contada plástica e poéticamente no filme *Queimada*.

frase do General Santander, herói da libertação: “Colombianos: las armas os han dado la independencia, las leyes os darán libertad”⁵.

É exemplar a frase de Santander. As lutas realmente criaram países independentes, soberanos, que foram **constituídos** no modelo europeu, portanto escreveram suas Constituições a adotaram leis garantidoras de direitos, especialmente os de propriedade. A liberdade de que falava Santander nada mais era do que a liberdade de adquirir propriedade com a venda de sua força de trabalho, para isso ele era livre. Cada homem livre que adquirir propriedade pode contar com a organização estatal que os garantiria com um forte aparato burocrático e policial.

Dizia, textualmente, a Constituição francesa do ano I (1793): “O Governo existe para garantir ao homem o gozo dos seus direitos naturais e imprescritíveis.” (artigo 1º). O artigo 2º esclarecia quais eram estes direitos naturais e imprescritíveis: “a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”.⁶ A Constituição de Cádiz⁷ estabelecia claramente que a propriedade era o direito individual mais importante: “A Nação tem o dever de conservar e proteger, por meio de leis sábias e justas, a liberdade civil, a propriedade e os demais direitos legítimos de todos os indivíduos que a compõe.”⁸ Direitos legítimos seriam aqueles criados pelas leis inferiores, enquanto a propriedade estava criada, como direito, na Constituição, lei superior, isto deixa claro que nenhum direito pode ser contrário ao direito de propriedade.

A primeira Constituição portuguesa, de 1822, dispunha: “A Constituição Política da Nação Portuguesa tem por objeto manter a liberdade, segurança e propriedade de todos os portugueses”. E mais adiante definia que a propriedade é um direito sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens (artigo 6º). A brasileira de 1824, seguiu o mesmo tom, menos apaixonado, mas de semelhante conteúdo:

Art. 179: A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
XXII - é garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude. Se o bem jurídico legalmente verificado exigir o uso e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e se dará as regras para se determinar a indenização.

⁵ General Santander foi um dos artífices, junto com Bolívar, da independência da Venezuela, Colômbia, Equador.

⁶ MIRANDA, Jorge. Textos históricos do direito constitucional. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980. p. 75.

⁷ Constituição espanhola de 1812.

⁸ MIRANDA, Jorge, idem, p. 108. ver também a propósito a brilhante análise deste dispositivo pelo constitucionalista e historiador espanhol CLAVERO, Bartolomé. Propiedad como libertad: declaración del derecho de 1812. Madrid: Ministério de Justicia, 1990. 101 p.

Assim, soberania e propriedade são as duas bases do estado contemporâneo, mas foram pensados de forma diferente pela teoria formadora, por isso vale a pena ir as origens e evolução deste dois conceitos para melhor entendermos a sua crise atual.

A soberania é do povo

A soberania foi pensada como uma criação dos homens em sociedade, como uma construção ou invenção que os fizesse gerir seu próprio destino, teria, para isso que ser una, indivisível, inalienável, imprescritível e pertencente ao povo. Neste sentido, a idéia de soberania sempre esteve enlaçada à razão, embora tanta paixão a envolva. Dizia Locke que o Estado tem a função de preservar a liberdade e a propriedade de cada um, julgando as disputas e pleitos de acordo com as leis que forem feitas, mas que o limite da execução destas leis é o próprio país e, em relação ao estrangeiro, dizia: “...si se trata de relaciones con el extranjero, debe impedir o castigar las injurias que vengan de fuera, proteger a la comunidad contra incursiones e invasiones”.⁹ Com esta afirmação Locke conclui o raciocínio explicativo de como um povo renuncia a vida natural de total liberdade para se submeter ao Estado, à organização civil, daí que a soberania do Estado faz parte do pacto social ou nasce a transferência d a soberania ou dos poderes do povo.

O povo, titular da soberania, poderia entregá-la a um rei ou constituir um Estado. O rei, sem Estado constituído, seria um déspota, e o Estado se não garantisse os direitos do povo transformaria o governo em tirania. Mas, mesmo uma soberania usurpada e exercida com mão de ferro, continuava tendo o povo como titular e, então, lhe caberia o direito de reivindicá-la, lutar por ela, reconquistá-la de quem injustamente a detivesse, para libertá-la, ganhando de volta sua liberdade.

Um século depois de Locke, Rousseau escreveria “O Contrato Social” onde desenvolveria esta idéia de soberania popular com mais precisão. A soberania era, assim, o poder que o povo transferia pelo pacto ao Estado (soberano), que escrevia as leis para exercício interno e garantia externa. “Como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e este poder é aquele que, dirigido pela vontade geral, leva, como já disse, o nome de soberania”¹⁰.

⁹ LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil. Madrid : Altaya. pag. 136. Locke escreveu estas palavras no século XVII (1690).

¹⁰ ROUSSEAU, J.J. O contrato social. São Paulo : Ed. e Pub. Brasil.1960. O contrato social foi escrito no século XVIII (1762).

Na concepção de Rousseau, a soberania pertence ao povo que a empresta ao Estado ao constituí-lo, mas não a aliena, nem a transfere definitivamente, continua sendo seu titular e se o Estado descumprir o mandato poder soberano que lhe é emprestado, é legítimo ao povo reivindicá-lo de volta, se insurgir contra a tirania usurpadora, por isso mesmo a soberania é imprescritível inalienável e indivisível. Esta idéia está presente desde Santo Tomás, passando pelos mais importantes pensadores dos séculos de formação do Estado contemporâneo.

Assim, é claro que para toda a teoria política formadora, a soberania, em toda sua dimensão interna e externa, nasce de um pacto de todos os homens para formar um governo que garanta suas propriedades internamente de quem injustamente as reivindique e externamente dos outros países que injustamente os queira subjugar. O sentido da soberania do Estado contemporâneo está ligado à idéia da democracia ou da participação popular.

Os Estados nacionais ao se constituírem, porém, arrebatarem para si a soberania do povo e esqueceram a teoria formadora, assim como esqueceram os próprios povos. O argumento lógico, racional e de aparente coerência para o esquecimento é que o Estado, ao traçar seus limites na Constituição escrita por todos, de legitimidade reconhecida por todos, amada por todos, certamente não seria usurpador, mas legítimo depositário da soberania popular. Se o povo, em contrato social firmado com liberdade e consciência, entregara ao Estado a soberania, nada mais justo que, fundado no direito, a exercesse com dignidade, garantindo internamente os direitos individuais e externamente a autodeterminação sobre todo o território. Ao povo restaria o direito de ser indivíduo, cidadão e não coletividade organizada, com sentimento próprio e cultura conjunta. O reconhecimento da cidadania individual implicava, assim, a desconstituição de qualquer ente coletivo que não fosse o próprio Estado.

Assim se constituíram os Estados nacionais contemporâneos, distanciando-se dos povos e criando um governo teoricamente independente, tendo a Constituição acima de tudo e a lei por argumento de legitimidade. Os governos mudam, são bons ou maus, o povo, por seus representantes, expressam sua vontade constituinte, fazem leis que os órgãos do estado cumprem e os governantes obedecem e o Estado sobrevive a estas idiosincrasias humanas.

O pressuposto lógico desta verdade estatal era o de que todos os homens e mulheres, crianças ou velhos, participariam da vontade soberana na constituição do poder. Triste e teimosa a realidade, porém, nunca se amoldou ao pressuposto. Ao contrário, a Constituição “constitui” o Estado nacional e garantiu direitos, mas escolheu como direito principal a propriedade e a partir dela construiu o arquétipo jurídico contemporâneo, tentando evitar que as necessidades do povo soberano obnubilasse o brilho do sistema proprietário.

A propriedade, tal como concebida, não poderia ser instrumento de coesão porque era instituto da exclusão¹¹.

A soberania, interna e externa, passou a ser coisa do Estado e com o passar do tempo foi totalmente esquecida a sua origem e as discussões atuais a tratam fora do âmbito do povo. Até mesmo o termo autodeterminação dos povos passou a ser tratada como coisa do Estado, porque somente se reconhece esta autodeterminação quando o povo deseja se constituir em Estado, como o povo Palestino, mas se já há um outro Estado que o engloba o direito é postergado, como ao povo Basco, e se o povo não se propõe a constituir Estado menos ainda se lhe reconhece este direito, como aos povos indígenas da América. Imediatamente constituído o Estado, dele é a autodeterminação e soberania.

O paradoxo deste Estado, porém, é que foi criado exatamente porque não há unidade do povo, porque as contradições internas são tão profundas e irreconciliáveis que foi necessário inventá-lo para que as contivesse, mas para ter legitimidade, ser reconhecido como coisa de todos, ou, dito em bom latim, ser *res publica*, necessitava se dizer depositário da vontade de todo o povo. O Estado contemporâneo separou os homens e mulheres em nos que vendem o fruto de seu trabalho e nos que o compram e, para isso elaborou um sistema que se autolegitima por normas jurídicas que estabelecem a forma de criar normas obrigatória para todos como se fosse do interesse geral.

A arrumada lógica de um Estado que se apresentava como fiel depositário da soberania, não passa de um sofisma cruel: com a prestidigitação da representatividade excluiu os não-proprietários da participação efetiva no poder. Por um passe de mágica tantas vezes denunciado, a soberania de todos se transforma em poder de alguns, tão forte que não permite aos sem-terra e sem-patrimônio alcançarem o poder e tão fraco que se o alcançarem nada poderão fazer contra a força dos proprietários.

O Estado constitucional, ou contemporâneo, inventado para satisfazer os interesses econômicos da burguesia, vive em crise desde seu nascimento porque não consegue suportar a contradição que ele mesmo engendrou: prometeu liberdade e entregou livre aquisição dos frutos do trabalho alheio, prometeu igualdade e entregou meios contratuais que legitimam a vontade soberana individual, prometeu fraternidade e entregou formas viciadas de representação política.

O povo, que se redescobre plural neste final de século, começa a reivindicar o retorno da soberania para si, enquanto o Estado, que cada vez mais quer ser uno, a vai abandonando, descartando como roupa velha cujo uso revela apenas formas ultrapassadas de se vestir.

¹¹ Ao se analisar mais adiante a gênese da propriedade privada se verá que toda a sua construção teórica se dá a partir da possibilidade de transferir a legítima parte de um para outro por meio da alienação. Este processo longe de levar à coesão, excluiu os não proprietários.

A propriedade nos clássicos e nas leis

O direito se construiu sobre a idéia da propriedade privada capaz de ser patrimoniada, isto é, de ser um bem, uma coisa que pudesse ser usada, fruída, gozada. Portanto esta propriedade é material, concreta, significando que o direito individual é, ele também, físico e concreto.

Neste sentido, o direito privado, também chamado de civil, detalhou os direitos individuais centrando-os na propriedade, de tal forma que os Códigos contém cláusulas para solucionar disputas de propriedade sobre todas as coisas. Imagina situações como, por exemplo, a de um fruto que, pendente da árvore que nasce em uma propriedade, cairá, ao amadurecer, em outra. Ou ainda situações de transmissão de propriedade *causa mortis* quando sucessor e sucedido morrem ao mesmo tempo, ou ainda, quem será o proprietário do álveo do rio que seca. Estes detalhes revelam a preocupação extrema e cuidadosa do legislador com o direito individual de propriedade.

Apesar do esmero dos legisladores para com a propriedade é raro que a definam. O Código Civil Brasileiro (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916) dedica um capítulo com 50 artigos à propriedade, mas não a define, dispondo tão somente que a “lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”¹²

John Locke (1632-1704) foi o grande pensador da propriedade contemporânea, analisou a sociedade em mutação e com grande ênfase a propriedade e preparou a defesa teórica da propriedade burguesa, absoluta, que viria a se transformar no direito fundante das constituições liberais próximas. Até Locke a civilização cristã entendia a propriedade como uma utilidade, um *utendi*, a partir dele e na construção capitalista, passa ser um direito subjetivo independente. Locke retoma a idéia de que a origem ou o fundamento da propriedade é o trabalho humano, isto é, o poder sobre as coisas se exerce na medida em que se agrega a elas algo de si, o trabalho. Isto sob o argumento de que cada um é proprietário de seu corpo, sendo o trabalho uma extensão dele. A apropriação está limitada, porém, à possibilidade de uso, dizendo que a ninguém é lícito ter como propriedade mais do que pode usar. Diz que tudo o que uma pessoa possa reter será sua propriedade, mas se alguma coisa se deteriora sem uso, fere o direito natural de todos a usar das coisas que Deus criou na natureza. Estabelece, portanto, um limite estreito à propriedade: “Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida, antes de que se eche a perder, será lo que le está permitido apropiarse mediante su trabajo. Mas todo aquello que exceda lo utilizable, será de otro.”¹³

¹² Artigo 524 do Código Civil Brasileiro.

¹³ John Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, p. 59.

Nesta perspectiva Locke aprofunda a idéia de Santo Tomás de que o direito de propriedade se restringe ao uso, porque tudo o que exceda ao utilizável será de outro. Entretanto Locke agrega um conceito, o de corruptível, deteriorável, e afirma que o excedente, para não pertencer ao proprietário tem que estar em risco de se deteriorar. Afirma então que não é a falta de uso que descaracteriza a propriedade, mas a possibilidade de que a falta de uso o ponha em deterioro. Se uma pessoa colhe mais frutos do que pode comer está avançando na propriedade comum, mas se não são frutos deterioráveis, se são bens duráveis que não se deterioram, pode os ter à vontade. Normalmente os bens permanentemente duráveis não manufaturados, como a pedra, não tem utilidade humana e, portanto, não tem interesse em se discutir a propriedade¹⁴. Por isso, e para isso, a sociedade inventou bens não deterioráveis com valor universal, como o ouro, prata e, finalmente, o dinheiro, já, então passível de acumulação.

Locke, assim, admite que o excedente, desde que não seja corruptível, deteriorável, pode ser acumulado e, claro, o corruptível pode ser trocado pelos não corruptíveis, afirmando que a sociedade civil e o governo foram criados exatamente para garantir esta acumulação:

“... es claro que los hombres han acordado que la posesión de la tierra sea desproporcionada y desigual. (...) mediante tácito e voluntario consentimiento, han descubierto el modo en que un hombre puede poseer más tierra de la que es capaz de usar, recibiendo oro o plata a cambio de la tierra sobrante; oro y plata pueden ser acumulados sin causar daño a nadie (...). (...) en los gobiernos, las leyes regulan el derecho de propiedad, y la posesión de la tierra es determinada por constituciones positivas.”¹⁵

Locke em sua construção teórica justifica a acumulação capitalista, reconhecendo que a propriedade pode ser legítima e ilimitada se se transforma em capital, em ouro, em prata, em dinheiro. É evidente que não poderia imaginar o resultado dessa acumulação para o século XX, nem mesmo sonharia com a revolução industrial e a violentíssima acumulação primária do século XIX, mas defendia as idéias mercantilistas de então, garantindo uma legitimidade teórica e moral para a propriedade privada, acumulável, disponível, alienável, como um direito natural. Com a introdução da noção de bens corruptíveis, se afasta de Santo Tomás, que não

¹⁴ Locke afirmava que aquilo que um homem produzisse com suas mãos, como um machado ou outra ferramenta, lhe pertencia por direito natural por ser fruto do trabalho, mas afirmava também que não lhe teria nenhuma utilidade possuir vários machados ou instrumentos que não poderia usar em seu cotidiano, por isso dizia que os bens duráveis, não corruptíveis, não tinham interesse ao homem.

¹⁵ Locke. ob. cit. p.74. Estudo mais profundo sobre este tema desenvolveu Macpherson em seu livro *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*.

admitia a acumulação qualquer que fosse, neste sentido é um verdadeiro mercantilista.¹⁶ Deve se notar que sobra como limite da propriedade em Locke, a ilegitimidade de se possuir bens corruptíveis não trocados, não é lícito a alguém possuir mais bens corruptíveis dos que possa usar sem transformá-lo em capital. Sua teoria não veria com bons olhos a queima de estoques para manutenção de preço, por exemplo.

Locke une a propriedade ao trabalho, estabelecendo uma relação que seria importantíssima para economia política posterior, porque admite que a possibilidade de acumulação está diretamente relacionada com a possibilidade de adquirir, comprar, trabalho alheio. Mais tarde Ricardo e depois Marx, iriam estudar o trabalho como a medida de valor das mercadorias. Portanto a relação estabelecida por Locke no século XVII, é impressionantemente capitalista.

Quer dizer, Locke inicia sua reflexão afirmando que a única propriedade legítima é a produzida pelo trabalho e somente pode se acumular até a quantidade corruptível. Se o bem não é corruptível é infinitamente acumulável, mas como se junta tantos bens? Com a possibilidade de pagar pelo trabalho alheio, já que o trabalho produz propriedade. Assim, afirmava que a única fonte legítima da propriedade era o trabalho, mas como admitia que o trabalho pode ser comprado por outro, o fruto do trabalho vendido será do comprador, isto quer dizer, o comprador do trabalho alheio não está comprando o produto, mas o próprio trabalho por preço certo, todo o produto será, então do comprador. O trabalho vale menos que o produto, de tal forma que aqui há a apropriação para o comprador (capitalista) do lucro havido. Esta elaboração teórica e moral era tudo o que necessitava o pensamento burguês.

Já Voltaire, que foi um admirador de Locke, em seu dicionário filosófico foi muito mais direto ao considerar a propriedade da terra um direito natural e necessário ao bem estar de todos. Aliás o verbete propriedade é uma defesa apaixonada das virtudes da propriedade privada, de quanto a sua existência podia ser benéfica para todos, mesmo para os trabalhadores que não a podiam usufruir.

Voltaire dizia que a propriedade é liberdade. Exatamente essa era a contradição da terra, a propriedade feudal, relativa e ligada a servos não-proprietários se contrapunha a outra propriedade nascente, de homens livres, que livremente contratavam sua força de trabalho, para proprietários absolutos, que determinavam o quê, como e quando plantar. A terra estava

¹⁶ Como o dizia C.B. Macpherson, em seu livro a Teoria política do individualismo possessivo: “E basta nos referirmos aos tratados econômicos de Locke para vermos que era um mercantilista para o qual a acumulação de ouro era um alvo correto da política mercantil, não como um fim em si mesmo, mas porque acelerava e aumentava o comércio”. p. 216.

deixando de ser a fonte de todos os bens de consumo da família do servo e do nobre, para ser a produtora de mercadorias que deveriam render lucros aos capitais investidos na produção. A lógica da propriedade da terra estava sendo profundamente alterada: de produtora de bens de imediato consumo para quem a trabalhava, a produtora de bens que pudessem ser transformados na nascente indústria, que disso faria não bens consumíveis ou corruptíveis, mas capital infinitamente acumulável.

“Da Suíça à China, os camponeses possuem terras próprias. Somente o direito de conquista pode despojar os homens de um direito tão natural”¹⁷ dizia Voltaire em seu dicionário filosófico. Acreditava que a transformação da terra em direito de propriedade exclusiva iria expulsar os servos, os camponeses, transformando-os em homens livres, que livremente poderiam vender sua força de trabalho:

Todos os camponeses não serão ricos, e não é preciso que o sejam. Carecemos de homens que tenham seus braços e boa vontade. Mas até esses homens que parecem o rebotalho da sorte, participarão da felicidade dos outros. Serão livres para vender o seu trabalho a quem quiser pagá-los melhor. A liberdade será a sua propriedade. A esperança certa de um justo salário os sustentará.¹⁸

É claro que a defesa de Voltaire está lastreada na idéia de que a sociedade civil e o governo baseados na propriedade e no trabalho livre trarão não só riqueza, mas felicidade aos homens, a todos os homens. E note-se que Voltaire sempre foi considerado um pessimista.

Na era dos direitos positivos, das constituições positivas, quando o estado foi “constituído”, as suas leis esqueceram os preâmbulos e pequenas diferenças entre perecíveis ou não perecíveis, toda a propriedade passou a ser direito subjetivo e até mesmo direito natural. Os tímidos limites que os pensadores imaginaram para a propriedade absoluta de terras e outros bens, deixou de existir, os Estados constitucionais reconheceram na propriedade a base de todos os direitos e mais do que isso, o fundamento do próprio Direito.

Portanto o Estado, absorvendo a soberania popular, construiu um sistema proprietário cuja legitimidade ficou fundada na propriedade privada e transportou para ela a idéia de soberania individual, o proprietário é soberano em relação à sua propriedade e o Estado, com seu aparato de largo alcance é o garantidor desse poder.

¹⁷ VOLTAIRE, François Marie Arouet de. Cartas Inglesas; tratado de metafísica; dicionário filosófico. São Paulo : Abril Cultural, 1978, p. 271.

¹⁸ Voltaire, ob. cit. p. 272.

Soberania individual ou soberania proprietária

É claro que esta construção jurídica privilegiou o indivíduo em detrimento do povo, do coletivo. A soberania foi emprestada pelo povo ao Estado e este a usurpou para proteger a propriedade privada. O poder do proprietário passou a ser absoluto embora este caráter não estivesse presente nem em Locke, nem em qualquer outro teórico anterior.

Locke afirmava que a única propriedade legítima era a produzida pelo trabalho e poderia ser acumulada indefinidamente desde que se comprasse trabalho alheio, mas tinha como limite a corrosão do bem, exatamente por isso seria melhor trocá-lo por dinheiro (representação não corruptível de bens). Isto levava ao entendimento de que o bem acumulado não poderia ser destruído, porque a destruição é sua corrupção. Se o bem não pode ser destruído, o proprietário não tem poder absoluto sobre ele.

Se na concepção de Locke o proprietário não é absoluto, porque está subordinado à possibilidade de troca de seu bem por um bem não corruptível e só assim poderia guardá-lo, ainda mais radical era a posição de Rousseau, que entendia que a propriedade estava subordinada à soberania de todos, ou dito de forma mais jurídica se submetia ao interesse coletivo, este sim absoluto e soberano. “Seja qual for a maneira por que se fizer a aquisição, o direito que cada particular tem sobre sua propriedade está subordinado ao direito que a comunidade tem sobre todas as coisas. Sem isso não haveria solidez no vínculo social, nem força real no exercício da soberania”¹⁹, dizia ele.

Esta idéia de Rousseau se contradiz com o direito de propriedade que viria ser inscrito nas Constituições que lhe seguiram. As novas regras legais iriam estabelecer um caráter absoluto à propriedade privada, sem mais limite que a propriedade alheia. O proprietário viria a ser soberano no exercício de sua propriedade, desde que não ofendesse a propriedade alheia, note-se que o limite não estava no direito genérico de ourem, mas no específico de propriedade. A única exceção, dizia claramente a Constituição brasileira de 1824, era a possibilidade de desapropriação pelo poder público para uma utilidade do Estado, e mesmo assim, com a devida reposição patrimonial.

A norma nacional não difere de suas antecessoras francesa, espanhola e portuguesa, nem, e muito menos, dos códigos civis que viriam depois. O código napoleônico, um dos principais paradigmas jurídicos do século XIX com forte influência no XX, também não deixa margem à dúvidas quanto à soberania ou poder absoluto do proprietário em relação ao seu direito individual.²⁰

¹⁹ Rousseau, Contrato social, p. 33.

²⁰ O artigo 544 do chamado Código de Napoleão dissia: “A propriedade é o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que dela não se faça um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos.”

Com estas disposições legais toda a teoria formadora perde o sentido, porque a propriedade deixa de ser o produto não corruptível do trabalho. A lei não estabelece os modos de aquisição, mas não especula sobre a origem do dinheiro que serviria para o negócio jurídico, nem se importa com sua destruição ou corrupção. O título legítimo (fruto do trabalho humano, em Locke) passou a ser o negócio jurídico, isto é a forma prescrita em lei (liberdade na manifestação de vontades). O título legítimo, por outro lado, daria ao titular poder absoluto sobre o bem, a ponto de ser livre para destruí-lo, desde que não causasse prejuízo a outro patrimônio individual. Esta formulação está muito além da subordinação da propriedade a soberania coletiva que preconizava Rousseau. Portanto, a propriedade, ao ser formulada livremente pela lei burguesa, rompeu com a tradição teórica anterior e criou um sistema de privilégios aos “legítimos” proprietários, que não precisavam mais explicar a origem da propriedade.

Para garantir-se o sistema criou o Estado, forte o suficiente para reprimir qualquer inconformidade com a norma jurídica. O Estado haveria de ser soberano, quer dizer, exerceria jurisdição sobre um território sem que qualquer outro Estado pudesse intervir, mas também quer dizer que suas leis não admitiram concorrência com qualquer outra norma de conduta que não estivesse formalmente legitimadas pela sistema estatal. Exatamente isso queria dizer a Lei Le Chapelier²¹, nenhum poder poderá existir entre o cidadão e o Estado, qualquer instância que agrupe pessoas e produza normas de conduta diferenciadas e específicas deve estar suprimida da convivência social. Na América Latina isto foi fatal para os povos indígenas que se viram na contingência de serem aceitos como cidadãos e perderem sua consistência de povo.

Mas a soberania, aquela que Rousseau dizia estar em cada um e que cada um transmitia à coletividade, continuou persistindo na propriedade privada. O proprietário, ao ser soberano em sua vontade não apenas para transferir a propriedade a outrem, mas também para mantê-la ou destruí-la (corrompê-la, diria Locke), mantinha aquela parcela de soberania, garantida de forma prioritária pelo Estado.

Na construção do Estado e Direito burgueses, e não nos teóricos formadores, a soberania do povo se transferiu ao Estado que não a devolveu mais ao povo, mas a entregou ao indivíduo proprietário, aqueles que conseguissem acumular riquezas excedentes de seu sustento. Com isto, e em última instância, a soberania de todos se transformou em soberania do proprietário. Aliás o mais usado argumento dos EEUU para intervir em países estrangeiros violando sua soberania, tem sido o da defesa da propriedade de empresas e cidadãos americanos.

²¹ A lei Le Chapelier de 1791 proíbia as corporações e afirmava que nada poderia existir entre o cidadão e o Estado.

A propriedade absoluta do começo do século XIX, porém, foi sofrendo restrições, de um lado de ordem administrativa, com as chamadas limitações urbanísticas e de outro pelas restrições dos direitos trabalhistas que limitaram a liberdade contratual e, por isso mesmo, o abuso na transferência da propriedade construída com o trabalho. Neste século, pressionado por revoluções como a russa e a mexicana, o direito absoluto de propriedade sofreu um golpe e passou a ser juridicamente subordinado ao que se convencionou chamar de interesse social ou função social da propriedade. Em pouquíssimos países, porém, isto se logrou regulamentar a ponto de tornar-se uma limitação de fato.²² A revolução russa aboliu a possibilidade de acumulação privada e a mexicana introduziu nos sistemas constitucionais a restrição à propriedade privada que poderia ser exercida em sintonia com os interesses sociais.

Só muito recentemente e ainda com muita cautela, os sistemas jurídicos ocidentais começam a aceitar uma limitação ao exercício do direito de propriedade por interesses coletivos não estatais, como os relativos ao meio ambiente e patrimônio cultural. Na prática esta é uma longa construção que se inicia com o reconhecimento dos sindicatos e neste momento com a subordinação do exercício do direito de propriedade aos interesses coletivos. Esta nova postura pode fazer retornar a soberania ao povo.

Propriedade coletiva ou soberania coletiva

Há um processo de modificação no sistema. O objeto do direito, inicialmente material e físico começa a ser intangível, como os direitos de autor, de invenção e mais recentemente os direitos de marca, que ganham o virtualismo da informática. Ao lado disso ganham relevância direitos cujos titulares não são indivíduos, mas coletivos, sejam homogêneos, como um grupo de consumidores de um determinado produto, sejam difusos, como o direito que todos tem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A introdução de uma propriedade coletiva volta a por em discussão a soberania do povo porque, por um lado, quebra a soberania individual da propriedade privada e por outro reconhece direito ao uma coletividade que, sendo soberana, novamente a empresta ao Estado para ser defendida, fazendo ressurgir a necessidade de um ente estatal capaz de exercer a proteção da soberania do povo e não da soberania individual.

²² Exemplo desta regulamentação jurídica é a lei agrária da Bolívia, escrita a partir da revolução boliviana de 1952, a terra ficaria sendo permanentemente propriedade do Estado que poderia conceder seu uso a quem efetivamente quisesse ou pudesse produzir. A concessão seria revogada se houvesse solução de continuidade na produção.

O coletivo pensado na velha lógica era o conjunto ou soma de direitos individuais e chamados de pessoas jurídicas²³ inicialmente comerciais ou pias, mas que foram ganhando representação política de setores da sociedade porque passaram a incorporar direitos coletivos. É o caso dos sindicatos e dos partidos políticos.

Os sindicatos são pessoas jurídicas unas, e por isso tem patrimônio próprio, são proprietários privados e exercem direitos individuais, mas, além de seu patrimônio particular, representam direitos de todos os associados ou de um setor social. Estes direitos são coletivos ainda quando invisíveis ao sistema jurídico que não os reconhece na lei. É muito comum os juristas e políticos entenderem as reivindicações coletivas dos trabalhadores como manifestações políticas e não jurídicas.

Assim, a cultura constitucional, solidificada no século XIX, construiu um sistema de garantias de direitos individuais relacionados ao bens físicos, patrimoniais estreitando todos os espaços do coletivo, sempre os deixando fora do Direito. Por isso, no dizer clássico, os direitos coletivos são meta-jurídicos, vivem no espaço do sonho, do ideal, da utopia e o Direito é concebido como sistema completo, que não poderia ter lacunas e quando omite, optou por omitir. Como afirmava Bartolomé Clavero, o silêncio da lei também é lei²⁴. Kelsen considera as lacunas a diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais correta²⁵.

As mudanças vem ocorrendo de forma acentuada, mas quase imperceptivelmente, sendo difícil localizar os pontos de mutação dentro do sistema, porque em grande medida, embora profundas, ocorrem ou se manifestam em leis isoladas. No Brasil, o Decreto-Lei 25/37, que instituiu o tombamento de bens culturais foi um marco²⁶, quase trinta anos depois, apareceu o Código Florestal, Lei 4.717/65²⁷ como outro marco, e em outros vinte anos surgiu uma lei procedimental, que permitia ao Poder Judiciário apreciar estes direitos como

²³ As pessoas jurídicas são uma ficção criada apelo Direito dando status de indivíduo a uma coletividade. O próprio Estado passou a ser considerado pessoa jurídica e com isso passou a ter direitos individuais e responsabilidades civis individuais.

²⁴ Bartolomé Clavero, o historiador do direito constitucional espanhol, professor da Universidad de Sevilla, ao analisar o silêncio da constituição espanhola sobre certas atribuições do poder judiciário, diz: "la falta de la ley, también es ley". CLAVERO, Bartolomé. El tercer poder. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann. 1992

²⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2a. ed. Coimbra : Arménio Amado. 1962.

²⁶ O Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, criou o tombamento como instituto para declarar protegidos bens históricos e artísticos, de tal forma que impunha aos proprietários conduta restritiva no exercício de seu direito. É um marco porque é a primeira lei brasileira que, com base na nova ordem constitucional que permite a intervenção do Estado na ordem econômica, impõe restrições ao exercício da propriedade privada, o que significa dizer, estabelece obrigações a este exercício, não apenas direitos.

²⁷ O Código Florestal, Lei 4.717, de 15 de setembro de 1965, estabelece que o exercício do direito de propriedade sobre as florestas consideradas de preservação permanente, como as matas ciliares, topo de morro, encostas e outros, se dará com restrições, obrigando o proprietário a atos de preservação e conservação.

tais, a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.357/85²⁸. Finalmente, a Constituição de 1988 reconheceu a existência de direitos coletivos. As leis posteriores já trazem a marca deste novo sistema, como, por exemplo o Código do Consumidor.

O jurista italiano Mauro Capelletti entende que a grande diferença entre estes direitos e os tradicionais está na relação deles com o Estado. Os tradicionais são garantidos pelo Estado, estes devem ser promovidos pelo Estado. Textualmente:

“Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita a sua violação, os direitos sociais –como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho– não podem ser simplesmente <atribuídos> ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentos destes direitos e das expectativas por eles legitimadas”.²⁹

Some-se a isto a cada vez menor relevância dos patrimônios físicos reais. Quer dizer, os bens jurídicos e não apenas os direitos sobre eles, são cada vez mais intangíveis. O patrimônio de uma grande empresa não se conta mais pelo número de bens que tenha como proprietário, porque não lhe pertence as lojas, nem os locais, nem móveis que a adornam, porque tudo é franqueado, é de terceira pessoa. O patrimônio se conta, e vale, pela marca que ostenta ou o sabor que descobriu, ou a forma da embalagem que a contém.

Isto vale também para os patrimônios individuais, tem muito mais valor a cobrança de um dano moral do que um material, uma pessoa ofendida, especialmente se o ofensor for rico, poderá se tornar também rica com a indenização, independentemente dos absurdos e corrupções de sentenças judiciais.

Desta forma se pode dizer que os novos direitos são intangíveis, e a nova economia passa a valorar mais o conhecimento, sempre que ele possa ser transformado em produto de consumo de massas.

Nestes direitos intangíveis, há os individuais que continuam com toda sua característica de propriedade privada, e os há coletivo. Os coletivos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais.

²⁸ A Lei de ação civil pública, Lei 7.357, de 24 de julho de 1985, estabelece o processo judicial pelo qual se apura a responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio cultural, ao meio ambiente e aos consumidores, mais tarde se agregou a este elenco os “interesses difusos”. A legitimidade para propor a ação é das pessoas jurídicas de direito público, o Estado e suas organizações, incluído o Ministério Público. Esta legitimidade foi estendida às ONGs.

²⁹ CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 41

Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos tem dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros.

Os direitos coletivos são, portanto, função abstrata da lei que se concretiza independentemente da consciência ou vontade do sujeito. Não é necessário sequer ser fumante para ter direito a que os vendedores de cigarros estampem corretamente o seu produto. Nem o mais rigoroso inverno diminui o direito a precisa informação na venda de equipamentos de ar refrigerado. Não é preciso estar circunstancialmente sem casa para ter direito a moradia, nem ser filiado ao movimento de sem-terras para ter o direito ao trabalho no campo.

Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mas isto não restringe o direito aos que são ou podem ser afetados por um desequilíbrio. Todos tem direito a preservação dos bens culturais, ainda que não veja, não sinta ou não goste da cultura em questão.

Mas, note-se, quando estamos dizendo que todos têm direito a estas coisas, a palavra direito, aqui, está no preciso termo jurídico de ser seu titular. Dito de outra forma, cada um individualmente, é titular do direito sobre a relação ou a coisa, mas essa titularidade não pode ser apropriada, transferida, alienada, quer dizer, este direito não integra o patrimônio individual de cada um. Por isso mesmo este direito é difuso, de titularidade difusa.

Ao mesmo tempo que estas relações e bens têm pairando sobre si uma titularidade difusa, têm, concretamente falando, uma titularidade individual. Quer dizer, a relação entre produtor/vendedor/consumidor é uma relação concreta, real, juridicamente estabelecida, na qual pessoas adquirem, alteram, modificam, alienam bens e direitos que passam a integrar ou saem de seus patrimônio privados.

A dominialidade do bem ambiental ou culturalmente protegido também tem esta característica. Ele mesmo como bem individuado faz parte, integra um patrimônio -público ou particular-, mas há, do ponto de vista da sociedade, uma titularidade difusa que altera sua essência.³⁰

Entre os direitos coletivos, não devem ser incluídos, portanto, aqueles que são mera soma de direitos subjetivos individuais, mas somente aquele pertencente a um grupo de pessoas, cuja titularidade é difusa porque não pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos.

³⁰ ver a propósito o meu livro Bens Culturais e proteção jurídica. Porto Alegre, UE/Porto Alegre. 1997. 140p.

Este direito não pode ser dividido por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes. Não são passíveis de alienação, portanto não podem ser reduzidos ao patrimônio de um indivíduo, são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, intransferíveis. Não tem valor econômico em si para cada indivíduo, mas somente pode tê-lo para a coletividade, exatamente por isso é inapropiável individualmente.

Conclusão

Os conceitos de soberania e propriedade estiveram irmanados na cultura constitucional, somente fazia sentido um se fosse para a realização do outro. Com o passar dos tempos e a impossibilidade de realizar o sonho de felicidade prometida, o povo buscou a recuperação de sua soberania comprometida na propriedade privada e foi, paulatinamente, transformando o sistema. Reivindicou direitos coletivos, forçou a limitação dos poderes da propriedade, meteu-se nela.

As mudanças da sociedade, quebrando o caráter físico, material da propriedade, revelaram o caráter imaterial dos direitos coletivos; a ameaça de holocausto ecológico abriu os olhos da humanidade para a necessidade de impor freios ao uso incontrolado dos bens materiais garantido pelo caráter absoluto da propriedade.

Cresce a consciência, em nossos dias, de que o contrato de que nos fala Rousseau está rompido, a soberania abandonou do Estado para localizar-se agressivamente na propriedade privada. E quando o contrato se rompe, “violadas as suas normas, cada um entra na posse de seus primitivos direitos e recupera sua liberdade natural, perdendo a convencional”, dizia Rousseau.

Enquanto a propriedade ou o capital, sua expressão imaterial, se globaliza deitando por terra a soberania dos Estados nacionais, o conhecimento tradicional, os ecossistemas regionais e a cultura local ganham a dimensão de direitos coletivos e, portanto, a dimensão de soberanias locais. Os Estados nacionais, em crise, se colocam o dilema: ou se voltam ao capital internacionalizante, perdem sua soberania e ameaçam a vida no planeta, ou garantem os direitos coletivos locais, recuperam, sempre por empréstimo, a soberania dos povos e se repensam como nova forma de organização social.

A opção, dita de forma mais simples, mas muito mais dura, é entre a soberania usurpada, imposta, que leva necessariamente à morte ou o reconhecimento da frágil soberania do povo, construída na dificuldade da conciliação, tolerância e paz, que conduz à vida.

Curitiba, janeiro de 2000

O direito de ser povo

1. Introdução. 2. A modernidade precoce da América Latina. 3. Os índios e sua invisibilidade. 4. Os direitos reconhecidos no séc. XX. 5. Os índios na Constituição brasileira de 1988. 6. Conclusão.

Resumo

Considerando que os Estados Latino-americanos, constituídos no início do século XIX, adotaram os princípios da modernidade sem resolver os problemas com as populações pré-existentes à ocupação europeia, o presente trabalho estuda a situação atual desta difícil relação entre Estado moderno e populações indígenas, tomando por base, principalmente, a situação brasileira. Demonstra que no final do século XX as constituições da América Latina passaram a reconhecer aos indígenas o direito de ser povo.

1. Introdução

A modernidade elevou dois conceitos filosóficos à categoria de direitos básicos: a igualdade e a liberdade. Como conceitos ambos são suficientemente vagos para unificar o discurso e, ao mesmo tempo, servir de crítica ao antigo regime que estava marcado pela desigualdade e pela falta de liberdade, muito especialmente na produção de riqueza excedente para que a sociedade pudesse prover a necessidades de seus membros. Desde o final da idade média as so-

ciedades européias começaram a se organizar para aplaudir o homem livre ao mesmo tempo em que o obrigava a contratar um trabalho. Este aplauso e obrigação estão claros na chamada lei das sesmarias, de 1375, em Portugal, na qual D. Fernando exigia que toda terra fosse trabalhada e que todo homem livre trabalhasse¹. O trabalho produtivo, isto é, aquele que gerasse excedente para si e principalmente para outrem, é que tornariam os homens iguais.

As constituições do início do século XIX que organizaram os estados europeus (e latino americanos) definiram a liberdade e a igualdade como direitos estruturantes do Estado. Ao lado deles a propriedade e a segurança.

É fácil entender que se todos são iguais e livres, cada um é soberano na sua vontade. Esta discussão da soberania da vontade individual é um fervilhar teológico-jurídico de grande repercussão para a construção da modernidade. Nesta discussão não estava apenas em jogo a servidão e a vassalagem, mas o próprio pecado e as graças divinas, substituídos pelo livre arbítrio, purgatório e outros “novos” conceitos religiosos. Está claro que para que houvesse, de fato, igualdade e liberdade, cada decisão, de cada um, haveria de ser fundada na razão, não na superstição, medo ou emoção. Neste caldo preciso de lógica dedutiva e racionalista, o indivíduo se sobressai da coletividade e se torna senhor absoluto de seus atos e vontades, somente limitado pelos atos e vontades do soberano mais próximo: o outro indivíduo, conforme previamente acordado. Esta limitação de vontade própria ao coletivo e ao vizinho, a modernidade chamou de contrato social, que aos poucos adquiriu o nome de Lei. Sobrou ainda, para as relações individuais, o contrato individual, especialmente o contrato pelo qual um homem entrega o produto de seu trabalho (a sua propriedade) a outro².

Liberdade e igualdade, ancorados no racionalismo filosófico, geraram a necessidade de uma sociedade contratual, isto é, jurídica, estruturada em leis. Assim é o contrato: encontro de vontades livres que dispõe sobre os bens de sua propriedade (transformados por sua ação). Portanto, ao lado da liberdade e igualdade o sistema anexou a propriedade. Talvez o mais correto seria dizer que para construir, constituir, o conceito de propriedade moderna foram indispensáveis os de liberdade e igualdade. De qualquer forma, estas três expressões que entram de diferentes modos no sistema jurídico nascido para a modernidade, estão embasados no individualismo e no racionalismo, daí a busca quase doentia de encontrar uma razão pura do direito e das leis e, conseqüentemente, do contrato.

A modernidade, portanto, erigiu estes três princípios à categoria de direitos e, quando o nome de constituição foi dado ao contrato social, fez questão de inscrevê-los acima de qualquer outra prioridade. Nos textos constitucionais da modernidade o Estado está criado para proteger os

¹ Ver a propósito: RAU, Virgínia. *As sesmarias medievais portuguesas*. Lisboa : Presença. 1982.

² Ver a propósito: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Barcelona : Altaya. 1994.

direitos de liberdade, igualdade e propriedade, agregada da segurança, que nada mais é do que a certeza que os três primeiros serão garantidos pelo poder de polícia do próprio Estado³.

O corolário da aplicação destes três direitos na vida das sociedades é a razão individualista: se todos são iguais, cada um deve ser soberano em si, se todos são livres, a vontade coletiva somente pode ser a soma da vontade de cada um, se todos podem ser proprietários, cada um tem a sua propriedade exclusiva, o que significa, com a exclusão de todos os outros. O corolário deste corolário diz respeito às coisas: as coisas também têm que ser individualizadas, isto é, conhecidas, delimitadas, demarcadas, para que cada um saiba o que é seu e cada outro saiba do que está excluído. Com isto está fechado o contrato, seus sujeitos e seu objeto.

Num mundo onde existem apenas indivíduos e não coletivos; onde as relações são sempre contratuais, isto é, expressão livre da vontade na busca de interesses racionais, marcadas por obrigações e direitos de iguais grandezas, evidentemente os povos que se relacionam movidos pela emoção e pela leitura dos fenômenos naturais, que muito longe de contrair uma obrigação prévia pelo contrato acredita que tem a obrigação da dádiva, não podem subsistir. Neste mesmo mundo, de coisas concretas e delimitadas, de bens, de mercadorias, os animais soltos, ao contrário dos homens livres, não têm serventia nem utilidade, as plantas que não se deixam domesticar tampouco e, ainda menos os minerais sem valor de troca. Todos haveriam de ser considerados inúteis e nocivos. Assim, no Estado moderno não têm serventia teórica nem prática as sociedades, povos e populações coletivas (tradicionais), nem a natureza.

2. A modernidade precoce da América Latina

Enquanto na Europa, nos trezentos anos de criação da teoria na prática da modernidade, sob forte influência e comando da nascente burguesia e do capital cada vez mais acumulado nos centros urbanos, a América latina vivia o pesadelo colonial. Os povos da América estavam sendo espoliados, afastados, roubados, pilhados, exatamente para sustentar a acumulação capitalista da Europa. Não se vivia neste continente nenhum dos preceitos ou eixos teóricos da modernidade, a maioria da população continuava viver integrada a natureza e utilizando seu conhecimento para prover suas necessidades, o trabalho não tinha mais valor do que o ócio, nem a propriedade precisava ser estreitamente

³ É particularmente interessante ler a declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, artigos 1º e 2º e a Constituição do ano I (1793): “O governo existe para garantir ao homem o gozo de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade” (art. 1º, 2 e 2º).

regulada. Os novos ocupantes ou invasores, os europeus, tampouco aplicavam os princípios da modernidade, já que a base da produção era escrava, o trabalho livre praticamente não existia e estava longe da preocupação da sociedade a satisfação das necessidades de todos. Havia, então, uma profunda, ainda que negada, diversidade cultural. Trazidos em porões de navios negreiros diretamente da África, os escravos aumentaram ainda mais essa diversidade. Todos estes povos, originários ou trazidos à força, estavam muito longe de pensar em um contrato social para constituir o que viesse a se chamar Estado nacional.

Apesar disto, no mesmo momento que a Europa se constituía em Estados Nacionais burgueses, a América Latina, ainda em bases tipicamente coloniais, a copiava. Os Estados nacionais latino-americanos se constituíram como o contrato social de alguns, a elite branca e rica. Isto significou que as velhas estruturas coloniais deveriam se manter, como, por exemplo, a dificuldade de acesso à terra por quem efetivamente trabalhasse. A terra haveria de ser meio de produção e reprodução do capital, não espaço de trabalho e vida para quem produzisse por conta própria, na aplicação mais do conseqüente do ideário de Wakefield⁴. Os índios não poderiam ter direitos, nem os escravos fugidos, nem os ex-escravos, nem os homens livres pobres, todos estavam convocados pelas leis e pela tirania para serem “trabalhadores livres” à soldo. Os que aceitassem estariam sob a proteção das “doces, justas e humanas” leis do reino, como dizia D. João. Aos outros, a “barbárie”, nem igualdade, nem liberdade, nem segurança e muito menos propriedade. Aliás, sem propriedade para serviriam os outros direitos? Exatamente por isso é que as terras dos indígenas, que não eram propriedade, estavam disponíveis para o Estado vender ao “preço suficiente”.

As promessas da modernidade, de liberdade e igualdade para todos, já estavam distorcidas na Europa no início do século XIX. E para distorcê-las não foi necessária nova teoria, apenas leis. A primeira e mais importante traição foi justamente em relação à terra. Na teoria fundadora, não havia necessidade da terra ser objeto do direito individual de propriedade. A terra para Locke era abundante e cada um poderia tomá-la para produzir. A propriedade era fruto do trabalho, portanto se estabelecia sobre os frutos da terra mediados pelo trabalho. O contrato legitimaria a transferência da propriedade do produtor para o contratante. O direito à terra existiria apenas e enquanto houvesse uso produtivo. Pouco tempo depois de Locke ter formulado a teoria da propriedade legítima como o resultado de um contrato entre homens livres que produzem as coisas com o trabalho, tanto na Inglaterra como em Portugal os que acumulavam o resultado do trabalho livre contratado começaram a se intitular

⁴ Edward Wakefield, economista inglês, defendia a teoria do preço suficiente, que consistia em atribuir um valor à terra pública suficientemente elevado para desestimular as mais pobres a comprá-las, para obrigá-las a venderem sua força de trabalho para a agricultura estabelecida.

proprietários das terras com a autorização do Estado. Cercaram terras comuns e as “melhoraram”, isto é, expulsaram a natureza e todos seres vivos inúteis, inclusive os seres humanos que não fossem indivíduos trabalhadores, sob contrato na Europa, sob servidão na América. Aos poucos, esta posse da terra que produzia propriedade dos frutos passou a ser também propriedade, ainda que não produzisse. A terra podia gerar renda independentemente do investimento do capital, além de ser garantia aos capitais financeiros. Para isso precisava ser propriedade absoluta (quer dizer, absolutamente disponível). Os capitais financeiros não mantêm terra para produzir, mas para especular e especulação não é trabalho. A terra se transformou em propriedade privada sem teoria, apenas com a Lei e com a força do Estado constituído.

Assim, o Código Civil Napoleão, sem teoria e sem alarde, trata da propriedade imobiliária como se fosse o princípio mais natural da modernidade. Aliás, não apenas divide a propriedade em móvel e imóvel, como se fossem categorias pré-existentes e inquestionáveis, como apresenta a móvel quase como uma exceção. A modernidade foi traída pela lei.

Mas isso foi apenas o começo. A decantada liberdade inventada no século XVIII⁵ não faria os homens felizes como imaginava Voltaire, mas ao contrário, estabeleceria o império da fome e miséria ainda mais terrível que no tempo dos reis. Se isso acontecia na pátria da invenção, mais triste ainda é ver o ocorrido no continente similar, a América Latina. De qualquer forma, dos quatro direitos, a igualdade e a liberdade passaram a existir como presunções dos contratos, enquanto a propriedade tornava-se o centro organizador do sistema e a segurança sua condição.

Aqui na América Latina, como o pacto já era só das elites, apenas aquilo que era de seu interesse se manteve, aprofundando a realidade de uma polícia forte e uma propriedade cada vez mais absoluta.

Os Estados Nacionais Latino-americanos, desde que surgiram e foram constituídos juridicamente, omitiram os povos indígenas que viviam em seus territórios. De fato, as Constituições formadoras, datadas do início do século XIX, à imagem e semelhança das européias, reconheceram apenas o indivíduo como titular de direitos. Nessa visão, tudo o que fosse coletivo e plural deveria ser reduzido a individual, e todos os direitos deveriam ter como legitimidade um contrato entre homens livres. Isto é, os povos, comunidades, organizações e grupos sociais diferentes foram desconsiderados em nome do indivíduo e sua liberdade, na idéia de que o reconhecimento do coletivo restringiria a liberdade individual.

Apesar da unidade entre direito individual e liberdade, praticamente todos os sistemas jurídicos latino-americanos nascentes proclamaram o direito individual, mas admitiram o trabalho escravo. Assim é que os direitos indivi-

⁵ STAROBINSK, Jean. A invenção da liberdade. São Paulo : UNESP. 1994.

duais de propriedade foram consagrados em sacrifício de todos os outros. É tão claro esse sacrifício que a terra não poderia mais ser coletiva, comunitária ou controlada pelo povo: a terra teria que ser propriedade privada. A liberdade ficou condicionada ao individual: somente há liberdade de organização sob o princípio da propriedade individual. Ainda que clara esta regra não está expressa. A lei apenas estabeleceu princípios gerais, mas com seu silêncio não mudou as práticas sociais do interesse do capital, ao contrário as reforçou: o silêncio sobre o trabalho escravo manteve a escravidão apesar do absurdo jurídico; o silêncio sobre os povos indígenas não coibiu a matança e ocupação de suas terras. Quer dizer, como a lei não dizia “fica proibida a escravidão”, puderam os senhores manter seus escravos; como a lei não dizia “os índios têm direito à terra que habitam” puderam ocupar suas terras e matar suas tradições.

Dentro deste eloqüente silêncio, não havendo norma jurídica que regulasse nem o contrato de trabalho escravo (contrato impossível, posto que pressupõe partes livres para firmá-lo), nem os direitos coletivos dos povos indígenas (também impossível por serem contraditórios aos individuais), havia Direito. E este direito de uns e de outros ficava ao arbítrio dos Tribunais que, influenciados pelas elites locais, ora era reconhecido, ora era negado.

No Brasil se criou o direito costumeiro de manumissão, alforria pelo pagamento do preço do escravo pelo próprio escravo, que foi muitas vezes reconhecido pelos Tribunais. Tratava-se do direito do escravo comprar sua própria liberdade com a poupança amealhada⁶. Apesar do absurdo jurídico, algumas normas não puderam silenciar essa convivência aparentemente impossível, inclusive as sociedades de negros libertos em geral tinham entre seus objetivos, angariar fundos para comprar a alforria de escravos, muitas vezes utilizando o direito à manumissão.

É fácil entender que neste sistema jurídico preocupado com os contratos e os patrimônios individuais, os interesses e direitos coletivos não tinham nenhuma importância. Daí que não só a liberdade dos trabalhadores africanos e seus descendentes, como também a vida e organização dos índios lhe era indiferente. Mais do que isso, todos aqueles que não estivessem integrados ao sistema econômico por um contrato, seja de trabalho (trabalhador livre), seja de compra e venda (proprietário de terra ou de outros bens de produção) estavam desassistidos pela Lei.

O sistema era ainda mais cruel do isto. Não se tratava de desassistência, mas de negação de existência. De fato o sistema considerava que os índios, escravos, caboclos (coletores, pescadores, camponeses em terras sem títulos) deveriam integrar, individualmente, o sistema: os índios, deixar de ser índios,

⁶ Ver CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade*. São Paulo : Brasiliense/Edusp. 1986. p. 123 a 144.

os escravos, adquirir sua liberdade e cada um tornar-se trabalhadores assalariados, os caboclos, que declarassem sua posse ao Estado e assim se tornariam ou proprietários ou empregados dos novos proprietários. Se nenhuma dessas opções fosse possível ou desejável, note-se que em todas havia o pressuposto de que a economia os haveria de absorver como trabalhadores livres, este contingente humano fora do sistema sofreria a repressão por crime de sedição. As múltiplas guerras camponesas do continente não são mais do que o reflexo disto, os massacres indígenas, etnocídios bem sucedidos, e a caça implacável dos escravos fugidos era apenas a rotina do cumprimento da lei. No Brasil duas guerras camponesas de longa duração são exemplares: Canudos (1896-7)⁷ e Contestado (1912-6)⁸, ao lado de muitas outras que semeiam de sangue o campo brasileiro até os dias de hoje.

Assim foi que a proclamação da independência, geradora da liberdade e da igualdade significou a escravidão dos trabalhadores africanos e a omissão dos direitos dos povos indígenas, de forma muito precoce, pois a América Latina se constitui em Estados Nacionais praticamente ao mesmo tempo em que a Europa o fazia, lá tentando organizar o sistema capitalista, aqui tentando fazer com que o sistema colonial não se desmoronasse.

3. Os índios e sua invisibilidade

Nesta lógica do indivíduo, os povos indígenas se tornaram invisíveis⁹. Esta invisibilidade somente seria evitada em duas hipóteses: quando reconhecidos como inimigos, então se lhes declarava guerra e era legitimada a matança, ou quando o indivíduo se reconhecia como cristão e trabalhador livre, deixando de ser índio. Para isso era necessário esquecer a língua, abjurar as crenças, renunciar a dádiva e aceitar o contrato, se transformar num cidadão e só!

A modernidade muito especialmente a do século XIX negou a existência dos povos indígenas. Antes mesmo já havia desconsiderado qualquer direito sobre suas terras, agindo como se a América fosse desocupada. A América espanhola foi repartida entre titulares de domínio. “Repartimiento” foi o nome usado pelo chamado Direito de Índias para as concessões de terras. Os espanhóis, dependendo do vice-reinado específico, concediam terras a populações

⁷ Sobre a Guerra de Canudos existe extensa bibliografia, mas se destaca o livro *Os sertões*, de Euclides da Cunha.

⁸ A chamada Guerra do Contestado se deu no oeste de Santa Catarina e sul do Paraná. São inúmeros os livros que relatam esta guerra camponesa de longa duração.

⁹ A propósito ver o capítulo que escrevi para o livro OLIVEIRA, Francisco & PAOLI, Maria Celia. *Os sentidos da democracia : políticas do dissenso e hegemonia global*. São Paulo : *Vozes/Fapesp*. 1999. O capítulo se intitula “Os direitos invisíveis”, e está nas pgs. 307-334.

indígenas, seja por meio de reconhecimento de populações ou por contratos que às vezes chamavam tratados. O simples fato da concessão ter sido estabelecida nas regras do contrato, determina que era unilateral, isto é, se fundava na lógica do individualismo, não respeitando a organização coletiva dos povos, gerando uma espécie de vassalagem ou subordinação tributária ou, na melhor das hipóteses, na busca da integração como indivíduo. Em qualquer hipótese, os Estados Nacional na América Latina não reconheceram os tratados e contratos da Colônia e adotaram uma política integracionista, na qual o índio deveria se tornar camponês. Qualquer conhecimento da situação grupal era provisório, até o dia da integração, como ocorria no Brasil até 1988.

4. Os direitos reconhecidos no século XX

A escravidão foi, a final, abolida nas Américas, não sem guerras e algumas vezes indenização pecuniária do Estado Nacional aos “proprietários” de escravos, durante o século XIX. O Brasil foi o último a fazê-lo, em 1888. Apesar disto, nenhum direito foi atribuído aos afro-descendentes, salvo o de liberdade e o de igualdade. Como nenhuma propriedade se somou a eles, os recém homens-libres dispunham apenas de sua força de trabalho para sobreviver, isto é, sua liberdade era a possibilidade de firmar ou não um contrato de trabalho; sua igualdade, de que o contrato seria cobrado sem perdão. Nenhum direito coletivo lhes foi atribuído, nem às terras em que viviam coletivamente, fugidos, nem às crenças, religiões ou cultura. O século XX recebeu os ex-escravos como homens-libres, cidadãos despojados de qualquer propriedade, nada mais, cada um que encontrasse a sua felicidade como e se pudesse.

Foi diferente a situação dos povos indígenas. No século XIX são poucos os reconhecimentos e não passava da liberdade e igualdade se optassem por não ser mais índios, e a possibilidade da Coroa, querendo, reservar terras devolutas para que ficassem aldeados enquanto não optassem por ser só cidadãos. Ao longo do século XX foram se dando o reconhecimento de alguns direitos coletivos, sempre de uma forma muito sofrida e disputada; sempre depois dos povos já terem perdido grande parte de seu território e de suas tradições. Somente no final dos anos 80, depois da América Latina, especialmente do Sul, passar por longo período de ditaduras militares é que as novas constituições incluíram entre os direitos fundamentais, direitos coletivos, entre eles os indígenas, como veremos a seguir.

Este reconhecimento gradual foi se dando ao mesmo tempo em que se processavam grandes violações, na maioria das vezes sem qualquer possibilidade de reversão. Apenas para citar como exemplo, o povo Xetá, que vivia num

fértil planalto de florestas úmidas no oeste do Estado do Paraná-Brasil, perto da fronteira com o Paraguai, foi dizimado na década de sessenta do século XX, sendo praticamente impossível a reversão da perda cultural e territorial, foi um etnocídio. O povo Guarani, por outro lado, em contato com a cultura cristã e europeia desde o século XVIII conseguiu sobreviver a duras penas e hoje luta em busca de alguns territórios para manter a sua densa e forte cultura.¹⁰

De fato, a mais constante reivindicação indígena sempre foi o respeito às suas terras. Durante todo o período colonial, Espanha e Portugal tiveram uma política de terra desocupada ou terra conquistada. Assim, em todo o continente foi aplicado o direito de conquista em nome dos reinos respectivos. Em algumas situações, seja por reconhecimento, seja por interesse político, os Reinos reconheceram terras para alguns povos, sempre em caráter provisório, até que cada índio, de forma individual, viesse a integrar-se na vida nacional, como já foi dito.

As concessões de terras para índios, no Brasil, começaram a se dar a partir do século XX após a edição de lei que reconhecia alguns direitos e os comparava com os trabalhadores nacionais. A concessão destas terras era provisória. Embora não estivesse dito nas leis, as autoridades imaginavam que estas terras seriam retomadas pelo Estado para nova distribuição, tão logo o povo se desfizesse como tal e os indivíduos passassem a reivindicar terras como camponeses. Esta reivindicação camponesa poderia ou não ser atendida, dependendo do interesse do governo local que em geral preferia dar terras a produtores capitalistas. Esta situação se deu com os índios Pataxó Hã Hã Hãe do sul do Estado da Bahia. Este povo recebeu do Governo Federal uma extensão de terras que foi devidamente medida e demarcada e oficialmente concedida, nas primeiras décadas do século XX. O povo Pataxó Hã Hã Hãe, na década de sessenta foi retirado pelo Serviço de Proteção ao Índio de suas terras e levado prisioneiro para o interior do Estado de Minas Gerais, numa Fazenda prisão chamada ironicamente de Fazenda Guarani. Violentemente desocupadas, as férteis terras dos Pataxó Hã Hã Hãe foram entregues a fazendeiros produtores de cacau, como terras estaduais, pelo Governo do Estado da Bahia. Passada a ditadura militar, os Pataxó Hã Hã Hãe voltaram a suas terras e reconquistaram um pequeno pedaço que corresponde a algo em torno da vigésima parte do todo.¹¹

Em relação aos direitos culturais, é fácil observar que até 1926 a questão indígena ficou ligada à Igreja e à ação missionária e, portanto, não havia dúvida quanto ao objeto da ação do Estado: assimilá-los para a religião e cultura oficiais. O decreto 5.484, de 27 de junho de 1926, retirou o caráter religioso e mis-

¹⁰ LADEIRA, Maria Inês. Espaço geográfico Guarany-Mbya: significado, constituição e uso. Maringá: EDUEM; São Paulo: Edusp. 2008.

¹¹ Tramita junto ao Supremo Tribunal Federal ação declaratória que deve reconhecer a legitimidade daquela terra indígena. A ação já tem quase 20 anos e há cerca de 10 está pronta para ser julgada pelos Ministros do STF, em Brasília.

sionário do trabalho com as populações indígenas, embora não tenha havido qualquer proibição de qualquer igreja atuar livremente. A concepção unicista da cultura brasileira ficou mantida, e o objetivo da ação do Estado continuou sendo a integração dos povos na sociedade nacional para que se deixasse de ser povo e adquirisse a individualidade cidadã.

Até 1973 a lei brasileira considerava apenas o índio individualmente. A Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio- introduziu o conceito de comunidade indígena ou grupo tribal dizendo que “é um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados” (art. 3º, II). Ao introduzir o conceito, a lei lhe assegurou direitos.

De qualquer forma a palavra povo não está inserida na legislação, mas lentamente a doutrina começa a admitir como o termo tecnicamente mais adequado. A lei, porém, prefere chamá-los de grupos tribais ou comunidades, muitas vezes usando como sinonímia. As comunidades indígenas, assim chamadas pela lei 6.001/73, passaram a ter titularidade de direitos de propriedade de bens móveis e imóveis. A própria lei estabelece que as comunidades são titulares dos direitos sobre o patrimônio indígena (art. 40), composto de vários bens e direitos. Além disso, o Estatuto atribui legitimidade aos grupos tribais ou comunidades indígenas para estarem em juízo na defesa de seus direitos (art. 37).

Quem visita uma aldeia yanomami ou conhece a história de liderança de Kroukenoum em Mãe Maria¹², hesitaria em alegar qualquer norma do direito brasileiro se tivesse seus direitos ali violados. O que rege essas comunidades é a ordem interna, é o direito que aquele povo escolheu, respeita e pratica. Se houver conflito decidirá a autoridade política, o pajé ou o conselho de anciãos.

É claro que a certeza de que as leis nacionais não se aplicarão pode ser abalada se o visitante estiver na aldeia da ilha da Cotinga, praticamente periferia pobre do Paranaguá. Porém é incontestável que os povos indígenas do Brasil mantêm uma jurisdição própria, como sistema de julgamento e decisão segundo regras conhecidas e respeitadas pelo grupo.

A lei brasileira não o reconhece porém, esta é uma verdade esquecida, omitida, indesejada. O Estatuto do Índio diz que deveriam ser respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos e negócios realizados entre índios, “salvo se optarem pela aplicação do direito comum” (artigo 6º). Mas não há resposta sobre quem aplica esta norma subsidiária,

¹² Kroukenoum é a autoridade política e espiritual do povo Gavião, os parkategê do sul do Pará. Mãe Maria é a terra indígena que ocupam às margens do rio Tocantins.

será o juiz federal da sessão correspondente, ou o simples pedido para que um juiz “comum” julgue é o bastante para reconhecer a opção que afaste a norma subsidiária?

Este artigo 6º parece estar possuído de uma inafastável vocação ao desuso. As relações de família, a ordem de sucessão, o regime de propriedade e os negócios jurídicos conformam um direito próprio que, ou existe, respeitado ou clandestino e o povo por ele se rege, ou não existe e não haverá lei que o faça subsistir.

O Estatuto do Índio faz a ressalva da possibilidade de aplicação de sanções penais, que poderão ser feitas (toleradas, diz a lei) pelas autoridades indígenas, desde que não se revistam de caráter cruel ou infamante (artigo 57). Este dispositivo é um convite à reflexão, com vários objetos. O que significa juridicamente tolerada? A que princípios responde a separação civil e penal? O que são penas de caráter cruel ou infamante?

A resposta a estas questões surge clara e cristalina como a água do riacho que corre nos bosques de nossa imaginação. Este dispositivo revela uma carga de intolerância e auto-referência cultural sem limites.

A aparentemente sofisticada separação entre civil e penal como ramos do direito somente tem sentido numa sociedade que divide o público do privado, que se erige sobre pilares do individualismo e contratualismo. Uma organização social que não acumula excedentes nem se divide em público e privado porque todos os lugares são praça e jardim, não pode ter esta divisão. A violação da norma pública ou a inadimplência contratual tem o mesmo peso de repugnância para uma sociedade coletiva e haverá de diferir de povo para povo em grau e intensidade.

Na mesma linha do enfoque cultural se deve perguntar o que quer dizer penas cruéis e infamantes? Pode haver maior crueldade e infâmia do que destruir os sítios onde vivem os espíritos dos antepassados? E é o que se fez na construção da represa de Tucuruí e se faz com a extração clandestina de ouro e casseterita nas montanhas yanomami. Os espanhóis relataram a infâmia e crueldade dos povos da América Central e México porque faziam, na época, sacrifícios humanos a seus deuses. Esqueciam eles mesmos que em suas “civilizadas” cidades queimavam-se pessoas vivas por discordar da fé. Quem seria cruel, o que sacrificava o inimigo por respeito a seu deus, ou quem escolhia o melhor de seus filhos para oferecê-lo? Nenhuma pessoa sensata, hoje, responderia diferente: ambos. E tampouco nenhuma pessoa culta condenaria *a priori* a sociedade espanhola e a asteca naquele momento histórico porque cometiam o que nos parece hoje grosseira infâmia. Estas reflexões nos levam a sentir que o diálogo entre culturas tem que estar recoberto pela aceitação e respeito.

Mais ainda, o Estatuto utiliza o verbo tolerar, significando que ainda que indesejável, é suportável. Na verdade e por mais contraditório que pareça, é o verbo da intolerância.

A novidade brasileira do século XX está nas Constituições. Todas (1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) trouxeram referências aos índios, sempre os chamando de silvícolas. Com exceção da de 1937, as outras definem a competência da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Todas garantem aos indígenas a posse das terras onde se acharem “permanentemente localizados”, em geral acrescentando que a garantia se dará com a condição de não a transferirem. As Constituições de 1967 e 1969, para deixar ainda mais claro o caráter de provisoriedade deste direito, o inclui nas disposições transitórias. A forma como se dá a garantia às terras, os dispositivos que atribuem competência para legislar sobre o processo de assimilação e as leis regulamentadoras deixam claro que o ideário assimilacionista do século XIX está presente até o advento da Constituição de 1988: os índios deviam deixar de ser índios!

Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do século XX, é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, inclusão ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 ficou estabelecida uma nova relação do Estado Nacional com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos que assim o desejar na vida nacional ficou mantida em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatorial: *“puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy”*. Está rompida a provisoriedade que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato¹³.

5. Os índios na Constituição brasileira de 1988

A Constituição brasileira de 1988 foi a primeira na América Latina a admitir que os povos indígenas têm direito a ser grupo diferenciado na sociedade nacional, estabelecendo com muita propriedade e talento os seus direitos sociais e territoriais. Com isso admite a existência de um país multicultural e pluriétnico, embora esta amplitude reconhece apenas os povos indígenas, deixando todos os outros, quilombolas, ciganos, ribeirinhos, extrativistas em geral, fora do direito à diversidade.

¹³ Ver a propósito meu livro *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba : Juruá. 1998.

Reconhecer uma organização social diferente daquela estruturada na própria Constituição e daquelas que as leis infraconstitucionais chamam de sociedades (empresariais, comerciais, civis ou cooperativas) não é matéria simples nem de pouco alcance. Até 1988 as organizações sociais reconhecidas e protegidas pelo sistema jurídico eram somente as cobertas pelo manto da personalidade individual. É verdade que o aprofundamento da ordem democrática já havia reconhecido os partidos políticos e os sindicatos como instâncias de representação intermediária, entretanto, os partidos e os sindicatos, por mais liberdade que possam ter, estão subordinados a uma ordem legal que lhes é externa e que define suas competências, instâncias e limites. A organização social indígena está muito longe disso, porque o que está reconhecido é o seu direito de manter sua ordem legal interna.

A Constituição de 1988 reconhece como legítima uma ordem que desconhece, já que fundada nos chamados usos, costumes e tradições. Esta ordem pode ser descrita por um cientista, sociólogo ou antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. Isto é, a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latino-americanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado.

Ao reconhecer a organização social dos povos indígenas fora do paradigma da modernidade, a Constituição não criou uma categoria genérica, quer dizer, não se trata de uma organização social de todos os índios no Brasil, mas cada povo que mantenha sua organização social é, como tal, reconhecido. Os dados demográficos sobre populações indígenas no Brasil não são precisos, mas a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), o ISA (Instituto Socioambiental) e o CIMI (Conselho Indigenista Missionário) consideram números próximos 220 povos, 180 línguas e uma população entre 350 e 600 mil pessoas¹⁴. Já o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) recenseou no ano de 2000 cerca de um milhão de pessoas indígenas. Esta diferença corre por conta de o recenseamento ser feito por declaração e abranger índios não aldeados ou moradores individuais das cidades. Ainda há no Brasil algo em torno de 3 a 5 mil índios chamados isolados, isto é, sem qualquer contato e sobre os quais apenas se sente ou intui a existência, não se sabendo que língua falam ou a que cultura pertencem. Isto significa que o dispositivo constitucional reconhece cada uma dessas sociedades e o direito subjetivo coletivo de cada grupo de reivindicá-la.

¹⁴ O ISA em sua publicação Povos Indígenas no Brasil, referente aos anos de 2000-2005, afirma serem 225 povos, em 580 áreas, com algo em torno de 180 milhões de ha. E uma população de 600 mil índios. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, Povos indígenas no Brasil: 2000-2005. São Paulo: ISA. 2006. 879p.

Para completar o reconhecimento da organização social, a Constituição não poderia deixar de igualmente reconhecer os costumes, línguas, crenças e tradições. Estes quatro itens compõem o que se chama cultura, desde que se entenda costumes e tradições não só as normas de convívio, relações matrimoniais, sistema punitivo interno, hierarquia e divisões, inclusive clânicas, como também a gastronomia e a arte. Os direitos culturais indígenas acabam por ter várias conseqüências jurídicas apontadas ou reguladas diretamente pela Constituição. Por um lado são direitos de cada povo indígena o uso da cultura e sua proteção; as línguas indígenas estão referidas no artigo 210, § 2º ao garantir o aprendizado na língua materna e por meio de processos próprios. Por outro lado é direito de todos os brasileiros a profunda diversidade cultural existente, nela compreendendo as culturas indígenas, conforme está expresso no artigo 215 e referido no 216. Daí que o dever do Estado é preservar esta multiplicidade de culturas não só por ser um direito dos índios e de cada comunidade, mas um direito de todos.

O reconhecimento da organização social, costumes, línguas e tradições significa um conjunto de direitos ligados à organização social, como a solução de conflitos internos, a gestão das coisas indígenas, e tudo aquilo que está na essência das organizações sociais, que é prover as necessidades materiais e imateriais de seus membros. Embora a Constituição chame de crença, o que está protegido juridicamente é a religião de cada povo indígena, em toda a sua complexidade e ritualística. O direito ao exercício da religião própria algumas vezes pode se chocar com a cultura dominante e até mesmo com a norma jurídica estatal. Em casos que assim ocorra, é imperioso entender este preceito constitucional como um elogio à liberdade religiosa e, portanto, inibidora de qualquer sanção legal à conduta tradicional. Fazem parte destes direitos a preservação e o uso da cultura, inclusive dos chamados conhecimentos tradicionais e os inerentes a auto-gestão de seus territórios.

O reconhecimento da organização social e cultural dos povos indígenas é o centro da mudança de paradigmas estabelecida pela Constituição de 1988, porque o que está disposto contraria a ordem anterior que tinha um caráter provisório, até que houvesse a integração na comunhão nacional. Este dispositivo não trata de integração, nem a restringindo, nem a compelindo, o que significa que as organizações sociais indígenas podem e até devem, para preservar a cultura, manter-se vigente para as presentes e futuras gerações. Entretanto, está claro que o processo de desenvolvimento, e os caminhos para o futuro, são assuntos internos de cada povo, e dizem respeito a seu direito à organização social própria.

Por outro lado, se é verdade que os dispositivos constitucionais anteriores a 1988 atribuíam às terras indígenas um indisfarçável conteúdo provisório, é verdade também que definiam claramente a destinação ou afetação dessas terras. Enquanto fossem terras indígenas estariam afetadas à posse permanente

e usufruto exclusivo das populações ocupantes. Constitucional ou infra-constitucionalmente definidas como públicas federais, a posse, desde 1934, estava afeta à população que a ocupasse. A Constituição de 1988, no § 2º do artigo 231, dá a mesma destinação constitucional anterior, aprimorando-o, justamente porque agora não tem caráter não provisório.

A Constituição de 1988 repete os termos posse permanente e usufruto exclusivo. Por isso, é necessário verificar o que significa posse indígena, estando claro que não se confunde com a posse civil do receituário privado, porque esta é individual e material, enquanto a indígena é coletiva e exercida segundo usos, costumes e tradições do povo, no dizer da Lei de 1973 (Estatuto do Índio¹⁵): “*art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.*” Na expressão de 1973 ainda se caracterizava como individual, em 1988 há que considerá-la coletiva e aproximá-la da ocupação, isto é, observado qualquer dos quatro requisitos de ocupação do § 1º, há posse indígena. Por isso sua característica de permanente, mesmo quando parte dela adormece para reproduzir-se ecologicamente, segundo os usos, costumes e tradições. Esta é a razão também da expressão usufruto exclusivo. Por usufruto exclusivo não se pode entender a restrição a ato de troca, venda ou doação de frutos e produtos das riquezas da área, mas ao contrário, trata-se do direito da comunidade não usar determinada área seja para regeneração, seja por motivos sagrados ou outro qualquer. Isto quer dizer que o que se faz ou não se faz com área é assunto da comunidade, que exclusivamente, deliberará. As riquezas exploráveis e comercializáveis do solo, dos rios e dos lagos poderão ser utilizadas pelos índios em parceria ou para terceiros não-índios, sempre com a supervisão do Estado brasileiro que tem obrigação de preservar não só a cultura, como os bens indígenas.

Esta questão resulta mais clara quando se analisa o § 3º deste artigo que trata da exploração dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. Nestes casos, nos quais os índios não podem fazer com seus próprios recursos e esforços, é necessário uma autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, que devem participar do resultado da lavra. Há que se ponderar que esta autorização somente é possível quando não viola o caput do artigo nem os demais parágrafos. Não é possível, e seria inconstitucional, uma lei regulamentar a possibilidade de violar os direitos sobre as terras ou sobre a posse permanente, ou sobre o usufruto exclusivo, ou, o que quiçá seja ainda mais grave, a organização social e cultural indígena. Portanto, o limite da exploração hídrica ou minerária é a preservação dos direitos indígenas, à terra, à sociedade e à cultura.

¹⁵ Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Esta tutela devida pelo Estado e que se equipara em teor jurídico à estabelecida ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente (art. 225), substitui a antiga tutela estabelecida no Estatuto do Índio, que tinha um caráter civil e orfanológico. Esta é uma tutela de caráter público que assim como tem que perenizar o meio ambiente e o patrimônio cultural, deve perenizar a organização social, a cultura e as terras indígenas. Além disso tem um cunho coletivo, exatamente porque nomeia como sujeito do direito uma coletividade, seja difusa ou indeterminada, ou claramente determinada, como no caso indígena.

Exatamente por isso estas terras são inalienáveis e indisponíveis além de os direitos sobre elas serem imprescritíveis, no exato termo do § 4º. Este dispositivo reforça o direito de não uso que tem os indígenas a suas terras.

Esta tutela coletiva cria muitas vezes contradições entre si, como é o caso recorrente das terras indígenas sobrepostas às unidades de conservação, especialmente aos parques nacionais. Nos parques nacionais há uma forte restrição à presença humana e reiteradas vezes populações indígenas os usam ou reivindicam seu uso como terra tradicional. Ambas tutelas são constitucionalmente garantidas uma no artigo 225, § 1º, III e outra neste 231 e §§. Ocorre que o direito garantido aos índios é, por ser originário, anterior a qualquer ato legislativo ao administrativo, devendo, então, ser garantido este em oposição à preservação ambiental. Entretanto, como a preservação do ambiente não é incompatível com o uso indígena, a tutela de ambos é possível desde o Estado dê condições materiais a que os índios não necessitem viver fora de seus usos, costumes e tradições ou crie unidade de conservação compatível com a vida indígena. A criação de Parque Nacional, com as características que hoje a lei lhe dá¹⁶, em área indígena não é possível, sendo nulo o ato que o cria.

A vedação do § 7º diz respeito ao uso de terras indígenas por garimpeiros, o que tem sido um real problema. O disposto no artigo 174, §§ 3º e 4º é um incentivo à atividade garimpeira que deve não só ser desestimulada como proibida em terra indígena, por isso a sua não aplicação.

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 à sociodiversidade, que é o direito de todos à existência e manutenção dos diversos povos e suas culturas. Este direito se revela como uma obrigação, porque obriga cada povo e cada Estado ao respeito pelo outro, ganhando instâncias internacionais, mas também presente nas constituições nacionais, cada vez mais explícitas, como as constituições latino-americanas. Este é um direito à alteridade e tem estreita relação com o direito à biodiversidade, não só porque as culturas dependem do ambiente, mas em razão dos conhecimentos tradicionais, inerentes à diversidade social.

¹⁶ Lei 9.985/2000.

Entretanto, há um outro direito, também coletivo, que é o direito que tem como sujeito os próprios povos a sua existência, que não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. 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, impenhoráveis e intransferíveis.

Estes direitos, no sistema da Constituição brasileira de 1988, se explicitam em três dimensões: os territoriais, os de organização social e os de cultura, intimamente vinculados, de tal sorte que, em geral, a violação a uma das dimensões viola as outras.

Isto explica a quase rudeza dos §§ 5º e 6º do artigo 231¹⁷. O primeiro referente à remoção dos grupos indígenas, o segundo ao uso das terras e às riquezas existentes no território.

O disposto no § 5º, que veda a remoção de grupos indígenas, tem um precedente legal no Estatuto do Índio, mas o modifica na raiz. Não se pode esquecer que no regime do Estatuto, 1973, a indianidade era provisória, daí que o que estava estabelecido eram os critérios de remoção e intervenção, não sua vedação. No § 5º, a possibilidade de remoção é tratada em duas hipóteses, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população, ou no interesse da soberania do país. No primeiro caso, o que está sendo garantido, além dos direitos individuais de cada um, os direitos coletivos da humanidade em manter viva uma cultura e um povo e também o direito do próprio povo de manter sua existência, a despeito de eventuais danos momentâneos. O segundo caso, a Constituição está valorando a soberania nacional acima dos direitos referidos, mesmo porque ao perder a soberania, deixará de proteger estes mesmos direitos. É claro que a ameaça da soberania, aqui deve ser real e concreta, deve ser uma ameaça de invasão, guerra ou ataque de outra potência. Esta situação faz sentido se lembrarmos que há uma grande quantidade de povos indígenas cujas terras se situam ao longo das fronteiras do Brasil com seus vizinhos e, em alguns casos, o povo indígena convive na fronteira sendo parte habitante de

¹⁷ § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

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

um país e parte de outro. Há casos, ainda, em que o povo não sabe da existência da fronteira e tratam igualmente os dois Estados Nacionais. Portanto são estas situações que estão tratadas. Sempre dependendo do *referendum* do Congresso Nacional. Isto quer dizer, para que haja a remoção, o Poder Público tem o dever de motivar o seu ato com uma das duas razões excepcionais estabelecido na Constituição, demonstrando a atualidade, possibilidade e realidade da ameaça.

Não é muito diferente a situação do § 6º, que tem a mesma raiz jurídica, a proteção dos direitos coletivos múltiplos. Todo ato que tenha por objeto a ocupação, domínio ou posse das terras indígenas ou a exploração de suas riquezas naturais, são nulos, extintos e não produzem efeitos. Tudo o que viole os direitos originários sobre a terra, a posse permanente ou o usufruto exclusivo é tido por inexistente. Este dispositivo já vinha consignado nas constituições de 1967 e 1969. O que se extingue, em realidade são os efeitos jurídicos para além da declaração de nulidade. É como se o ato nunca tivesse existido. Embora pareça redundante o dispositivo, trata-se de uma cuidadosa exceção ao sistema jurídico, porque além de declarar nulo, extinto o ato e seus efeitos jurídicos, acrescenta que dessa nulidade e extinção não gera direitos à indenização, salvo benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. O cuidado era necessário tendo em vista a profundidade da nulidade que elide até mesmo indenizações ou ações contra a União. Exatamente por isso, este dispositivo não necessita comentários e vem sendo aplicado na prática.

Já a ressalva introduzida no mesmo § 6º em relação à exploração das riquezas, ou da posse permanente e do usufruto exclusivo necessita um aprofundamento mais acurado. É que, depois de declarar a nulidade, extinção e inexistência de efeitos jurídicos de forma tão categórica, o dispositivo ressalva a possibilidade de validade do ato quando houver relevante interesse público, segundo lei complementar. A exceção ainda não se aplica porque não há lei complementar promulgada. Entretanto, a discussão se faz em torno de quê relevante interesse poderia ressaltar a nulidade expressa.

Há duas questões que devem ser analisadas acerca do relevante interesse público estabelecido no § 6º: 1) o objeto dos atos ressalvados; 2) o conteúdo do interesse público. Parece claro que não se tratou de ressaltar os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, porque estes atos implicariam em remoção e a remoção está tratada no parágrafo anterior, portanto a nulidade, extinção e ineficácia jurídica dos atos cujo objeto seja a terra, têm caráter absoluto, ressalvado o disposto no § 5º. O objeto da ressalva, portanto, recaí apenas na exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. Note-se que tampouco trata este parágrafo da exploração dos minérios, do subsolo e dos recursos hídricos em si, tratados no § 3º. Portanto, a discussão se limita a atos que possam in-

terferir no usufruto exclusivo tratado no § 2°. Dentro deste limite, a segunda questão de análise se refere ao conteúdo do interesse público, que deve ter tal relevância que justifique a exceção. A palavra relevante não está adicionada ao texto senão para dar ênfase ao caráter de inadiável e insubstituível do ato. Isto é, o ato tem que ser no interesse direto da União, não de um Estado ou de empreendimentos particulares; tem que ser urgente e inadiável para que não pereça o interesse público, isto quer dizer o juízo de oportunidade da prática do ato lesivo não deve deixar opções para quem o pratica; além disso, o outro bem, protegido pelo interesse público para o qual se praticará o ato, tem que ter pelo menos igual proteção constitucional que o usufruto exclusivo; finalmente deve estar comprovado que o interesse público ao qual o ato atenderia pereceria se não fosse praticado naquele lugar, a terra indígena. É muito difícil imaginar uma situação em que estes quatro elementos se combinem, interesse direto da União, caráter inadiável de sua prática, proteção constitucional da exploração e exclusividade de lugar. A Constituição de 1988 dispõe sobre um bem de igual relevância, o equilíbrio ambiental (art. 225) e talvez a estes se possa junta a solução de conflitos sociais, a proteção destes dois bens poderia justificar a res-salva, desde que os três outros elementos estivessem presentes. Por esta dificuldade, até hoje, quase vinte anos depois da promulgação da norma, o dispositivo não foi regulamentado por lei complementar e tampouco tem feito falta, o que demonstra que a situação fática pensada na norma ainda não se concretizou.

6. Conclusão

Sendo assim, os usos, costumes e tradições indígenas são reconhecidos como verdadeiros direitos não só no Brasil, mas em toda América Latina. A sociedade e os Estados do continente, que se constituíram na tão profunda diversidade social, sempre omitida da história oficial, mas viva na realidade das comunidades, estão se organizando na tolerância e no sonho dos constituintes de 1988 de que cada povo construa, em paz, o seu futuro, sabendo que o Estado tem por missão e finalidade a sua proteção.

Os dois direitos amesquinçados da modernidade, liberdade e igualdade, encontram brilho e razão de ser, quando se garante aos que não optaram pela lógica do lucro e do contrato uma vida segundo a sua escolha. Algumas vezes estas escolhas parecem, aos olhos das civilizações urbanas, estranhas, exóticas, inadequadas, mas basta nos despirmos dos preconceitos e olhar a história conhecida do mundo para saber que os povos nem sempre escolhem o caminho certo, mas sempre que outro povo quis lhe dar o caminho do bem o encontro acabou em guerra de extermínio, em massacre ou escravidão.

Em nome da liberdade e da igualdade, proclamadas há quinhentos anos, é momento da civilização aprender a conjugar o verbo tolerar coerente com o substantivo tolerância e, praticando a humildade própria de quem respeita a liberdade alheia e de quem se considera igual aos outros sem se importar com as condições, não impor uma forma de vida e um conjunto de princípios que, por serem éticos, dizem respeito a um tempo e uma sociedade dada. Como na natureza convivem as diferentes espécies, é justo exigir que entre os racionais não só seja possível a convivência de diferenças, mas, justamente por haver diferenças, se amplie a idéia e a prática da solidariedade.

Curitiba, agosto de 2008

Antropologia ou direito?

Crítica a autosuficiência do direito

Introdução. Os estados nacionais e os povos indígenas. A autosuficiência do direito. A autosuficiência do direito e as outras ciências. O direito e os direitos coletivos. Os direitos coletivos e a antropologia. Conclusão.

Resumo

Analisa a relação difícil dos povos indígenas e o direito na América Latina e a necessidade de haver uma profunda interlocução do direito com a antropologia, especialmente agora, a partir do final do séc. XX, quando os Estados latinoamericanos passaram a aceitar os povos indígenas como sujeitos de direitos coletivos.

¿ANTROPOLOGÍA O DERECHO?: Crítica a la auto-suficiencia del derecho.

Resumen

Hace un análisis de la difícil relación entre los pueblos indígenas y el derecho em América Latina y la necesidad de un profundo diálogo entre el derecho y la antropología. Muy especialmente desde los finales del siglo XX, cuando los estados nacionales latinoamericanos empezaran a aceptar los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos.

Introdução

“A lei é uma invenção, se a lei não reconhece o direitos dos índios, os brancos que inventem outra lei” disse Paiaré, incontestável liderança da resistência do povo Gavião da Montanha contra a construção da hidroelétrica de Tucuruí.¹

Que jurista, por mais ortodoxo e dogmático que seja, pode contestar esta afirmação vinda de uma pessoa que vê o sistema jurídico brasileiro como a lei do outro? Que antropólogo pode negá-la sabendo que, realmente, a lei moderna é um acordo criado num pequeno centro de poder, portanto uma invenção?

É claro que a afirmação pode ser interpretada, reinterpretada, desconstruída e desqualificada, mas sempre fica a irrespondível e dura verdade da criação dos Estados Nacionais latinoamericanos, e suas leis, sem qualquer consulta, pergunta ou acordo com as centenas de povos do continente. Os povos que não pediram para ser súditos da lei inventada. Se fossem consultados talvez não quisessessem ou nem mesmo compreendessem a razão de ser de um Estado Nacional concebido e arranjado para outra forma de vida e produção. A dura realidade é, também, que os Estados Nacionais sempre imaginaram que sua Lei é muito mais do que uma invenção, chegando às raias de uma ciência ou arte que interpreta o justo universal e engloba a ética humana, não sendo necessário, por isso, perguntar aos outros se querem ou gostam de sua aplicação. D. João VI, rei de Portugal, acreditava que um dia os índios haveriam de entender o quão era bom viver como súditos das justas, humanas e doces lei do seu reino². Paiaré não pertence ao reino e consegue compreender a natureza da Lei e sabe que, com a clareza de quem olha as coisas como elas são, que ela é fruto de criação, cuja legitimidade só pode existir na lógica de quem a aceitou por nascença ou opção.

Paiaré e os Gavião da Montanha não são exceções na América latina. Ao contrário, embora densa e diversa a população da Amazônia brasileira, seguramente não é a região de maior conflito, nem de maiores dificuldades de relacionamento entre os povos indígenas e os respectivos Estados Nacionais. A condição de sucesso na implantação dos Estados Nacionais latinoamericanos têm sido exatamente a devastação de sua natureza e integração como trabalhadores assalariados de seus povos. Tudo,

¹ Ver “O renascer dos povos indígenas para o Direito”.

² Carta Régia de 5 de novembro de 1808, assinada pelo Príncipe D. João VI que determina que faça a guerra aos índios botocudos do Paraná, já que foi impossível trazê-los à civilização para “gozarem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce, debaixo das justas e humanas leis que regem os meus povos”.

evidentemente, passando pela cristianização de seus costumes e a submissão de suas condutas às chamadas normas legais e estados de direito. Assim, quanto maior o sucesso da implantação do Estado moderno, do capitalismo, tanto maior o conflito, até chegar a aniquilação, que, afinal, como dizia o rei português, é o estado de paz.

Nessa medida, fica quase impossível estudar ou conviver com os povos indígenas na América Latina sem relacioná-los com os Estados Nacionais que exercem soberania sobre os territórios que lhes coube viver. Também é quase impossível conhecer e estudar os direitos nacionais latinoamericanos sem tratar da questão indígena, porque seria sempre um estudo parcial. Esta é uma característica marcante dos sistemas jurídicos da América Latina que há muito tempo mantém um velado conflito com os povos originários do continente e que no final do século XX têm buscado incluir seus direitos coletivos como excepcionais e de difícil aplicação, mas obviamente existentes.

Assim, a Antropologia e o Direito, na América Latina, tiveram que andar de mãos dadas, entendendo-se mutuamente para colmatar as lacunas que a realidade historicamente insiste em abrir nas duas ciências, artes ou estudos. Não apenas na academia e nos estudos de natureza teórica, mas na prática do dia a dia, seja dos tribunais, seja do cotidiano das populações indígenas, o antropólogo e o advogado se vem obrigados a trabalhar juntos, aquele entendendo ou buscando entender a lógica individualista e contratualista do direito, este se vendo na contingência de se despir desta lógica para entender que nem sempre direito e obrigação se equivalem como exige teoricamente o contrato. Talvez seja mais difícil para o advogado ou juiz ter essa compreensão, exatamente porque aprendeu em sua “ciência” que a realidade deve se adequar às leis legitimamente elaboradas dentro do Estado de Direito. Ao antropólogo talvez seja mais fácil, acostumado com a diversidade cultural, é capaz de entender o caráter da lei e compreender que suas mutações não são fruto de um decantado aprimoramento do sistema, mas de uma nem sempre surda luta de interesses, de uma correlação de forças dentro da sociedade chamada envolvente, moderna e capitalista.

Dentro desta idéia, o presente trabalho não pretende encerrar uma análise teórica da Antropologia Jurídica, mas uma análise concreta da realidade latinoamericana, sua multiculturalidade em confronto com os sistemas jurídicos nacionais que, embora sejam próprios de cada país, tem uma única fonte e lógica: a racionalidade moderna.

Os Estados Nacionais e os povos

Os Estados Nacionais latinoamericanos foram criados, constituídos é mais correto dizer, à imagem e semelhança dos europeus. Os libertadores do continente tinham como ideário o pensamento de Napoleão Bonaparte: conquistar, libertar e impor leis civis. Liberdade, igualdade e fraternidade traduzidas para as constituições nacionais como liberdade, igualdade, propriedade e segurança, foram as palavras chaves das nações nascentes. Uma depois de outra foram sendo escritas as constituições, muito parecidas entre si, precedidas de acerto de contas das elites, de divisões territoriais inimagináveis e arbitrarias, obedecendo somente os interesses e os poderes de grupos e de capitais. Todas esqueceram seus povos, seus índios! A maior parte não conseguiu sequer libertar os escravos, criando uma lacuna ou omissão jurídica tão grande que nela cabia a base principal da produção nacional.

A interpretação das duas palavras fortes do ideário, liberdade e igualdade, se enfrentou com uma realidade muito diferente na América indígena. A produção que correspondia aos estados nascentes tinha como base o trabalho escravo e, como consequência, a liberdade foi traduzida como liberdade do Estado, isto é, a liberdade dos nascentes estados latinoamericanos frente ao colonialismo europeu. Os mais autenticamente liberais lutaram contra a escravidão, mas compreendiam a liberdade simplesmente como o expurgo do trabalho não contratado, do trabalho escravo. Quer dizer, em grande medida, os novos estados latinoamericanos compreenderam com mais precisão o duplo significado capitalista desta liberdade: a liberdade contratual e a soberania do Estado. O duplo significado da liberdade implica na exclusão de grupos e povos. O Estado soberano deve ter apenas um povo, que são todos os indivíduos livres para contratar. Complementando esta idéia, o conceito de igualdade retira qualquer vínculo grupal dos indivíduos, para tornar cada um igual enquanto pessoa. Estes dois conceitos juntos formam um todo coerente e dramático para a realidade americana: os escravos, africanos ou indígenas, deveriam ser transformados em trabalhadores livres, despossuídos, prontos para, enquanto indivíduos, contratar com seus patrões. Para isso deveriam ser iguais entre si, desconsideradas todas as idiosincrasias coletivas, culturais, hierárquicas do povo a que originalmente pertencessem. A organização, língua, religião, direito de cada povo estaria destinado ao ralo da história. É claro que tudo isto deveria ser facilmente substituído pela organização social, língua, religião e direito do estado moderno recém constituído.

Diferente da Europa, a constituição do estado moderno capitalista na América Latina encontrou uma sociedade extremamente diversificada não por classes sociais, mas povos diferenciados com graus de contato e de relação

muito variados. Isto fez com que o direito que nasceu a partir daí atendesse somente parcela relativamente pequena da sociedade, aqueles integrados nos negócios dos novos países e herdeiros do poder colonial. Os juristas, por sua vez, ao interpretar e teorizarem o direito criado, com interpretações e teorias também importadas da Europa, não perceberam a profunda e radical diferença dos povos locais e imaginaram um direito cuja meta mais generosa haveria de ser integrar as pessoas indígenas como trabalhadores contratados, livres e, de preferência, cristãos. E aos escravos o só direito de receber um salário ao final do mês se conseguissem continuar trabalhando e se “valessem” a remuneração por receber.

Há exceções, é bem verdade. Em alguns lugares e países houve quase o extermínio da população indígena, como Cuba e Uruguai. Em outros, juristas mais sensíveis perceberam as diferenças e propuseram direitos diferenciados. Mesmos os excepcionais juristas que entenderam as diferenças sociais e, em consequência, reclamaram por normas legais que as atendessem, tiveram em mente que a situação indígena seria provisória e tão logo pudessem compreender a harmonia do sistema jurídico e estatal, o chamado Estado Social de Direito, deixariam de ser índios, isto é, deixariam de ter uma nacionalidade, etnia, grupo ou tribo, para viver como indivíduo, pessoa, cidadão, súdito livre do Estado Nacional. De tão raras, as exceções apenas confirmam a regra geral³.

A política oficial historicamente foi no sentido de tratar os índios como trabalhadores. Triste ironia, equiparados aos trabalhadores estrangeiros. Não por outra razão a Organização Internacional do Trabalho, OIT, aprovou uma resolução em 1957, a Convenção de número 107, “concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi-tribais de países independentes”. A lógica desta Convenção é a integração pelo trabalho, quer dizer, regulamentava uma política e legislação de exceção enquanto permanecessem as diferenças culturais, o que a convenção chamava de estado de segregação. As normas legais e as políticas, porém, deveriam ser de tal ordem que não prolongassem o chamado “estado de segregação”. Era uma política de bondosa eliminação de povos. É claro que se tivesse sido totalmente bem sucedida esta política de assimilação a antropologia estaria condenada a estudar somente culturas mortas.

A convenção 107 foi substituída pela 169, em 1989. Fruto de um novo pensamento sobre os povos indígenas, especialmente nas Américas, e do nascimento de muitos estados nacionais africanos saídos do colonialismo, a nova convenção adota “novas normas internacionais nesse assunto a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores”.

³ No Brasil se pode citar um dos maiores nomes do direito nacional, Clóvis Bevilacqua.

Não foram somente as normas internacionais que sofreram mudanças, também as leis nacionais e suas constituições passaram a reconhecer o direito dos povos a continuar a ser povos, independentemente do grau, vontade ou perspectiva de integração na chamada "comunhão nacional". De fato, na América Latina o final dos anos 80 e durante todo os 90 muitos países reescreveram suas constituições reconhecendo-se como estados pluri-étnicos e multiculturais. Ao mesmo tempo que isto acontecia, havia um reclamo por leis que protegessem a natureza e a incluísse no sistema jurídico como objeto ou sujeito de direitos. Este duplo movimento seria uma quebra de paradigma, já que o direito criado e constituído a partir do século XIX era individualista, fundado no contrato e nos direitos de um sujeito individual, principalmente no direito de propriedade. Por outro lado, o objeto deste direito haveria de ser uma coisa transformada pelo trabalho humano, útil e com valor econômico capaz de ser patrimonializado como propriedade de uma pessoa; a natureza como tal, estaria fora. A inclusão dos índios e da natureza haveria de romper com este individualismo porque os povos passaram a ser sujeitos de direito e a natureza, não objeto de propriedade, passou a ser tutelada juridicamente.

Embora isto não tenha quebrado o direito individual, o contrato e a propriedade privada, mantendo, portanto, o capitalismo, introduziu uma vasta possibilidade de modificações e mutações na teoria e na prática do direito. É verdade que estas mutações, especialmente as práticas, ainda não estão revestidas de eficácia quando confrontadas com os direitos individuais mais duros do sistema, como a propriedade privada e a manutenção do patrimônio individual. O direito, porém, foi e está sendo reinventado, atendendo o profético pedido de Paiaré.

A autosuficiência do Direito

Porém, é evidente que este duplo movimento não é neutro para o sistema. Há mudanças! Talvez a mais importante seja o fato de que a decantada independência do Direito tenha sido posto em xeque. No século XIX se dizia que as partes dariam os fatos e o juiz aplicaria o direito. Os fatos sempre eram controvérsias individuais ou violações de normas penais. Podia se imaginar que todo o universo de problemas oriundo das relações sociais estivessem cobertos pela lei e, se não, competia ao juiz encontrar a solução possível, usando as fontes infra legais, jurisprudência, analogia ou costumes. Assim ditava o abrangente Código Civil dos Franceses, de 1803, e que serviu de base e lição para quantos códigos lhe sucederam: "O juiz que se recuse a julgar sob pretexto de silêncio, de obscuridade ou de insuficiência da lei, poderá se processado como

responsável por denegação de justiça”. Está claro que essa idéia remete a uma “razão pura do direito”, para cumprir sua meta e função, o Estado deveria apenas legislar e os indivíduos contratar. O juiz, o interprete, o acusador ou o defensor cumpririam sua tarefa se entendessem “o que a lei determina” em suas expressas palavras; qualquer outro valor ou princípio, como justiça, vida, amor ou simplesmente sobrevivência da espécie ou povo, eram considerados metajurídicos, fora do Direito, ausente de sua lógica, e não mais afeto à sua disciplina. O direito assim pensado com seu Estado formulador e criador era suficiente em si, bastava a seus aplicadores e intérpretes a quem se exige o bom conhecimento do vernáculo e, quiças, bom trato da gramática. Os conceitos haveriam de ser apenas jurídicos.

Os erros, neste sistema, são de pouca monta, porque o que se julga e decide são apenas relações contratuais. Pode haver cruéis injustiças, mas são sempre individuais, ora se pune um réu inocente, ora se transfere o patrimônio do justo ao desonesto. Porém, por mais cruéis injustiças cometidas, o patrimônio social e a ordem social continuam sem alterações profundas. O capitalismo nunca se propôs a ser justo, apenas seguro.

A simplicidade deste sistema foi abalada com o ingresso da natureza sem dono como objeto de direito e dos coletivos como sujeito. A relação jurídica cuidadosamente construída no século XIX para fazer do Estado apenas uma ferramenta para o cumprimento dos contratos, ficou ameaçada. Quando um povo indígena adquire direito como povo dentro do sistema, o sistema acaba por reconhecer um direito fora dele. O sistema, em geral a Constituição, lei máxima do sistema, reconhece, como tem reconhecido na América Latina, direito de organização social aos povos indígenas; com a organização social, o direito ao uso da língua, religião, costumes e terra. É claro que está neste particular afirmando a existência de um direito coletivo à cultura e à terra, este direito está delimitado entre os direitos do sistema e, portanto, se contrapõe aos direitos de propriedade, de livre negociação, de disponibilidade, etc. Esta contradição já é em si um problema para solução de eventual lide, mas além disso, quando as constituições latino-americanas e os tratados e convenções internacionais, admitem que os povos indígenas poderão ter sua própria organização social, isto é, manter ou “inventar” seus direitos internos, fica criada uma instância fora do direito, para cuja solução não basta o conhecimento técnico das leis criadas pelo Estado, é necessário um saber mais amplo.

A mesma situação se dá com o ingresso da natureza como objeto de direito. Sempre foram considerados objetos do direito os bens naturais modificados, isto é, aqueles transformados pela ação humana a ponto de serem bens patrimonialmente relevantes e, afinal, transformadas em mercadorias. Assim uma árvore seria objeto do direito enquanto bem acessório ao terreno, ou um

bem em si, como madeira ou lenha, se dele já extraído. Se não tivesse serventia, utilidade, a coisa natural não seria objeto de direito, passando a ser somente quando e se pudesse ser útil a alguém. Quando no final do século XX a norma jurídica passa a proteger a natureza, seja com o nome de meio ambiente, biodiversidade, bem natural, estabelece nessa proteção uma relação diferente, nova, sem sujeito definido, chamando-o de sujeito difuso ou coletivo, não concretizando um relação de direito individual de propriedade. Ao contrário, a norma afasta a possibilidade de aquisição individual, opõe esta tutela à propriedade privada, quer dizer, a natureza com dono ou sem dono, objeto ou não do direito de propriedade privada, passa a ser protegida por outros valores que não o desejo, vontade ou liberdade do proprietário.

Esta proteção genérica e ao mesmo tempo realizável pontualmente gera um novo conflito que ultrapassa a lide interpessoal. Para esta nova situação jurídica, que introduz no direito moderno e capitalista velhos direitos que foram por ele excluídos, como os direitos dos povos e os da natureza, são necessários novos critérios de intervenção e julgamento. O velho e novecentista poder judiciário, formado por técnicos em direito, que estudam leis e não as diversas formas de vida da natureza ou da humanidade não é suficiente porque não consegue com sua técnica limitada, normativa e, como dizia Paiaré, inventada, dar conta da solução de conflitos que não cabem nos códigos, como a vida e cultura de uma comunidade em disputa com um parque ecológico.

A autosuficiência do direito foi, assim, posta a prova. Não são mais dois direitos absolutos e individuais que se contrapõem em relação a um objeto ou obrigação. Resolver esta equação sempre foi fácil, já que são direitos excludentes, ao ser reconhecido o direito de um, necessária e peremptoriamente, está excluído o direito de outrem. Trata-se de adequar a realidade ao estabelecido na norma ou no contrato, que é norma entre partes. A possibilidade de equívoco é formal e uma gama enorme de formalidades foi criada pelo direito para mitigá-lo ou anulá-lo, como a prescrição, a preclusão, a boa-fé, as presunções de legitimidade, as formas processuais, a coisa julgada, etc. Enfim, dito o direito de um excluído está o direito de outro. Eis a autosuficiência! Nem outra ciência, religião ou crença poderá desfazer a intervenção do Estado no cumprimento desta decisão. Esta arrogante autosuficiência foi questionada com o ingresso de povos e bens fora do mercado e sem titular. A aplicação de formalidade processuais e procedimentais não resulta suficiente porque a opção pela manutenção de um direito individual concreto não exclui a existência de um direito coletivo ou de proteção da natureza. Pior. Ainda, quando ambos devem subsistir.

A autosuficiência do Direito e as outras ciências

A discussão acerca da natureza do Direito, se é uma ciência, arte ou profissão é tão antiga como inócua. A discussão interna do Direito sobre como se constrói ou verifica a legitimidade, também é antiga e inócua. Não importa saber se a legitimidade das normas está limitada a seu espaço puramente jurídico ou flui de uma razão aparentemente meta-jurídica, como a justiça, a dignidade humana, a integridade pessoal ou patrimonial dos indivíduos ou qualquer outra coisa ditada pelo sentimento, filosofia, moral ou religião. Durante praticamente toda a sua vida o Direito foi entendido como autosuficiente, independentemente da origem de sua legitimidade. Quer dizer, a legitimidade seria garantida por uma norma, regra ou princípio, anterior ou maior que fosse seu fundamento. Mas atenção, escrita a norma, com uma presunção de legitimidade intrínseca, resta a todos os indivíduos cumprirem. Do princípio fundante à regra executória, tudo é direito. As outras ciências são complementares e apenas enriquecem a norma jurídica. O direito da modernidade cabe em si mesmo: estabelece as regras, as aplica e julga a justeza de sua aplicação.

Assim, nos cursos de Direito, ainda hoje, as ciências que são ensinadas apenas explicam as normas jurídicas. A chamada medicina legal, ciência auxiliar, serve para esclarecer se houve morte causada ou suicídio, mas quem decide o homicídio, sua gravidade e pena é o juiz, cuja formação é tão somente jurídica. A história jurídica se transforma rapidamente em história das leis, a história da evolução dos institutos no tempo e o aprimorante das teses no espaço, neste raciocínio, pensar em Antropologia Jurídica é pensar apenas na análise antropológica do Direito ou, ainda melhor, na análise antropológica da lei. No Direito imbuído de uma dogmática estrita e de uma sacralização à literalidade da Lei, qualquer ciência, da gramática à antropologia, devem ser servís à interpretação do profissional do direito. Tudo isto porque interessa ao Direito o deslinde do contrato e a certeza da culpa na violação da norma.

Nesta perspectiva, como o princípio fundante é individual e protetor de coisas como bens de propriedade, qualquer estudo que não contemple a relação de pessoas e sua extensão aos bens, não interessam à velha dogmática jurídica capaz de reduzir tudo, sentimentos, conhecimentos, saberes e fazeres, crenças e temores, ao interesse patrimonial do indivíduo. Exatamente por isso a autosuficiência do direito relega todo conhecimento a um papel secundário. Na prática, o sistema jurídico apresenta esta autosuficiência de modo a considerar que ninguém é capaz de defender seu direito senão por meio de um advogado formado em “ciências jurídicas” que apresentará sua defesa também diante de um “cientista do direito”, chamado juiz. Os papéis de advogado, juiz, acusador são privativos, mesmo nos tribunais colegiados, as exceções são tão raras que

apenas confirmam a regra. Assim, o que acusa, defende ou julga, precisa eventualmente de auxiliares que são chamados “peritos”. Tecnicamente o perito não deve saber e muito menos dizer o direito, dirá apenas de sua técnica; as partes e o juiz devem analisar o chamado laudo pericial como se fossem fatos e aplicar o direito. Volta aqui com toda plenitude a máxima dos juizes do século XIX: “dá-me os fatos que lhe darei o direito”. O perito será um engenheiro, psicólogo, biólogo, agrimensor ou antropólogo, mas será sempre um técnico alheio ao direito, será um analista de fatos, enquanto o jurista se dirá o analista da justiça e harmonia da sociedade, mas apenas decidirá sobre a forma, isto é, a adequação do fato à lei.

Tudo isto foi assim, e assim tem sido, porque o direito estava concebido como um apêndice do Estado que, por seu turno, tem por função garantir os direitos individuais, ser o guardião da propriedade privada e do contrato. Toda esta organização e estrutura se assenta na concepção constitucional do século XIX, em que deveria haver um território apenas e um só povo que entrega, ou empresta, nos termos de Rousseau, a soberania à organização chamada Estado. Além desta soberania haveria apenas de existir a vontade individual soberana (livre e igual): nenhum poder que medeie o Estado e o cidadão, na clássica formulação da Revolução Francesa⁴. Aqui, a ordem jurídica nada tem a ver com as ciências senão para conhecer os fatos e aplicar a Justiça.

O Direito, autosuficiente, pode viver ao largo das ciências e das artes preocupado apenas com as relações interpessoais e a necessidade do Estado salvaguarda-las.

O Direito e os direitos coletivos

Pois bem, esta arrumada ordenação estava funcionando para dirimir os conflitos interpessoais e reafirmava cada vez mais a independência do Direito a ponto de tornar os profissionais do ramo como fiscais privilegiados da própria sociedade. Estes juristas fiscais passaram a ser ainda mais importantes nos países que criaram os Tribunais Constitucionais, formados por juizes togados bacharéis em Direito e o Ministério Público com legitimidade para propor ações civis. Com o ingresso dos direitos coletivos e os objetos difusos o sistema começou a mostrar suas lacunas, não admitidas na autosuficiência, mas claras na incapacidade de solucionar os conflitos

⁴ Ver a propósito o livro “O contrato social”, de Jean Jacques Rousseau. Ver também a chamada Lei de Le Chapelier, originada na revolução francesa, em 1791, que proibia qualquer organização social, incluindo sindicatos, em nome da livre iniciativa empresarial, que dizer de povos indígenas. Esta lei vigorou em França até 1864.

Por direitos coletivos, aqui, se entende o conjunto de direitos que um grupo humano tem sobre determinado objeto coletivo (coisas, relação, sistema ou conhecimento) sem poder ser chamado de direito de propriedade. O direito coletivo não pode ser confundido com a propriedade coletiva que existe e sempre existiu no direito moderno. Propriedade coletiva significa que mais de uma pessoa têm direito sobre um mesmo bem. A diferença é que o direito de propriedade é sempre individual, ainda que um pluralidade de agentes o detenha, neste caso se pode dizer que cada titular é proprietário de sua porção, ainda que indivisível, sobre ela recaindo as regras estabelecidas para o direito de propriedade individual, sucessão, disponibilidade, etc. Portanto, há um grupo titular da propriedade coletiva formado por indivíduos, e o direito do grupo é o resultado da soma dos direitos de propriedade individual de seus integrantes. Somente é possível integrar este grupo com a aquisição de parte da propriedade dos outros integrantes, portanto somente é possível ingressar ao grupo por meio da aquisição da propriedade. Ao contrário disto, o direito coletivo não é propriedade. O grupo é titular enquanto grupo e nenhum dos seus membros tem direito a parcela do todo: todos tem direito a tudo, mas ninguém tem direito a parte. Isto tem como consequência que ninguém tem direito a transferir sua parte a outrem e tampouco alguém pode ingressar no grupo por aquisição de parte do direito. Em resumo, o primeiro é fruto de um contrato que forma o grupo e, neste segundo caso, não há contrato, o grupo é “naturalmente” formado. Por isso o direito coletivo é próprio daquelas situações em que um grupo de pessoas se reúne por difusos interesses comuns, como família, clãs, povo, ou organização social e cultural comum, cujos exemplos mais significativos são os povos indígenas na América latina.

A propriedade coletiva se difere dos direitos coletivos, portanto, porque aquela está unida por um contrato, isto é, por obrigações mútuas de pessoas que para tal manifestaram e expressaram sua vontade de adquirir o bem e assumir as obrigações inerentes ao contrato; já a origem dos direitos coletivos nem longinquamente é contratual, ao contrário, nasce de uma situação natural de estado, isto é, o fato é mais relevante que o direito. Se na primeira, propriedade coletiva, permanece intacta a idéia de propriedade privada individual, portanto um sujeito individual de direito, na segunda há um sujeito coletivo que afasta e inibe a existência de um sujeito individual.

A maioria dos sistemas jurídicos latinoamericanos, hoje, aceita a existência de um direito coletivo, mas poucos admitem em sua prática judiciária a existência do sujeito coletivo de direito. Esta aparente incongruência se dá pelo fato de que o reconhecimento em juízo dos direitos coletivos tem se dado, na maioria das vezes, como direitos de sujeitos difusos, isto é, não caracterizados, não delimitados, não claramente conhecidos.

Explicuemos melhor isto. Ao lado do sujeito coletivo de direito está um objeto, elevado a categoria de bem jurídico que não integra nenhum patrimônio individual. Os sistemas jurídicos da América Latina, a partir de 1988, pelo menos, aceitam a existência destes objetos (bens jurídicos não patrimonializados) como bens ambientais ou culturais, material e imaterialmente considerados, e também, se assemelhando a estes bens, as políticas públicas de saúde, moradia, educação, de trabalho ou renda. Todos estes direitos podem se realizar individualmente, real ou ficticiamente, além de ser um direito da coletividade. Até mesmo o meio ambiente e patrimônio cultural podem ser reduzidos ao interesse individual de proteção, na idéia de que todos, isto é cada um, tem direito a eles. Apesar de imprópria, porque todos aqui significa “ninguém tem direito individual sobre a coisa”. esta redução tem sido feita. De qualquer forma, quando é difícil esta redução ao indivíduo, como o meio ambiente e a cultura, os sistemas tem entendido como “bens protegidos” e ao não ter um sujeito definido, individual, o chamam de direito “difuso”. Note-se que o direito assim entendido se realiza pelo objeto, independentemente do sujeito, por isso alguns menos avisados sustentem que o sujeito do direito pode ser o próprio bem.

Muito diferente disto são os direitos que se definem coletivos porque o sujeito é naturalmente coletivo, como os povos indígenas, quilombolas, ciganos e outras comunidades que se diferenciam por não estarem unidas por relações contratuais. Neste caso o objeto, bem jurídico, se define pela existência do grupo como seu titular, como a terra, a organização social, língua, crenças religião, cultura, etc. Reconhecer este direito em sua plenitude tem sido muito difícil mesmo para os mais avançados sistemas da América Latina.

O não reconhecimento demonstra uma resistência do sistema aos próprios direitos coletivos, preferindo chama-los de interesses ou mesmo caracterizá-los pelo objeto. O Direito do final do século XX resolveu proteger situações, relações e bens não integrantes dos patrimônios privados, sob a ameaça de destruição ambiental e cultural. Assim, o Direito passou a proteger florestas, animais, ecossistemas, biodiversidade, mas também bens arquitetônicos, históricos, artísticos, materiais e imateriais.⁵ Ao proteger estes bens o faz de forma genérica, sob uma teoria de que são bens sem titulares de direitos, quando muito tratam como se o titular do direito de proteção fosse todo o povo, no mais amplo sentido que a modernidade deu a povo, titular da soberania do Estado. Daí que este titular é difuso, e, portanto, a própria idéia de que este direito de proteção ao meio ambiente e cultura seja difuso.

⁵ A proteção dos chamados bens culturais ou históricos, artísticos e paisagísticos são anteriores e remontam o início do século XX, mas somente vieram a ter alguma relevância e estudo jurídico a partir do final, quando foram equiparados aos ambientais.

Os direitos coletivos e a antropologia

A teoria jurídica ainda busca explicações para o fenômeno dos direitos coletivos e bens jurídicos não personalizados, mas se debate na justificativa dogmática da aceitação de normas protetoras tão heterodoxas. Alguns dogmas fortemente estabelecidos foram rompidos, como o da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, o da patrimonialização dos bens jurídicos, da legitimidade e interesse de agir para estar em juízo, do caráter absoluto da propriedade privada da terra, da relação jurídica sem contrato e outros. Tem sido difícil para os juristas, juízes e outros profissionais do direito, aceitar estas “novidades”. É claro que a discussão quando não inclui povos indígenas e outras sociedades humanas diferenciadas, se limita a entender o fenômeno do objeto de direito sem sujeito ou com um sujeito difuso. Mas mesmo nesta limitada discussão que se encerra com a aceitação de que a norma jurídica pode estabelecer proteções especiais para o meio ambiente, para a cultura, para o bem estar de cada um, como se fossem aprofundamentos das políticas públicas ou a transformação das políticas públicas em direitos coletivos, há uma visível abertura do Direito.

De fato, para entender este fenômeno jurídico, o profissional precisa conhecer, ter informações seguras de outras ciências, impensáveis para a velha dogmática, como biologia, zoologia, geologia, arquitetura, paleontologia, entre muitíssimas outras. Ainda que o Direito continue tratando estas novidades conceituais como peritagem, já é claro que há uma profunda diferença entre o perito informante de fatos e este cientista, que não é um profissional, mas um acadêmico que discutirá conceitos, remetidos pela lei. Portanto, entrará no campo da interpretação jurídica ao lado do juiz ou do advogado. Nesta configuração, é o cientista não jurista que indica as razões do direito e não ao contrário. Na interpretação das leis de proteção ambiental o jurista tem pouco a dizer a mais do que repetir a própria lei, quem diz o que é equilíbrio, fauna em extinção, patrimônio cultural, dano ambiental, são outros cientistas. Mais uma vez deve-se notar aqui que a lei moderna tratava apenas de relações interpessoais, em grande medida se reduzindo à propriedade privada e ao patrimônio individual. Desta forma, ao discorrer sobre uma árvore ou fruto pendente, o direito discutia apenas a propriedade ou os danos causados ao patrimônio alheio em relação à árvore ou fruto pendente. O papel do jurista ou juiz, portanto, era entender os fatos para aplicar o direito, daí a necessidade, no máximo, de um perito para dizer onde se localizava a árvore ou onde cairia naturalmente o fruto. Com o ingresso dos direitos coletivos e objetos despatrimonializados, surgiu uma complexidade que exige interpretação científica da lei e não apenas dos fatos. O cientista não jurista passa a ser intérprete deste direito e não apenas colaborador para matéria de fato.

É claro que ainda há uma relutância muito grande de parte da dogmática tradicional, assim como ainda há uma relutância das outras ciências, que tampouco restaram puras com a necessidade de cotejar direitos. O que há, de fato, é uma aproximação para que juristas e cientistas possam se entender, quebrando a autosuficiência da interpretação jurídica e introduzindo normatividade e garantias típicas do direito no conceitual das outras ciências.

A relação do direito com as outras ciências teria mudado profundamente se apenas tivesse sido mexido nas coisas, bens jurídicos, objeto de direito. Mas estas mudanças se tornam ainda mais imperiosa e muito mais profunda, quando se torna visível que as alterações extrapolam o objeto do direito de propriedade, e alcançam o sujeito de direito. Então, as ciências que quebram a autosuficiência não são apenas as referentes ao ambiente e a natureza, mas também ao ser humano. Passa a haver uma necessidade de interpretação da lei sobre conceitos de comunidade, povos, etnias, organizações sociais diferenciadas, etc. objeto das ciências sociais, especialmente da antropologia. Portanto com a introdução dos sujeitos coletivos de direito, a velha dogmática jurídica se vê na obrigação de compartilhar os conceitos com as ciências sociais, além das outras ciências descritoras de realidades fáticas.

Além disto, os sujeitos coletivos de direito alteram em muito maior profundidade a velha dogmática individualista e é claro que assim o seja. Enquanto tratávamos de objeto, a lei apenas cobria o bem jurídico com um manto de proteção, criando sanções administrativas ou penais para aquele que a violasse, mas quando falamos de sujeitos coletivos de direitos, tocamos dogmas rígidos, como o da igualdade e da liberdade individuais. Aqui o sistema estremece. A igualdade coletiva, todos os coletivos iguais em direito, significa que todos tem que respeitar o sistema de todos, nem sempre internamente iguais. Quer dizer, as relações internas de um coletivo pode não estabelecer como princípio a igualdade, exatamente porque as co-obrigações não são fundadas em contratos, mas em relações de solidariedade, religiosidade, respeito ou dádiva. Estes coletivos, assim organizados, têm direitos próprios e comuns, se submetendo como um todo, e não individualmente, na comunhão nacional. Na América Latina, o melhor exemplo destes coletivos são os povos indígenas que sobrevivem praticamente em todos os Estados nacionais.

Neste cenário, a Antropologia entra direta e profundamente porque é a ciência que deve compartilhar com o Direito o entendimento da relação dos povos, ou que nome se dê a estes grupos humanos, com os Estados Nacionais.

Há neste compartilhamento uma dupla afetação: por um lado o direito não consegue resolver sozinho esta relação porque é incapaz de decidir sobre direitos que são estranhos a seus códigos e a antropologia, por seu turno, tem que agregar a seus fundamentos teóricos a normatividade do direito. Esta jun-

ção, ora vista com lentes mais antropológicas, ora mais jurídicas, rompe com a autosuficiência do direito, mas rompe, também, com o isolamento da antropologia. Quer dizer, a partir destes olhares múltiplos, talvez mais fácil para os antropólogos acostumados com realidades múltiplas, nasce a necessidade desta unidade que se pode nominar antropologia jurídica. Fique claro, porém, que não se trata de uma antropologia que estuda o direito vigente em determinada época e sociedade, nem um direito que analisa institutos de sociedades diferenciadas se apropriando das ferramentas da antropologia, mas o estudo de como os sujeitos coletivos de direito se relacionam com a contraparte estatal ou privada individual.

Conclusão

Colocando em termos mais claros, as sociedades latinoamericanas são múltiplas e complexas, formada por muitos povos e comunidades diferenciadas com maior ou menor grau de integração e relação com os Estados nacionais. Os Estados nacionais construíram uma ficção de que todas as pessoas estariam integradas individualmente como cidadãos ou sujeitos individuais de direitos, negando assim o reconhecimento dos grupos, povos e comunidades, que, apesar deste não reconhecimento continuam a existir. O Direito se ocupou sempre desta ficção e, portanto, desconsiderou a existência dos povos. A Antropologia se ocupou sempre dos povos, despreocupando-se dos direitos nacionais que pouco tinham a ver com os povos originários salvo na qualidade de genocida.

Ocorre que no final do século XX o Direito na América Latina abriu-se para o reconhecimento dos povos originários e seus direitos coletivos, passando a reconhecer, ainda que com pouca eficácia, a natureza de sujeitos coletivos de direito a estes povos. Surge então, para o Direito, uma necessidade imperiosa, a de se valer dos métodos e instrumentais antropológicos para entender este novo sujeito reconhecido, já que não pode ser integrado nos códigos de forma uniforme porque afinal, cada povo é único, não se admitindo generalizações que proporcionem uma “igualdade” entre eles.

Por outro lado, ao serem reconhecidos como sujeitos de direitos, estes povos passaram a ter, querendo ou não, sabendo ou não, uma relação com os Estados nacionais e seu direito. Então surge para a Antropologia uma necessidade imperiosa de conhecer, interpretar relacionar-se com o mundo das normas “inventadas” pelos Estados nacionais, precisando do método e instrumentais geralmente retóricos da Direito.

Estes dois caminhos, um trilhado pelo jurista e outro pelo antropólogo, se encontram numa clareira de horizontes arqueados e distantes em que os dois

métodos se utilizam mas não se confundem, que um conhecimento continua necessitando imperiosamente do outro, cuja divisão de trabalho, tão ao gosto da ciência moderna, fica comprometida, seja porque não se juntam por obrigações recíprocas (contrato), nem se estabelecem na mutação do que sempre foi (cultura). Esta clareira, dificilmente habitada por uma só pessoa, se chama antropologia jurídica.

Curitiba, fevereiro de 2009.

Multiculturalismo e direitos coletivos

“... Uma flor nasceu na rua!
Passem de longe, bondes, ônibus, rio de aço do tráfego.
Uma flor desbotada
ilude a polícia, rompe o asfalto.
Façam completo silêncio, paralitem os negócios,
garanto que uma flor nasceu.
Sua cor não se percebe.
Suas pétalas não se abrem.
Seu nome não está nos livros
É feia. Mas é realmente uma flor.”
A flor e a náusea - Carlos Drummond de Andrade

1. Introdução

A sobrevivência do multiculturalismo num mundo em que o Estado reconhece, protege e pretende transformar todos os direitos em individuais, é quase impossível. De fato, a construção do Estado contemporâneo e de seu Direito foi marcada pelo individualismo jurídico ou pela transformação de todo titular de direito em um indivíduo. Assim foi feito com as empresas, sociedades e com o próprio Estado; criou-se a ficção de que cada um deles era pessoa, chamada de jurídica ou moral, individual. Assim também foi feito com os povos diferenciados, criando a ficção de que cada povo indígena seria uma individualidade com direitos protegidos. Isto transformava os direitos essencialmente coletivos dos povos em direitos individuais.

O Direito contemporâneo, além de individualista, é dicotômico: às pessoas - indivíduos titulares de direitos - corresponde uma coisa - bem jurídico protegido. A legitimidade desta relação se dá por meio de um contrato - acordo entre duas pessoas. É evidente que este esquema jurídico não poderia servir aos povos indígenas da América Latina porque, mesmo que considerasse cada povo uma individualidade de direito, os bens protegidos (os bens que os povos precisam proteger) e sua legitimidade não têm nenhuma relação com a disponibilidade individual e com origem contratual.¹ É por isso que os países latino-americanos sempre buscaram separar o indivíduo indígena de seu povo, assimilando-o à “sociedade nacional” de forma tão profunda que ele deixaria de ser povo diferenciado. O sistema pensou que a assimilação seria possível por meio do trabalho, mas nunca pôde entender que a idéia do trabalho gerador da propriedade não tem relação com as culturas indígenas.

Tanto lutaram estes povos e tão pequena foi a possibilidade de assimilação que exerceram sobre eles as sociedades envolventes, que o sistema acabou por reconhecer direitos coletivos, que abriram um novo horizonte no reconhecimento dos povos, permitindo aos países se considerarem multiculturais e pluri-étnicos. Estes direitos coletivos extrapolaram os povos indígenas para outros segmentos sociais, de tal forma que acabaram por ter um caráter emancipatório.

A trajetória dessa transformação, seu potencial e dificuldades é o tema deste trabalho. As histórias que a seguir são narradas, embora muito representativas, devem ser entendidas como exemplos de uma realidade muito mais vasta e complexa, e que aponta sempre na mesma direção: uma espécie de renascer dos povos ou renascer de esperanças. (Souza Filho, 1998).

2. Formação dos Estados na América Latina

O colonialismo mercantilista inaugurado pela descoberta das Américas e do caminho marítimo para as Índias teve um relacionamento com os povos locais de profunda exploração, chegando com facilidade ao desrespeito e ao genocídio. As guerras que Portugal e Espanha travaram contra a resistência dos povos da América foram marcadas pela desigualdade de condições e crueldade; os europeus conheciam a pólvora e não hesitaram usá-la abusivamente. Os chamados índios eram caçados nas selvas, montanhas e pradarias, empurrados para o interior e vendidos ou treinados em cativeiro para servir de escravos,

¹ Nenhum sistema jurídico da América Latina resolveu esta questão. Algumas leis vieram a reconhecer a personalidade jurídica dos povos somente após o reconhecimento de direitos coletivos, isto é, na década de 90, e sempre a eles associados.

cristianizados e transformados em força de trabalho para os capitais mercantilistas, que ironicamente construíam na Europa a teoria do trabalhador livre como fundamento da propriedade privada.

Nenhum povo da América deixou de sentir a chegada dos europeus. A guerra estabelecida com os povos do litoral rapidamente se estendia pelo interior. Os povos sucumbiam ou fugiam. Ao fugir não encontravam territórios desocupados, mas outros povos com quem tinham que guerrear para disputá-los. Espremidos entre dois inimigos, cada povo teve que fazer, a cada momento, sua opção: lutar ou sucumbir. Se pudéssemos visualizar num grande mapa da América o caminho traçado por cada povo até o lugar onde se encontra hoje, seguramente veríamos trilhas de sangue por toda a imensidão das florestas, cerrados, campos e montanhas.

Como se fosse pouco, os europeus trouxeram a esta parte do mundo escravos cujo pensamento era libertar-se dos grilhões, reunir-se com outros membros de seus povos e encontrar um lugar para viver, escondidos dos índios em luta e da feroz perseguição dos capitães do mato². É claro que procuravam um desvão, um lugar de difícil acesso, um esconderijo para se fixar. Estes lugares, que no Brasil passaram a se chamar quilombos, existiram e ainda existem em muitos países da América. Os negros fugidos não tinham a mesma intimidade com a natureza local que os índios e, por isso, a luta contra eles era em geral desvantajosa.

O fato de a América ter se organizado em Estados Nacionais muito cedo, quando a Europa o fazia, não ajudou muito para inverter a sorte dos povos que aqui viviam. As guerras de independência do início do século XIX, acabaram por não ter um cunho libertador, apesar do esforço de homens como Tiradentes, Bolívar e Artigas. As lutas, que tiveram o apoio guerreiro e decisivo dos povos indígenas, não conseguiram construir Estados livres e realmente independentes, que caminhassem segundo a vontade dos diversos povos que os compunham; simplesmente trocaram o colonialismo ibérico pelo inglês.³ O novo colonialismo teve que se adaptar a formas diferentes das usadas na África e Ásia, onde negou a construção de Estados Nacionais, provavelmente por saber que as elites locais não exerceriam o mesmo controle sobre os povos, que as elites americanas, muito mais europeizadas.

² Capitão do mato era o nome dado, durante a escravidão, aos caçadores de negros fugidos. Normalmente não trabalhavam somente para um senhor de escravos, mas sempre que apanhavam algum fugido, entregavam-no contra uma recompensa, mas quando não lograssem encontrar o “legítimo” proprietário, adquiriam a propriedade. Neste caso poderiam vendê-lo.

³ Tiradentes, Bolívar e Artigas são exemplos de líderes libertadores que, imediatamente constituído o Estado respectivo, caíram no ostracismo, sem influência prática na organização nacional. Tiradentes foi punido com a morte na forca como traidor; Bolívar, afastado da vida política, morreu no exílio na Colômbia, depois de ver o país que libertara dividido em pedaços pelas elites locais; Artigas viveu seus últimos trinta anos exilado no Paraguai, onde morreu sem nunca ter voltado para sua pátria, o Uruguai, que libertara do jugo espanhol.

Exceção é o Paraguai. Francia promoveu junto com os indígenas uma verdadeira independência, expulsando os proprietários de terra e os representantes dos interesses espanhóis e ingleses. Com a força do trabalho livre e com uma política de impedir a acumulação capitalista originária e predatória, industrializou o país, garantiu excelente qualidade de vida ao povo, alfabetizado, bem nutrido e profundamente nacionalista. Esta experiência de liberdade durou quatro décadas. Inconformada com o exemplo paraguaio, a Inglaterra incentivou e subvencionou a Argentina, o Brasil e o Uruguai a promover uma guerra de destruição, até que tombasse o último homem paraguaio.⁴ Hoje o Paraguai, destruído no século passado, guarda como marca da experiência libertária o fato de todos os paraguaios usarem o guarani como língua de comunicação familiar.

Criados os Estados Nacionais, esquecidos os povos indígenas, sempre servindo a interesses estrangeiros, os Governos passaram a ampliar as fronteiras agrícolas e buscar novas e interessantes riquezas no interior, tratando os povos locais como embaraço e entrave ao desenvolvimento. Nesta política, suas terras, vidas e sociedades foram novamente violadas.

A imigração do século XIX e XX, por outro lado, também trouxe outros povos diferenciados, expulsos de suas terras originais e iludidos por enganosa propaganda. Aos imigrantes, trabalhadores livres, foi reservado um tratamento igualmente desumano. Sem direito a terra no século XIX, ao chegar como trabalhadores em uma empresa agrícola, já estavam endividados. São inúmeros os relatos de maus tratos, servidão e miséria que sofreram. Na busca por liberdade e terras, acabavam sucumbindo ou tendo que disputar espaço com os já apertados territórios indígenas.

O Estado Nacional, e seu direito individualista, negou a todos estes grupamentos humanos qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais, cristalizados na propriedade. Assim, aquele indivíduo que lograsse amear algo, formando uma propriedade, passaria a ser integrado ao sistema, todos os outros não se integrariam jamais, continuando a ser índios, quilombolas, pescadores, ribeirinhos, seringueiros, pequenos posseiros, vivendo da extração, da coleta, da caça, da pesca, da pequena agricultura de subsistência, mantendo fortes relações com a comunidade para viver e não raras vezes, enquanto longe do contato da civilização, vivendo com fartura e felicidade, mas sob permanente ameaça porque, se estivessem sobre terras boas ou sobre alguma riqueza vegetal ou mineral economicamente viável, passariam a ser objeto da cobiça, do engano e da desintegração.

⁴ A população do Paraguai antes da guerra era de aproximadamente 800 mil pessoas, depois da guerra a população baixou para 194 mil, sendo apenas 14 mil homens, metade menores de vinte anos. (Chia-venato: 1981).

3. A falaciosa política integracionista

A política colonialista na América pautou-se pela subjugação e integração dos povos que ia encontrando. A subjugação cultural e econômica consistia em promover uma integração forçada, religiosa e econômica. Ou isso, ou a destruição. A política variou de acordo com a violência ou ambição de seu executor. Sincera e preocupada com a salvação da alma e da sociedade Guarani, com os Jesuítas, na bacia do Prata, ou violenta e arrogante com Pizarro e Cortez, entre Incas e Astecas. Houve casos de tamanha ambição e agressividade que grandes povos que detinham a tecnologia e o domínio do ouro, como os Chibchas (Muíscas), foram arrasadoramente exterminados, num genocídio cuidadoso e eficiente, como ocorreu na conquista da Colômbia.

Os que sobreviviam poderiam ingressar na vida do Reino como trabalhadores, semi-escravos ou integrantes de missões de “pacificação” de outros povos. Por isso, provavelmente, tantos povos participaram das lutas pela independência na América Latina, sempre lideradas por espanhóis ou seus descendentes. No Brasil -caso único- a independência foi feita sem luta, pelo filho herdeiro do trono de Portugal, tendo sido uma opção de organização e divisão do Estado e não uma tentativa de encontrar a liberdade.

A criação dos estados nacionais latino-americanos, seguindo o modelo europeu, se deu com a redação de uma Constituição que estabelecia um rol de direitos e garantias individuais. Isto significou o esquecimento de seus índios e a omissão de qualquer direito que não fosse a possibilidade de aquisição patrimonial individual. Portanto aos índios sobrou como direito a possibilidade de integração como indivíduo, como cidadão ou, juridicamente falando, como sujeito individual de direitos. Se ganhava direitos individuais, perdia o direito de ser povo. Apesar disto, os povos continuaram a ser povos. Esta busca de integrar os indivíduos índios fica patente na Carta Régia de 1808 que declarava guerra os índios Botucudos do Paraná, e determinava que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 anos aos milicianos ou moradores que os apreendessem, abrindo a oportunidade de, àqueles que depusessem armas e se submetessem às leis reais e se aldeassem, poderiam gozar dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce debaixo das justas e humanas leis (Souza Filho, 1988: 56).

As política públicas e as leis, porém, se propuseram durante muitos anos a cumprir essa vontade dos Estados nacionais: integrar os povos como cidadãos, sujeitos de direito, capazes de negociar juridicamente, sem reconhecer seus direitos coletivos. Nesta perspectiva o genocídio continuou, e cada tentativa de integração desses povos significou a continuação do estado de guerra imposto quando da chegada dos europeus. Os povos perdiam não só a visibilidade, mas a própria vida.

Quando os Estados Nacionais escreveram suas Constituições garantindo direitos, inauguraram um novo sistema jurídico com algumas dicotomias, como o público e o privado, o sujeito e o objeto de direitos, e pilares como a propriedade privada, a segurança jurídica dos contratos livremente estabelecidos e o caráter técnico-jurídico das soluções de conflitos de direitos.

Estes primados serviam a quem tinha propriedade e mantinha contrato, especialmente como contratante; aos povos diferenciados, aos que viviam em comunidades, este sistema não servia. Na América Latina as políticas em relação aos povos indígenas era de integração, quer dizer, a situação de indígena deveria ser provisória. Muitas décadas depois de escritas as Constituições Nacionais, começou a aparecer a proteção jurídica de alguns direitos indígenas, sempre com um caráter provisório. No Brasil, no século XX, as leis indígenas iniciavam expondo sua finalidade, que era a integração dos índios à comunhão nacional, mas enquanto isso não se desse, garantir-se-ia a eles alguns direitos. O artigo primeiro da Lei Indígena vigente no Brasil estabelece que “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.⁵

Não foi assim em outras partes do mundo. O colonialismo na Ásia e África não deu o mesmo tratamento a povos locais, mantendo as colônias sob políticas de apartheid, tanto mais violentas quanto maior fosse a resistência do povo. Isto significava que a integração individual somente se daria em casos excepcionais. A conseqüência desta diferença é que na América os povos tiveram mais dificuldade de manter sua vida segundo seus usos, costumes e tradições, inclusive a solução de seus conflitos internos dependiam das leis dos Estados Nacionais respectivos. A integração, no caso latino-americano, porque era proposta de forma individualizada, significava a extinção do povo.

No Brasil cada povo sofreu de modo diferente esta política, porém dois eixos podem ser facilmente observáveis. De um lado uma política de total omissão, como se os povos não existissem ou fossem apenas um depósito de pessoas que seriam integradas cedo ou tarde; de outro, uma política de proteção consistente em criar refúgios afastados para os povos, desconsiderando seus territórios tradicionais, aplicada especialmente na Amazônia. Estes dois eixos serão estudados a seguir, com exemplos históricos que demonstram a grande diversidade prática da política oficial.

⁵ Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973.

4. Os povos invisíveis

O primeiro eixo corresponde à aplicação de uma cultura assimilacionista clássica, na qual não há lugar para coletivos que figurem entre o cidadão e o Estado. A invisibilidade com que foram tratados os povos do litoral e do sul do Brasil é comparável com a desconsideração dos povos peruanos imortalizada no herói Garabombo, o invisível (Scorza, s.d.).

Para exemplificar esta situação de invisibilidade e de retorno à existência ou ao renascimento (Souza Filho, 1998) escolhemos três casos: o do povo Xetá, no oeste do Paraná; o do povo Guarani, em quase toda a região sul e o dos povos do nordeste, retratados pelos Pataxó Hãhãhãe, porque o Estado os desconsiderou totalmente em suas políticas públicas, e fez questão de negar sua existência por muito tempo. Os que sobreviveram vêm resistindo de tal forma e com tal força que hoje se converteram nos maiores conflitos de terras indígenas no Brasil, apoiados agora nos direitos coletivos reconhecidos na Constituição de 1988.

4.1. O povo Xetá, cronologia de um genocídio

O povo Xetá não sobreviveu. Hoje são cerca de dez indivíduos vivendo separados, alguns de empréstimo em aldeias de kaingangues, outros em cidades da região. Mas antes de serem exterminados pelos avanço impiedoso da fronteira agrícola, os Xetá dominavam a selva da Serra de Dourados onde a chegada da Companhia de Colonização Suemitsu Miyamura & Cia Ltda. se deu com a queima das matas, porque não havia interesse na madeira, mas tão somente na abertura de lotes para serem vendidos aos novos ocupantes.

A história do contato dos índios Xetá é tão recente e os fatos ocorreram há tão pouco tempo, mas é tão parecida com os relatos de Bartolomé de Las Casas no século XVI que faz duvidar que o tempo tenha passado. Em 1952 os novos fazendeiros capturaram um menino de oito anos, de nome Tikuein. A certeza de que aquele território estava ocupado por um povo “primitivo” veio no ano seguinte, com a captura de outro menino, que passou a ser criado pelos brancos.

Em dezembro de 1954, seis homens nus e desarmados fizeram contato espontâneo com fazendeiros, falaram e gesticularam de forma tão calma e pacífica que os brancos não reagiram, deixando-os partir. Nunca se pôde traduzir o que disseram aqueles Xetás, nunca se soube se era apelo de clemência ou ameaça, mas se têm certeza de que, se se tratasse de ameaça, jamais foi cumprida, e se de clemência, em vão foi o pedido.

Em 1955, a Universidade Federal do Paraná e o órgão nacional indigenista organizaram uma expedição que localizou aldeias e objetos que hoje se encontram no Museu Paranaense, mas nenhum índio. Talvez o que tivessem querido dizer no ano anterior é que partiriam. No ano seguinte a expedição foi mais longe e localizou dois grupos pacíficos, que se deixaram fotografar e filmar, brincaram, riram, mas não acompanharam a expedição que queria arranchá-los em uma fazenda próxima. Ficaram no mato. Poucos meses depois, um dos grupos foi massacrado, num crime nunca perfeitamente explicado e jamais diretamente julgado.

Deputados se mobilizaram para a criação do Parque Nacional de Sete Quedas⁶ e, dentro dele, de uma área destinada aos Xetá. Nunca foi criada a “reserva” Xetá, e poucos anos depois este povo foi considerado extinto, acabando qualquer empecilho para a legitimação da propriedade privada na região. A nova empresa de colonização, a Companhia Brasileira de Colonização e Imigração (Cobrinco), continuou o trabalho devastador, não deixando uma única árvore em pé e com o último capão de mato morreu a esperança de encontrar um Xetá vivo. O massacre tinha terminado. Hoje, ainda, uns poucos indivíduos xetás sobrevivem fora de seu referencial cultural e da natureza que os abrigava, aliás, irreconhecível natureza transformada em extensas plantações de algodão e soja, crivadas de indústrias têxteis. Nem mesmo a beleza das Sete Quedas permanece, inundada pela represa de Itaipu, como se a natureza se calasse em reverência à morte do povo que sempre esteve tão próximo.

A Funai, o órgão indigenista brasileiro, no ano de 2000 organizou uma grupo de estudos para criar uma área Xetá, com a idéia de abrigar a última dezena de indivíduos que teima em sobreviver e manter a memória e a história de um povo marcado para morrer.⁷

4.2. O longo caminho guarani na busca da terra sem males

Se a história do contato dos Xetá foi fulminante, muito diferente tem sido a relação dos Guarani com a “civilização”. Os Guarani aparecem nos textos dos primeiros cronistas espanhóis que subiram os rios Paraná e Paraguai. Foram usados como escravos domésticos e estiveram presentes nas cidades de Buenos Aires e Assunção desde século XVI. Durante esses quinhentos anos chegaram a ter uma visibilidade tão grande que desencadeou um conflito entre

⁶ Sete Quedas era um conjunto notável de cachoeiras do Rio Paraná, de beleza incomparável e que foi destruído para a formação da Represa de Itaipu, para a produção de energia elétrica.

⁷ A maior parte das informações sobre os Xetá foi extraída do CD-Rom “Quem são os Xetá”, produzido pelo Museu Paranaense no ano de 2000.

Portugal e Espanha, tendo como recheio a Companhia de Jesus, até serem considerados praticamente exterminados, para voltar a ser, em épocas mais recentes, o povo indígena mais populoso que habita o Brasil. Os Guarani deram ao Paraguai uma língua nacional, o toponímio de quase todos os acidentes geográficos, especialmente rios e montanhas, e inúmeras cidades do sul do Brasil. Hoje chega a ser comum encontrar guaranis com ar dissimulado pelas ruas de cidades litorâneas em recatadas conversas em idioma próprio.

A trajetória do contato guarani é curiosa. Os Jesuítas escolheram a região onde hoje se localiza a cidade de Assunção, capital do Paraguai, como sua sede nas terras meridionais, em 1607. A idéia de cristianizar os índios foi acoplada a de construir, a partir da organização social guarani e da concepção jesuíta de Estado e Direito, uma proposta organizativa independente que ficou conhecida como as “reduções jesuíticas missionárias”. Perseguidos pela violência bandeirante⁸ em território português e por mandatários del Rei no espaço espanhol, os guarani acabaram não só aceitando o cristianismo como a vida nas novas aldeias, que era um misto de tradição guarani e organização social jesuíta, com alterações profundas no modo de dividir o trabalho. Apesar disso, mantiveram suas crenças, tradições e costumes, inclusive a língua. Com a derrota dos Jesuítas e sua expulsão da América do Sul, os guarani também se dispersaram por todo o território, convivendo com o avanço da fronteira agrícola, sem se importar muito com os não-índios que chegavam na região.

O povo guarani tradicionalmente manteve seu território compartilhado com outros povos, conseguindo viver em relativa harmonia. Grandes viajantes, buscavam a terra sem males que sabiam estar a leste. A política oficial do Governo brasileiro em relação a eles foi de total omissão, por isso mesmo são os grandes invisíveis. Nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e São Paulo, foram considerados extintos e não tiveram praticamente nenhuma terra demarcada ou reservada para seu uso exclusivo. No Mato Grosso do Sul, suas terras foram ocupadas e destinadas a imigrantes brancos no início do século, em programas de desenvolvimento. Os índios, que foram pensados como mão-de-obra dos empreendimentos, aparentemente aceitaram ser empregados das fazendas no intuito de continuar usando seus locais sagrados.

A perspectiva que sempre tiveram era de poder compartilhar seu território com outros povos, como sempre haviam feito. Em sua cosmovisão, os deuses haviam criado a terra para eles, o uso por outros povos, assim, era secundário. Sabiam, entretanto que havia em algum lugar uma terra sem males, que buscavam incessantemente. Não imaginavam que os novos habitantes tivessem

⁸ Bandeirantes eram chamados os integrantes de expedições armadas que saíam de São Paulo para o interior, na busca de índios e minérios preciosos. Geralmente muito agressivas, estas expedições eram usadas na luta contra as reduções de escravos fugidos, os quilombos.

hábitos tão diferentes dos kaingangues, charruas e xoclengs, com quem compartilharam seu território deste tempos imemoriais. Não sabiam e nem acreditavam que o uso da terra pelos novos habitantes era devastador e exigia a morte dos animais e plantas nativas para a introdução de novas plantas e bichos, todos domesticados, que nasciam e cresciam pela mão do homem. Para sobreviver, e enquanto não ingressassem individualmente como trabalhadores livres na sociedade local, os guarani receberam coletivamente pequenos pedaços de terra onde foram dramaticamente confinados. Nunca se integraram, porém.

Desta forma, este povo, senhor de vastíssimo território e cultura, passou a viver, nos três Estados do sul, de empréstimo nos territórios de outros povos e no Mato Grosso, em confinamentos. Apesar disso, não deixaram de viajar na busca da terra sem males. Nesta viagem, meio escondidos, iam saindo das matas abatidas e procurando outras matas para viver. Cada vez foram se estabelecendo em lugares mais remotos não atingidos pela propriedade privada. Hoje, parcelas importantes dos Guarani estão localizadas em lugares considerados “invioláveis” para a civilização, os Parques e outras Unidades de Conservação.

Perplexos se perguntam, então, para onde devem ir. Têm consciência que todo o imenso território que imemorialmente consideram seu não é exclusivo nem nunca o foi, mas os que hoje compartilham essa ocupação têm um modo estranho de fazê-lo, matam os rios, destroem as matas, acabam com os animais e os criminalizam por viver nos últimos redutos de terra viva. Um conflito de direitos então se estabelece de forma clara. De um lado os guarani vivendo ou procurando viver nos últimos pedaços de terra florestada, para eles sagrada, e por outro ambientalistas que, com a melhor das intenções, estão preocupados com a manutenção das últimas matas, que também chamam de santuários, que exigem a retirada de todos os humanos.

O reconhecimento de direitos coletivos indígenas e de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme a Constituição brasileira de 1988, gerou um aparente conflito entre o povo guarani e o direito coletivo de todos aos Parques e outras unidades de conservação. É aparente essa contradição, como veremos, porque a solução existe, embora desagrade o velho sistema de direitos individuais de proprietários.

O povo Guarani é detentor de um vasto conhecimento que abrange não só a terra, suas plantas e animais como o céu e suas estrelas. O grande povo, tímido e recatado, é o exemplo da invisibilidade. Sua luta não é só pela terra, por um território, mas principalmente pelos direitos coletivos ao próprio desenvolvimento, o que significa incluir a terra, mas vai além dela. A aceitação de direitos coletivos pelo sistema tem ajudado este povo a sair da invisibilidade.

4.3. O renascer dos Pataxó Hãhãhãe

O mais imponente exemplo, porém, de renascimento de vontades coletivas indígenas se localiza geograficamente no nordeste brasileiro. Lá, com quinhentos anos de ocupação européia, grande parte dos povos foi extinta ou expulsa. Povos contatados na década de 1950 no cerrado matogrossense, quase dois mil quilômetros ao interior, comprovou-se serem oriundos do litoral nordestino.⁹

A história do povo Pataxó Hãhãhãe é exemplar. Reconhecidos seus direitos territoriais, foi demarcada uma área de aproximadamente 50.000 ha, na década de 30, no sul do Estado da Bahia. Vinte anos depois a região transformou-se em grande produtora de cacau, despertando a cobiça sobre aquelas terras. O Estado brasileiro providenciou para que houvesse a integração dos índios Pataxó Hãhãhãe, isto é, providenciou escola e emprego em lugares distantes, retirando as poucas famílias remanescentes para outras áreas indígenas, inclusive para uma delas que servia de prisão, ironicamente chamada de Fazenda Guarani. Os Pataxó Hãhãhãe foram considerados extintos e suas terras entregues a fazendeiros.

Menos de trinta anos depois, na década de 80, os indivíduos Pataxó Hãhãhãe, que se imaginavam integrados e felizes na vida de cidadãos brasileiros, trabalhadores livres, foram se reagrupando, aos poucos e timidamente. Em ousada ação simbólica, retomaram uma das fazendas que se havia constituído em suas terras e nela se instalaram, iniciando uma luta que já dura 20 anos e causou muitas mortes. Ao primeiro grupo foram se juntando outros, novas famílias que se reconheciam e eram reconhecidas como pataxó hãhãhãe e, em júbilo, lembravam os antepassados comuns e reafirmavam sua condição de índios, de povo, de coletivo. O Estado e a elite local negavam, e negam até hoje, essa condição, o que os obrigou a ingressar na Justiça pelo reconhecimento dos direitos.

Há várias questões judiciais postas sobre os direitos indígenas na região. A mais importante, que define o caráter indígena de toda a área, está tão bem montada e provada que tecnicamente é impossível ser desfavorável aos Pataxó Hãhãhãe. Atualmente aguarda um desfecho na Suprema Corte. Enquanto isso, com ações tão espetaculares como eficientes, o povo vai reconquistando seu antigo território. Depois da retomada da primeira fazenda, em 1982, várias já passaram pelo mesmo processo, tendo os índios obtido, na prática, algo em torno de 5 mil hectares do total que lhes foi atribuído na década de 30 (Povos Indígenas, 1996 e 2000)

⁹ O conhecido povo Xavante, contatado no final da década de 1950, percorreu mais de dois mil quilômetros, atravessando pelo menos três grandes rios, São Francisco, Tocantins e Araguaia. Duzentos ou mais anos de marcha, com duras adaptações e enfrentamentos de sempre renovados inimigos.

Em 1988, com a promulgação da Constituição, os direitos destes índios ganharam um novo alento, mas a lentidão do processo continuou. Em 1997, o assassinato do Hãhãhãe Galdino dos Santos em Brasília, confundido com um mendigo e incendiado por brincadeira macabra de filhos da elite local, deu uma inesperada visibilidade à questão cujos direitos há quase dez anos haviam sido reconhecidos pela Constituição mas não ainda implementados¹⁰. Em 1999 os Pataxó Hãhãhãe sofrem nova violência quando são reprimidos pela Polícia Militar do Estado da Bahia. Dois policiais morreram em uma operação não explicada e os índios foram acusados como autores das mortes. Durante o processo nada se provou, mas ficou a impressão de que os policiais haviam sido mortos pelos próprios companheiros.

A mobilização dos Pataxó Hãhãhãe se concentra em duas frentes: a jurídica no Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento de toda a terra e a fática, reocupando fazendas e reagrupando ainda mais o povo. O povo deixou a invisibilidade, é hoje reconhecido e presente, ainda que tenha uma larga caminhada pela frente até que todos os seus direitos sejam reconhecidos.¹¹

A história Hãhãhãe se parece muito com a de outros povos que conseguiram sobreviver no nordeste. Desconsiderados pelo Estado, continuaram a existir, mutilados em sua língua, machucados em sua dignidade, e não poucas vezes dispersos, recrutados como indivíduos integrados à sociedade envolvente. Como os Hãhãhãe, muitos outros povos do nordeste, se reagruparam e reconquistaram pequenos espaços territoriais. Com o advento da Constituição de 1988 passaram a ancorar suas reivindicações nos direitos coletivos por ela garantidos.

5. Os equívocos da política de contato na Amazônia

Em nenhum dos três exemplos acima o Estado organizou expedições para contatar os povos antes da chegada da fronteira agrícola. Ao contrário, as expedições de cunho científico, ou os estudos oficiais posteriores, nada puderam fazer frente ao choque violento, desorganizado e arrasador feito pelas companhias colonizadoras.

Algumas vezes, porém, especialmente na Amazônia, o Estado brasileiro buscou proteger povos em determinadas circunstâncias, favorecendo o alargamento das fronteiras agrícolas e os concentrando em determinados lugares,

¹⁰ Galdino tinha ido a Brasília, com outros membros de seu povo, reivindicar os direitos sobre a terra e acabou tendo que dormir, à noite, em banco de praça. Confundido-o com um mendigo, um grupo de jovens resolveu fazer uma violenta brincadeira, empapando-o de gasolina e ateando-lhe fogo. Em consequência das queimaduras, veio a falecer. Os jovens continuam presos.

¹¹ Os Pataxó Hãhãhãe agrupados nesta área, chamada Paraguaçu-Caramuru, são hoje, aproximadamente, 2.000 pessoas.

como o Parque Nacional Indígena do Xingú, ainda que ali não fosse o seu território original. Outras vezes o Estado se viu obrigado a manter os povos no seu território tradicional, mas à guisa de protegê-los, interferiu fortemente em sua cultura, gerando situações novas para as quais não estava, nem está, preparado para resolver.

Pode-se dizer, então, que enquanto fora da Amazônia o Estado brasileiro desconsiderou os povos indígenas em suas políticas públicas, sem qualquer preocupação com a destruição étnica ocorrida, na Amazônia houve uma preocupação em contatá-los. Este contato precedia a chegada da expansão da fronteira agrícola, depois dela invariavelmente chegava uma estrada, grandes construções, aventureiros procurando ouro e pedras preciosas, mercadores e retirantes de outras terras em busca de fortuna ou simplesmente de um lugar para acomodar seus sonhos. As frentes de contato, como eram chamadas, não tinham uma proposta do que fazer depois de contatados, salvo a idéia genérica que, vinha desde a colônia, de oferecer aos índios as doces leis do império, isto é, a integração na comunhão nacional.

Como não havia nenhuma proposta, e ainda não há, para os contatados, algumas iniciativas ganharam especial relevância como a criação do Parque Indígena do Xingú onde os contatados pudessem manter suas tradições. Daí que a política de transferência de índios de seus territórios tradicionais para outras áreas passou a ser costume público. Aliás costume proibido pela legislação vigente que veda, desde 1973, a transferência de povos. Depois da Constituição de 1988 esta política mudou, já não há mais a procura e contato deliberado de novos povos, apesar de ainda existirem muitos povos desconhecidos na Amazônia.

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade dos povos que foram vítimas desta política desagregadora reclamarem seus direitos. É o caso do povo Panará que a seguir apresentaremos. Outros povos da Amazônia, que não foram transferidos, tiveram seus territórios reconhecidos, mas a falta de políticas públicas e a ação desordenada levaram a profundas alterações sociais, como é o caso das cidades indígena da Amazônia.

5.1. Capitulação e volta dos índios gigantes

Os Panará tinham fama de ser grandes e implacáveis guerreiros. Era um povo temido em toda a região. Vivia na margem esquerda do rio que hoje leva o nome ocidental de Peixoto de Azevedo. Um pouco antes do ano de 1970, o mundo civilizado sabia que o rio tinha ouro na foz e pedras preciosas na cabeceira, mas sabia também que para explorá-lo precisava remover a resistência panará. Ao não saber sequer o nome do povo, foi-lhe atribuído nomes estranhos,

tirados de outras línguas da região e fruto de relatos de seus inimigos tradicionais: krenacarore, kranhacãrore, keen akarore, ou simplesmente índios gigantes, já que um dos primeiros a ser capturado media 2,06m. (Panará, 1998)

O Governo brasileiro, armado de um discurso desenvolvimentista, resolveu abrir uma estrada que ligaria Cuiabá a Santarém, cruzando de sul a norte o leste amazônico e cortando ao meio o território panará. As máquinas, e atrás delas os aventureiros, pioneiros, testas de ferro, representantes e negociantes, chegaram até bem próximo ao território, às margens do rio Peixoto de Azevedo. Do outro lado, os temidos índios gigantes.

Para convencer os índios a não hostilizar a passagem da estrada e, naturalmente, dos ocupantes que viessem a seguir, foi organizada uma expedição chefiada pelos irmãos Villas-Bôas¹². Depois de cinco anos de intenso trabalho, algumas mortes e muitas histórias, os índios gigantes foram “amansados” e permitiram que a estrada passasse e por ela chegassem os exploradores de madeira, ouro e pedras preciosas, gripe, sarampo, diarreia e fome. Contam os sobreviventes que não tinham força sequer para enterrar os mortos que iam ficando pelo caminho, quanto mais para caçar ou fazer uma roça; passaram a viver da esmola dos passantes.

Em pouco tempo os índios gigantes não eram mais do que uma pálida caricatura do altivo povo que apareceu em fotos de primeira página da imprensa nacional pela primeira vez em 1973, 10 de fevereiro. Os números são aterradores: de uma população estimada entre 300 e 600 indivíduos antes do contato da expedição Villas Bôas, quando foram transferidos de suas terras em 1975 eram apenas 79.

Moribundos, feridos em sua dignidade de povo, humilhados e mendigando uma cõdea de pão, foram transferidos de seu fértil território para uma aldeia no centro do Parque Indígena do Xingu¹³ (Povos Indígenas, 1996 e 2000). Por ironia ou crueldade histórica, a aldeia emprestada para sua nova morada pertencia a um grupo de tradicional inimizade, os caiapó, com quem outrora mantiveram limites de respeito à custa de guerras e trocas de mútua agressão. Os panará viveram humilhados na casa dos inimigos durante vinte anos, alimentando a esperança de um dia voltar ao seu território, reconquistar a terra, a casa e o convívio com os animais, plantas e rios conhecidos.

¹² Cláudio e Orlando Villas-Bôas são os dois mais famosos indigenistas brasileiros que promoveram o contato com muitos povos e dirigiram por muito tempo a experiência do Parque Indígena do Xingu.

¹³ O Parque Indígena do Xingu foi criado em 1961 e teve como eixo o Rio Xingu, deixando de fora importantes territórios ocupados por povos indígenas, por um lado, e por outro deixou de incluir os rios formadores do Xingu. Hoje essas duas falhas castigam duramente o Parque que se encontra com as águas poluídas pela ação predatória de seu entorno e pelo crescimento interno da população ali concentrada. Ver mais sobre o Parque nos livros Povos Indígenas no Brasil, editados por Carlos Alberto Ricardo.

Vinte anos depois, em 1995, o povo Panará iniciou a luta concreta pelo retorno à casa. Animados com algumas vitórias de outros povos que haviam sido alojados no Xingu e alguns, como os do nordeste, que tinham esperança de recuperar antigos territórios, os Panará empreenderam uma viagem a sua antiga região e encontraram ainda preservado um quinto de seu território original.

Organizados e com apoio de ONGs como o Instituto Socioambiental (ISA), ingressaram na Justiça contra o Estado brasileiro e contra a Funai - Fundação Nacional do Índio -¹⁴ com duas ações diferentes, a primeira reivindicando a terra e outra indenização pelos danos causados.

Na primeira ação houve um acordo e o Estado reconheceu os direitos sobre a parte ainda preservada do território original, porque o restante já estava ocupado, inclusive por cidades. A Segunda ação, também proposta com o apoio do Instituto Socioambiental (ISA), reclamava indenização do Estado Brasileiro e de seu órgão indigenista pelos maus tratos no momento do contato. O Tribunal reconheceu o caráter criminoso e ilegal do contato e da remoção dos índios para o Parque Indígena do Xingu, e determinou o pagamento de um valor monetário aos índios sobreviventes. A decisão ainda não foi cumprida por questões formais, mas já está julgada e deve ser cumprida em curto prazo.

Esta decisão mostra uma mudança no comportamento do Judiciário, porque a ação foi proposta fundada nos direitos coletivos estabelecidos na Constituição de 1988, embora os atos tenham sido praticados antes dela.

5.2. Aldeias virando cidades: uma nova ameaça aos direitos indígenas

Quando a chegada da fronteira agrícola não exigia o extermínio ou deslocamento, os povos se mantinham mais ou menos íntegros em seus territórios que foram, por ações judiciais ou por cumprimento direto da Constituição, demarcados. É o caso de muitos povos da Amazônia, entre eles o povo Ticuna. Embora tenham ingressado com ação judicial para ter seus territórios reconhecidos, os Ticuna não tiveram dificuldade de vê-los demarcados pelo Governo brasileiro. Suas terras foram demarcadas em meados da década de 90, isto é, com a Constituição em pleno vigor e com a política indigenista já alterada, com os direitos coletivos respeitados.

O povo Ticuna é um dos mais populosos dentre os povos indígenas amazônicos e habita um vasto território que incluiu a triple divisa Brasil, Colômbia e Peru. Nunca houve um avanço muito grande da fronteira agrícola

¹⁴ A Funai foi a responsável pelo contato e deslocamento.

para aquela região, embora a navegação seja aberta a grandes embarcações, tendo em vista o porte do Rio Solimões. Apesar disso, Foi necessário que os Ticuna ingressassem em Juízo para ver reconhecidas suas principais terras.

Os territórios são extensos, mas o órgão indigenista e as missões religiosas concentraram seus trabalhos, criando infra-estrutura de atendimento, em pequenas aldeias na margem do grande rio. No decorrer dos últimos anos começou a haver uma concentração demográfica sem precedentes naquelas pequenas aldeias portuárias.

A concentração, entretanto, não se deu pela chegada de colonos ou estranhos, mas pela vontade do próprio povo de se juntar onde fosse mais fácil receber os benefícios do contato. Tão assustadoramente cresceram essas aldeias que atingiram mil, dois mil e até quatro mil habitantes¹⁵. De fato, a chamada Belém do Solimões é uma verdadeira cidade, com quatro mil pessoas vivendo em ruas mal-traçadas, sem a mínima infra-estrutura urbana, sem saneamento, calçamento, água e outros serviços.

As cidades ticunas são bastante visível porque estão à margem do grande rio navegável, mas não é este fato que determina o fenômeno. A urbanização indígena na Amazônia começa a se espalhar atingindo regiões muito distante e quase inacessíveis.

Na região do alto Rio Negro, próxima a divisa do Brasil e Colômbia, Iauareté é uma cidade de dois mil habitantes, sem infra-estrutura e com uma população multi-étnica¹⁶ (Andrello, s.d.). Esta cidade cresceu tanto que alguns pequenos comerciantes se instalaram nela, imediatamente após a demarcação da área (1998), os índios expulsaram os brancos e passaram a ter controle sobre ela.

Na região de Raposa Serra do Sol, fronteira com a Venezuela e Guianas, pelo menos mais duas cidades indígenas crescem e enfrentam problemas muito sérios. Nestas cidades há população não-indígena local, ainda que pouca, e o governo do Estado de Roraima transformou um delas em sede de Município. O território indígena onde se localizam estas cidades não está demarcado e os políticos, anti-indígenas, locais lutam para que não haja a demarcação usando como argumento, exatamente, a existência das cidades.

Todos estes povos ainda vivem de forma tradicional, com pouquíssimos bens de consumo, mas com impensados problemas urbanos. A legislação brasileira não oferece solução, não existe uma proposta de organização política, nem de representação, nem mesmo de coleta de impostos. Estas são situações novas, para as quais as populações indígenas locais buscam uma saída. É interessante

¹⁵ A população ticuna é hoje estimada em cerca de 20 mil pessoas.

¹⁶ Geraldo Andrello e Marta Azevedo, antropólogos do Instituto Socioambiental, em trabalho ainda não publicado, descrevem mais de dez etnias vivendo em Iauareté.

observar que a discussão na Raposa Serra do Sol, onde o território ainda não é demarcado, há uma corrente que defende a manutenção da organização estatal existente com a exclusão dos usos não indígenas.

Todos os exemplos citados neste e no anterior capítulo dão apenas uma pálida mostra da diversidade cultural brasileira, com seus mais de duzentos povos diferentes e mais de 170 línguas faladas, mas é suficiente para abrir uma reflexão sócio-jurídica dos encontros e desencontros do Estado Nacional, da soberania, cidadania e relações internacionais, inclusive das conseqüências da globalização nessas parcelas do mundo que insistem em ser locais.

6. Os novos direitos na América Latina

Os Estados Nacionais latino-americanos e sua história pendular, que alterna períodos de ditaduras com democracia formal, são muito parecidos entre si. O colonialismo português e o espanhol tiveram traços comuns de tempo e violência. O momento histórico das guerras de independência também foram mais ou menos sincronizados e os personagens se parecem, assim como se frustraram as mesmas esperanças. A relação destes Estados constituídos no começo do século XIX com os povos originários em seus territórios também são similares, herdaram um passado colonial comum, usaram os povos nas guerras de independência, acreditaram que poderiam integrá-los como cidadãos garantindo-lhes direitos individuais, inclusive de propriedade da terra, desconsiderando seus usos, costumes, tradições, línguas, crenças e territorialidade; quando em conflito, enfrentaram-nos em guerras sórdidas ou repressão direta. Os direitos dos povos indígenas, por serem coletivos, foram omitidos das legislações escritas.

Durante a guerra fria, grande parte dos Estados da América Latina se convertem em ditaduras militares para reprimir os movimentos populares. Assim, as décadas de 60 e 70 se caracterizam por Estados Militares, e a questão indígena passou a ser, também, uma questão militar. Na década de 80 abriu-se um longo processo de distensão, marcado por discussões e que levou os países a reescreverem suas Constituições Políticas. As organizações indígenas e a sociedade civil participaram do processo de discussão das novas constituições, defendendo direitos coletivos, reconhecidamente fundados na diversidade cultural de cada país. A ameaça da hecatombe ambiental promoveu o reencontro dos povos com suas localidades, e grupos organizados de ambientalistas se aliaram às organizações indígenas e indigenistas nas reivindicações coletivas. As novas Constituições foram surgindo com um forte caráter pluricultural, multi-étnico e preservador da biodiversidade. Ao lado do individualismo homogeí-

nizador, reconheceu-se um pluralismo repleto de diversidade social, cultural e natural, numa perspectiva que se pode chamar de socioambiental.

Cada Constituição estabeleceu, assim, direitos coletivos ao lado dos absolutos e excludentes direitos individuais. As populações locais discutiram o alcance desse novo fenômeno que viria a se contradizer com a crescente visão hegemônica do capitalismo pós muro de Berlim, que propunha o fim das vontades e culturas locais.¹⁷

Mais uma vez os Estados Nacionais latino-americanos reafirmaram suas semelhanças. Os sistemas jurídicos constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e multi-eticidade, foram reconhecendo, um a um, que os países do continente têm uma variada formação étnica e cultural, e que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo a sua tradição em conformidade com a natureza da qual participam, têm direito à opção de seu próprio desenvolvimento.

Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada. Não são fruto de uma relação jurídica, mas apenas uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento, acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais. Isto quer dizer que os direitos coletivos não nascem de uma relação jurídica determinada, mas de uma realidade, como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita ou deseja ar puro, água, florestas e marcos culturais preservados, ou ainda de garantias para viver em sociedade, como trabalho, moradia e certeza da qualidade dos bens adquiridos.

Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito. Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos tem dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria a violação do direito de todos os outros.

Se fizermos uma revisão de cada uma das constituições reescritas desde a década de 80, veremos que são muito parecidas, embora possam usar terminologias diferentes. A paraguaia, por exemplo, além de reconhecer a existência dos povos indígenas, se declara como um país pluricultural e bilingüe, considerando

¹⁷ O povo Macuxi, habitante do extremo norte do Brasil, fronteira com a Venezuela e Guiana, estava reunido como todos os anos, em janeiro de 1988, e havia me convidado a participar. Durante a reunião alguém me perguntou o significado das palavras “constituente” e “constituição”. A duras penas expliquei e eles não só entenderam, como consideraram que eles mesmo deveriam ter um constituição local para definir como seria seu território, e quem teria direitos dentro dele. Este relato está descrito em dois livros: “O renascer dos povos indígenas para o direito” e “Derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones de América Latina”.

as demais línguas patrimônio cultural da Nação (Paraguai, 1992, art. 140); a colombiana estabelece que “El Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Colômbia, 1991, art. 7.).

Como um sinal dos tempos, as novas Constituições americanas foram reconhecendo a sociodiversidade. O México (1992) assume que tem uma “composição pluricultural”; o Peru em sua Constituição outorgada de 1993 não vai tão longe e apenas admite como línguas oficiais ao lado do castelhano o quechua, o aimara e outras línguas “aborígenes”; finalmente em 1995, a Bolívia, com sua fulgurante maioria indígena, admite romper a tradição de silêncio integracionista e se define como multi-étnica e pluricultural, e a Argentina determina a seu Congresso reconhecer a preexistência de povos indígenas.

Outras, embora não usem a palavra diversidade ou pluralismo, definem os direitos dos povos indígenas e os protege, como a brasileira (1988) e a nicaraguense (1987).

Este mesmo reconhecimento aparece nos acordos internacionais, como o Convênio 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), adotada em 26 de junho de 1989. Tanto a ONU como a Organização dos Estados Americanos (OEA) têm discutidos declarações com este mesmo sentido. Esta concordância não significa que os países latino-americanos têm aceitado as normas internacionais, o que demonstra a insinceridade das elites locais que sempre imaginam que suas Constituições podem deixar de ser aplicadas por falta de leis que as regulamentem, e por isso permitem a inclusão de avanços na Constituições para depois restringir sua regulamentação. Na realidade, a aceitação das normas internacionais, especialmente a Convenção 169, significaria a regulamentação de suas avançadas constituições, que podem ser apenas declarações de princípios inaplicáveis frente a interesses da economia global, como veremos a seguir.

Esses direitos não são exclusivos de povos indígenas, porém. As constituições da Colômbia e do Brasil abrem brechas para o reconhecimento de direitos das comunidades negras tradicionais, e todas as que reconhecem direitos coletivos admitem, genericamente, que outras comunidades podem reivindicá-los. A quebra do paradigma individualista está constitucionalizada, e sua efetivação é a questão colocada às comunidades, movimentos e grupos locais¹⁸.

¹⁸ Ainda antes da Constituição brasileira de 1988, no período imediatamente anterior ao que se chamou de redemocratização (1983), a Cidade de Curitiba foi palco de uma instigante experiência de valorização de culturas locais urbanas que tinham como base um Circo público que funcionava como Centro Cultural itinerante e que provocava o florescimento das diversas manifestações das culturas locais urbanas. A experiência está relatada em um texto meu, que na época presidia a Fundação Cultural de Curitiba, e que foi publicado no Boletim Informativo da Fundação Cultural de Curitiba, de dezembro de 1996. O exemplo mais duradouro e marcante, porém, é o do MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), que atua na reivindicação e ocupação de terras, exercendo um direito em franco confronto com o direito de propriedade. Embora o direito do MST, coletivo, exista até mesmo no reconhecimento da Constituição da função social da terra, não tem sido fácil para o sistema aceitá-lo, apesar de algumas ainda tímidas iniciativas do Poder Judiciário.

7. A aplicação do Direito e suas dificuldades

Apesar de transcorrida uma década do reconhecimento desses direitos coletivos, não se pode dizer que os progressos em sua aplicação sejam notáveis. Os direitos territoriais indígenas nas regiões fora da fronteira agrícola, especialmente na Amazônia, passaram a ser reconhecidos com mais facilidade do que no período anterior, é verdade. O exemplo Panará é uma mostra disso. Apesar de terem tido que recorrer à Justiça, os Panará obtiveram o reconhecimento de direitos sobre o território donde anteriormente haviam sido retirados. Há outros exemplos, como a Área Indígena Yanomami e o território dos povos do Alto Rio Negro, entre muitos outros.¹⁹

Nas regiões onde há pressão política e interesses econômicos mais fortes o avanço não é tão significativo. Fator importante na aplicação das normas jurídicas protecionistas tem sido a visibilidade internacional dos povos indígenas. Quer dizer, aqueles povos que logram chamar atenção internacional para seus problemas locais têm obtido mais sucesso na efetivação de normas protecionistas.

O Poder Judiciário tem tido um papel preponderante na aplicação desses novos direitos, mas tem mantido um posição conservadora na maior parte das vezes. As ferramentas jurídicas estão razoavelmente construídas na América Latina, e acrescidas dos instrumentos que servem a outros direitos coletivos reconhecidos genericamente à população, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, consumidores e patrimônio cultural. Apesar disso, são pequenos os ganhos das populações indígenas diretamente da Administração Pública. Em geral têm sido necessário ingressar em Juízo para obtê-los, como no caso Panará. Isto limita a atuação dos povos indígenas que precisam criar organizações segundo os parâmetros ocidentais - não tradicionais - para conseguir o reconhecimento de seus direitos, mesmo na Amazônia.

Fora da Amazônia a situação é ainda mais difícil. Alguns povos do nordeste tiveram o reconhecimento de existência, isto é, passaram a ser tratados como povos indígenas, status que tinham perdido frente ao Estado Nacional pela sua aparente integração à população regional. Ao reconhecer a sua existência o Estado lhes atribuiu um pequeno e insuficiente território, que não basta para o desfrute cultural e nem mesmo para a sobrevivência. A ampliação do direito, porém, abriu novas possibilidades. A ação judicial que travam os Pataxó Hãhãhãe, que está para ser decidida no Supremo Tribunal Federal, ganhou novo fôlego, mas continua em trâmite exageradamente lento. Do ponto de vista técnico, é impossível que os Pataxó Hãhãhãe não venham a ter um resultado positivo, a questão é quando; vivem em uma região de forte enfrentamento político e têm inimigos poderosos entre a elite local.

¹⁹ Depois de mais de vinte anos de reivindicações, foi oficialmente reconhecida a Área Indígena Yanomami na fronteira com a Venezuela, em 25 de maio de 1992, com 9,4 milhões de hectares. O território dos povos do Alto Rio Negro foi reconhecido em 15 de abril de 1998, com uma área de 8,15 milhões de hectares.

O Supremo Tribunal Federal já julgou, depois da Constituição de 1988, outras ações com as características da questão Pataxó Hãhãhãe. Uma delas, a ação Krenak, no Vale do Rio Doce, em Minas, ganhou notabilidade histórica ao devolver terras indígenas que haviam sido distribuídas a colonos na década de 50, com as mesmas características da Pataxó Hãhãhãe, ao povo Krenak. Falta apenas vontade política à mais alta Corte do país para tomar a decisão e enfrentar a situação política regional. É verdade que no Vale do Rio Doce os interesses eram de pequenos sítiantes, que no máximo influenciavam os governos municipais locais enquanto entre os Pataxó Hãhãhãe, na Bahia, a região cacauzeira é influenciada pelo poder político de influência nacional.

Além da conjuntura política, as disputas judiciais por terra no Brasil continuam fortemente influenciadas pelos direitos individuais estruturados no século XIX, que têm uma opção preferencial pela propriedade individual da terra. O caráter individualista e absoluto da propriedade da terra têm sido o traço distintivo do direito ocidental e a matriz do direito civil latino-americano. Os povos deste continente tentaram no século XX fazer leis que pudessem promover a alteração desse caráter absoluto, desde a primorosa Constituição Mexicana de 1917, passando por diversas leis de reforma agrária, inclusive a forte lei boliviana de 1952, até a experiência chilena de Salvador Allende, na década de 70, cujo fim trágico e violento estremeceu a América.

Com exceção de Cuba, nenhum outro país pôde seriamente colocar em questão a propriedade da terra. As leis oriundas da revolução boliviana de 1952 e leis colombianas e venezuelanas posteriores puderam oferecer interpretações teóricas que chegaram a estruturar uma concepção nova de propriedade da terra, marcada pela idéia de sua função social. Entretanto, mesmo esta concepção acabou por ser absorvida pelas elites a tal ponto de identificar a função social com a produtividade capitalista, quer dizer, considerar que cumpria a função social toda a terra que oferecesse renda pela produção. Nesta idéia fica de fora a função social propriamente dita, quer dizer, o seu papel integrador de culturas e protetor do meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantidor da vida no planeta.

Com o advento dos direitos coletivos, passou a ficar cada vez mais claro que a terra tem que cumprir esse papel social, ou socioambiental, de protetor do meio ambiente e das culturas a ele associadas. Mas a exclusividade no domínio de um território é o marco da cultura jurídica latino-americana, seja do ponto de vista do direito público, seja do ponto de vista do direito privado, aquele disputando soberanias absolutas e detalhadamente demarcadas, inclusive em regiões desconhecidas, este transformando toda terra em lotes privados. Por isso, apesar das mudanças legais trazidas pelas Constituições, ainda é muito difícil que os juízes interpretem as leis contra interesses da propriedade privada.

Esta posição dos juizes explica a maior facilidade de decisões favoráveis aos índios nas áreas sem predominância da propriedade privada instituída, como a Amazônia. Dentro das fronteiras agrícolas a cultura privatista já está estabelecida, gerando maior dificuldade. As organizações indígenas e os povos enfrentam interpretações restritivas a seu direito. A questão é colocada de tal forma que na Amazônia, na maior parte das vezes, o conflito se dá entre populações tradicionais, com direitos coletivos garantidos, e invasores, aventureiros, traficantes, garimpeiros e outras pessoas sem qualquer direito; dentro da fronteira agrícola, porém, o confronto se estabelece, em geral, entre as populações tradicionais que foram usurpadas de seus direitos pelos Estados e as pessoas que receberam essas mesmas glebas, como terras devolutas²⁰. Assim, o confronto se dá entre populações tradicionais e proprietários individuais, considerados pelo sistema como legítimos.

Aliás, este conflito está presente na raiz do novo decreto que regula o procedimento administrativo para a demarcação das terras indígenas, porque o Governo Federal determinou que, ao se reconhecer determinada terra como indígena, há de se chamar, por edital, todos os interessados para saber se existe ou não direito individual sobre ela.²¹ A reinterpretação dada pelo Governo Federal veio a dificultar o processo de demarcação e, inclusive, pôr em dúvida todas as demarcações anteriores. A edição do decreto foi uma vitória dos interesses proprietários anti-indígenas, mas a mobilização dos índios, suas organizações e organizações de apoio fez com que os resultados práticos contra os índios não se dessem no volume temido.

Talvez o exemplo mais claro da dificuldade de serem regulamentados os direitos coletivos estabelecidos na Constituição seja a história da Lei geral sobre os povos indígenas no Brasil. O antigo Estatuto do Índio, de 1973, ainda em vigor, tem um nítido corte individualista, integracionista e juridicamente civilista, por isso mesmo atribui às instituições jurídicas de proteção um caráter provisório, isto é, até que os índios individualmente passem à categoria de integrados à comunhão nacional, como cidadãos sem qualquer outra qualificação ou diferenciação étnica, isto é, deixem de ser índios.

Desde a promulgação da Constituição as organizações indígenas e seus aliados começaram a se mobilizar no sentido de reescrever a Lei geral, que

²⁰ Terras devolutas são aquelas que não pertencem a nenhum proprietário privado nem são de uso público. Pertencem aos Estados membros da federação desde 1891 e podem ser transferidas a particulares segundo as legislações regionais. As terras indígenas não reconhecidas eram consideradas terras devolutas e como tal foram transferidas a particulares que passavam a ser legítimos proprietários.

²¹ Em janeiro de 1996 o Presidente da República assinou o decreto n. 1775, que redefine as normas procedimentais para o reconhecimento e demarcação das terras indígenas. Neste decreto, rompendo uma tradição, foi introduzida a possibilidade de terceiros interessados, incluindo Estados e Municípios, contrariados com a demarcação, manifestarem o seu descontentamento para reivindicar direitos, indenizações ou denunciar vícios.

deveria se chamar Estatuto dos Povos Indígenas, com conteúdo de direitos coletivos. Muitas versões foram escritas e muitas discussões realizadas. Uma versão de consenso foi aprovada em Comissão do Congresso Nacional, mas por ordem direta do Presidente da República, eleito para o primeiro mandato, Fernando Henrique Cardoso, foi tirada de pauta antes que ele tomasse posse, em dezembro de 1994. Desde então, por um estranho e não confessado interesse governamental, o Estatuto ficou numa espécie de “geladeira” legislativa.

Havia alguns pontos polêmicos, como o uso dos recursos naturais das florestas, a mineração e a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Entretanto não parece ter sido estes pontos que estão a dificultar a aprovação ou a tramitação do projeto. Somente em 1999 foi retomada a discussão legislativa do Estatuto, e ficou claro que o principal entrave para sua aprovação, por parte do Governo, era a velha e superada questão integracionista. O Governo queria manter a provisoriedade das culturas indígenas, mantinha uma posição conservadora, anterior à Constituição de 1988. Os assessores diretos do Presidente da República defendiam a concepção individualista da integração pessoal e a perda da identidade indígena, concepção seguramente anterior ao próprio Estatuto de 1973.²²

Teve que haver a interferência direta do Presidente da República e uma reunião com as principais lideranças indígenas do país, em abril do ano 2000, para que a assessoria cedesse e permitisse a retomada do processo legislativo para a elaboração de um Estatuto que desse aplicabilidade e eficácia plena às normas constitucionais.²³

Este fato demonstra a extrema dificuldade de aplicação dos atuais princípios em que se baseia a nova relação entre os povos indígenas e o Estado brasileiro. Os setores conservadores mantêm a firme idéia de que os índios são um percalço no processo de desenvolvimento, e usam todo o poder para diminuir, restringir ou limitar a possibilidade não só de demarcação das terras, mas de uso delas segundo os usos, costumes e tradições de cada povo. Composto com os setores conservadores estão os militares e os interesses econômicos regionais, que muitas vezes encontram guarida em Juízes, Tribunais e altos funcionários do Governo, como aquele grupo de assessores do Presidente da República.

Por outro lado, tem ganhado força entre os povos indígenas este direito de ser reconhecido como povo. Tem-se visto nestes anos de Constituição

²² Tive oportunidade de participar pessoalmente destas discussões, na qualidade de Presidente da FUNAI - Fundação Nacional do Índio (1999-2000). A retomada da discussão, aliás, se deu por pressão direta da FUNAI e dos índios.

²³ Até a presente data, junho de 2001, o novo Estatuto não foi ainda aprovado. Pessoalmente, como Presidente da Funai, entreguei cópia do Estatuto às lideranças indígenas em abril de 2000, pouco antes de deixar a Presidência da Funai, quando também foi entregue ao relator do tema no Congresso Nacional. Foram retomadas as discussões e o texto está pronto para ser votado.

grandes mobilizações de povos e de grupos de povos na busca da aplicação dos direitos coletivos. Aos exemplos já citados, entre eles o dos Panará, se somam muitos outros, como o das organizações indígenas dos povos amazônicos, dos povos do nordeste, dos guaranis, etc.

As atuais organizações e movimentos reivindicatórios indígenas têm uma diferença muito grande com os anteriores a 1988. É que os atuais movimentos reivindicam direitos que podem ser compreendidos pelo sistema, já que sempre propugnaram por direitos coletivos. Antes da Constituição eram pedidos utópicos, sonhos que ganhavam o status de reivindicações. Estes sonhos entraram no Direito, passaram a fazer parte do que os juristas chamam de catálogo dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e podem, a partir de então, ser reivindicados não mais como esperança política, mas concretização jurídica, que sem deixar as ruas ganham os átrios dos Tribunais, e devem ser reconhecidos pela Administração Pública, mas quando não o são, podem ser garantidos em decisões judiciais. Isso fez com que o movimento indígena e também o popular, ganhasse mais uma nova e importante dimensão, a jurídica.

8. A territorialidade compartilhada

Os nomes que o Direito brasileiro, no decorrer dos tempos, deu aos territórios indígenas é revelador do conteúdo que se atribuía ao direito outorgado. Reserva era o nome utilizado pela Lei de Terras de 1850, Lei nº 601, e guardava a idéia de reservar um espaço territorial aos povos que fossem encontrados na colonização e distribuição chamada de ordenada das terras a quem tivesse capital para nelas investir. Nas terras reservadas os índios deveriam ficar até que aprendessem um trabalho “civilizado” e pudessem ser integrados à vida nacional. Embora reservados, os direitos eram provisórios, mas sempre ligados a um espaço territorial.

A palavra “área” foi também usada, para finalmente chamar de “terra indígena”. O nome território nunca foi usado e, ao contrário, foi intencionalmente negado. É claro que há uma não muito sutil diferença entre chamar de terra e território. Terra é o nome jurídico que se dá à propriedade individual, seja pública ou privada; território é onome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional. Assim, o território é um espaço coletivo que pertence a um povo. A mesma ideologia que nega a existência de povo, como veremos adiante, nega o uso do termo território.

Apesar disto, os direitos indígenas na América Latina sempre está ligado a um espaço territorial, receba o nome que seja.

A idéia de uma reserva provisória enquanto os indivíduos aprendem um trabalho integrador, que na maior parte dos casos os transformaria em camponeses, está ultrapassada. O novo momento constitucional é marcado pelo reconhecimento de direitos coletivos, que incluem direito a um caminho próprio de desenvolvimento e a um território. O limite deste direito coletivo é a auto-determinação de transformar-se em Estado. O temor dos setores conservadores, especialmente dos militares, é que as lutas por direitos indígenas se transforme em lutas por libertação nacional ou lutas de independência, como se costuma dizer na América. Daí o verdadeiro terror em chamá-los de povos, usar a palavra território e a categoria auto-determinação.

A Constituição Boliviana reconhece todos os direitos dos grupos indígenas como direitos de povos, mas não os chama assim. Garante que as autoridades naturais das comunidades indígenas podem exercer funções de administração e aplicação de normas próprias, inclusive na solução alternativa de conflitos, mas chama seus territórios de “tierras comunitarias de origen” (Bolívia, 1995, art. 171). Aliás, no ano de 1994 foi promulgada a Lei de Participação Popular²⁴ que tinha como objetivo “reconhecer, promover e consolidar o processo de participação popular, articulando as comunidades indígenas, camponesas e urbanas, na vida jurídica, política e econômica do país.” Para isso estabelecia como base da participação popular, a fixação dos cidadãos a um espaço territorial determinado e, a partir dele, a organização política. A unidade de participação popular passaria a se chamar, assim, OTB - Organização Territorial de Base.

A busca pela participação, pelo reconhecimento de direitos coletivos, é comum a praticamente todos os Estados latino-americanos, que têm reinventado o sistema jurídico para reconhecer estas garantias coletivas e possibilitar novas perspectivas de vida local. Entretanto, o local, na lei latino-americana, está sempre vinculado a um espaço territorial. Os povos e os direitos que extrapolam um espaço territorial determinado ficaram fora do sistema. O reconhecimento de direitos coletivos dos povos indígenas fica, assim, limitado a um território e se faz necessário, para o sistema, localizá-lo em um território.

Exatamente essa relação de direitos coletivos com um território está na raiz dos limitados direitos das populações de origem africana, que tanto no Brasil como na Colômbia têm direitos reconhecidos em espaços demarcados, como remanescentes de antigas comunidades que viviam escondidas do sistema escravista. Este direito não se estende aos demais descendentes.

Na proteção dos direitos coletivos ambientais, também recentemente criados, a territorialidade tem a mesma importância. O sistema jurídico passou a proteger espaços territoriais que pode chamar de unidades de conservação. Os espaços

²⁴ Lei n° 1551, de 20 de abril de 1994, chamada "Ley de Participación Popular".

territoriais são definidos pela função que exercem ou podem exercer, como as matas ciliares, ou porque são remanescentes de biotas preservadas. As áreas preservadas em geral são terras por qualquer razão inacessíveis ou ainda fora da fronteira agrícola. Entre as causas da inacessibilidade está a presença de povos indígenas que lutam pela sua posse, como é o exemplo de largos trechos da Amazônia.²⁵

Assim, quando o povo e seus direitos estão circunscritos a um território, apesar das dificuldades já expostas, tem sido possível reconhecê-los e garanti-los. Uma grande dificuldade surge quando não há essa circunscrição territorial, como no caso dos ciganos, ou a circunscrição não é clara, como no caso dos Guarani.

De fato, há povos que sempre entenderam a possibilidade de seu território ser partilhado por outros povos, convivendo num mesmo espaço, com mútuo respeito, culturas diferentes. Muitas terras indígenas demarcadas abrigam mais de um povo, como a Terra Indígena do Alto Rio Negro, com suas vinte etnias diferentes. O problema de compartilhar o território é exclusivamente dos povos que o habitam, desde que esteja demarcado e reconhecido pelo respectivo Estado Nacional (Povos Indígenas, 2000: 243).

Não é mesma coisa com o território Guarani, como já se viu. Outros povos, como os kaingang e os xokleng, viviam no espaço que os guarani consideravam ser seu. Por isso não foi muito grave que os brancos também chegassem e ocupassem parte dessas terras. A diferença é que os brancos não só ocuparam, mas alteraram em profundidade a biota, trocando a natureza, isto é, substituindo as plantas e os animais, alterando os acidentes geográficos, derrubando florestas, cortando morros, construindo lagos, secando mangues.

Os guaranis, que pelo seu direito compartilhavam territórios, começaram a se sentir cada vez mais expulsos de sua própria terra porque já não podiam reconhecer os locais onde se manifestavam os espíritos dos antepassados e recebiam os conselhos e punições dos deuses. A terra já não era a mesma e com seu desaparecimento já não tinha sentido compartilhar o território. Os guaranis, viajantes do tempo e do espaço, buscam o direito de continuar vivendo onde seu território existe com flora, fauna e acidentes que conhecem e cuja linguagem podem entender e se fazer entender. Esses lugares, entretanto, são os mesmos que a civilização ou o direito atual considera bens de direito coletivo, bens de todos, guarda e mostra do meio ambiente ecologicamente equilibrado. E aí, dizem os intérpretes, não se aceitam seres humanos; as unidades de conservação, ou os espaços que sobraram da devastação, devem ficar incólumes.

Dois direitos coletivos, aqui, se conflitam. Mas é um falso conflito, porque ambos buscam guardar, preservar um território contra a devastação da

²⁵ As fotografias aéreas da Amazônia mostram com clareza o desenho das áreas indígenas; quando tiradas de dia, é visível o processo de desmatamento em seu entorno, quando de noite, pode-se observar os pontos de luz artificial marcando o desenho exato das áreas indígenas.

propriedade privada, do direito individual da acumulação dos bens, inclusive florestais. É falso conflito porque os índios não guardam apenas a floresta, mas o conhecimento a ela associado, inclusive os segredos de seu renascimento. Os guarani conhecem cada planta e suas associações com animais e solos e, ao ser reforçado este e aquele direito coletivo, confrontado com os direitos individuais e suas estranhas patentes, é possível sonhar que um outro Direito pode ser inventado, que da aridez do velho direito individual pode nascer uma rosa.

Ao se admitir direitos coletivos de povos, surge no horizonte a possibilidade de reivindicar direitos que não são territoriais, embora as vezes apareçam ligados a um espaço de terra, como o dos guarani. Exemplo típico é o da parcela de povo pankararu, originário do nordeste brasileiro, mas que imigrou para o sudeste, acabando por viver em favelas de São Paulo. A reivindicação desta parcela não é voltar para seu território tradicional, onde vive a maioria de seus parentes, mas conseguir um espaço cultural rural em São Paulo, onde possam cultivar plantas sagradas e praticar seus rituais longe de olhos curiosos de vizinhos amedrontados e não raras vezes violentos.²⁶

Outros povos que jamais reivindicaram território exclusivo, mas que comecem a reclamar direitos, na medida em que vislumbram a possibilidade de uma vida menos secreta, por que menos perigosa, é o cigano.

Por outro lado, o problema não termina quando a terra é demarcada, ainda que em dimensão adequada ao povo que a habita, como ficou demonstrado na urbanização desordenada e não prevista da criação de cidades indígenas na Amazônia.

9. Os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais

É claro que os direitos coletivos, especialmente dos povos indígenas, não se limitam à questão do território, ultrapassam-no e atingem o âmbito do direito ao desenvolvimento, ou aos direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais. A diferença destes direitos daqueles estabelecidos nos pactos internacionais de direitos humanos está no caráter coletivo que estes adquirem e que por isso representam uma novidade para o sistema jurídico e potencializa sua função emancipatória.

²⁶ O povo pankararu é originário de Pernambuco, tendo conseguido depois de 1988 ter uma terra demarcada nesse Estado. A terra é pequena para manter os quatro mil índios que sobrevivem em seu território tradicional e não comporta a volta dos favelados de São Paulo, que atingem uma população de mil índios. Mesmo que comportasse, estes já não desejam voltar, constituíram uma parcialidade com reivindicações próprias. Os de Pernambuco continuam reivindicando o aumento de suas terras, inclusive porque tampouco podem praticar seus rituais sagrados longe de olhares curiosos.

Tanto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, ambos de 16 de dezembro de 1966, a idéia é a garantia de direitos individuais. O artigo primeiro dos dois Pactos é idêntico e tratam dos direitos dos povos. Afirmam que os povos têm direito de dispor de si mesmo e determinar o seu estatuto político, promovendo livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Neste sentido, ambos Pactos reconhecem aos povos o poder de dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, não podendo jamais ser privados de seus meios de subsistência.

O conceito de povo para a ONU e para o direito internacional, que está empregado nos Pactos e outros documentos oficiais, se limita à base humana de um Estado Nacional, sem qualquer diferenciação interna. Povo, então, quer dizer a soma simples de todos os cidadãos individualmente tratados e que vivem sob um território nacional determinado, jurisdicionado por um Estado. A Constituição do Estado Nacional deve reconhecer direito a todos e a cada cidadão, por igual. Nesta perspectiva as minorias, os excluídos, as populações locais organicamente estruturadas, os esquecidos, os anteriores e os distantes que não participam da direção do Estado têm seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, escolhidos pelo Estado, ou pela classe dirigente do Estado, e não por sua organização própria.

Neste conceito de povo fica clara a armadilha da autodeterminação. Os povos têm a autodeterminação para se constituir em Estado, desde que não estejam sob a jurisdição de um Estado já constituído. Organizado o Estado, a autodeterminação, ou a livre disposição de si mesmo como povo, significa o seguimento das regras legais estabelecidas pelo próprio Estado. O reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, pelo direito internacional é, pois, o direito à autodeterminação dos Estados que garantam os direitos individuais, entre eles o de propriedade.

Portanto o conceito de povo dos Pactos não é o mesmo usado neste trabalho, nem está adequado aos povos indígenas. Aliás isto é claro para o Direito Internacional. A Organização Internacional do Trabalho produziu duas Convenções acerca dos povos indígenas, a Convenção 107, de 5 de julho de 1957 e, mais recentemente, a Convenção 169, de 27 de junho de 1989. O primeiro versava “sobre a proteção e integração das populações tribais e semitribais de países independentes” e adiantava o que viria disposto no Pacto dos Direitos Civis e Políticos quase dez anos depois, e que no artigo 27 proibia aos Estados negar às pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas os direitos de convivência e uso comum da cultura, religião e idioma.

O caráter destes direitos eram individuais, porque o chamado catálogo de direitos admitia apenas direitos individuais, qualquer idéia coletiva era en-

tendida como metajurídica, isto é, era reivindicação política ou social, muitas vezes proibida, alcançando a categoria de antijurídica.

A Convenção 169, ao contrário, em seu preâmbulo reconhece o desejo dos “povos indígenas e tribais ao controle de suas próprias instituições, formas de vida e de desenvolvimento econômico compatível com sua identidade cultural, lingüística e religiosa”, dentro dos marcos legais dos Estados em que vivem. Assim, estabelece que o Convênio se aplica aos “povos tribais em países independentes”. (Gómez, 1991)

A Convenção mudava o caráter do direito, considerando-o coletivo e os Estados Nacionais não admitiram que a palavra “povo”, mesmo acrescida de tribais, fosse o designativo das populações indígenas. Para resolver o impasse, a Convenção estabeleceu que a palavra povo, quando empregada por ela, não tinha o significado que lhe dá o direito internacional.²⁷ Com isso, imaginam os Estados que ficava afastada a interpretação de que os povos indígenas venham a ter direito a autodeterminação, isto é, à constituição de Estados próprios.

Os povos indígenas latino-americanos, embora tenham participado das guerras de independência, nunca se propuseram a constituir Estados próprios; sempre lutaram por direitos próprios em território compartilhado e em respeito às formas de vida de cada um. Isto fica muito claro, hoje, no levante indígena de Chiapas, México, e nas lutas Mapuche no Chile, ambas com momento de duro enfrentamento aos Estados Nacionais, no caso de Chiapas inclusive com armas. Apesar disso, as elites locais temem que cada povo, ou alguns deles, lutem por uma independência local, enfraquecendo a soberania nacional.

Ironicamente, o enfraquecimento das soberanias nacionais está se dando pela globalização, enquanto os povos locais precisam – exatamente na luta contra esta globalização que uma vez mais tenta integrá-los não mais como cidadãos, mas como consumidores ou fornecedores de conhecimento – de soberanias nacionais fortes que consigam garantir seus direitos coletivos de sobrevivência.

Por isso as minorias, os excluídos, as populações locais organicamente estruturadas, os esquecidos, os anteriores, os distantes, os que não têm capital, precisam de um Estado forte que os proteja dos direitos individuais, dos proprietários, dos capitais e dos poderes globais. Precisam reinventar o Estado, retirando-lhe a lógica do capital, substituindo-a pela lógica dos povos.

Curitiba, junho de 2001.

²⁷ O artigo 1º, numeral três, estabelece, claramente, o significado, ou o não significado, da palavra povo: “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en el que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (Gómez, 1991)

Direito socioambiental

Introdução. Os direitos individuais da modernidade. Os novos paradigmas jurídicos. Os bens e direitos socioambientais. O dano ambiental.

Introdução

Quando, organizado o processo constituinte, a Assembléia Nacional começou a escrever o que seria a Constituição Brasileira de 1988, um grupo de índios de diversas nações e regiões se mobilizou para garantir que ali estivessem inscritos os direitos de todos os povos que vivem no território chamado Brasil. Não havia deputados indígenas, como na Colômbia poucos anos depois, mas a participação dos índios e seus aliados, antropólogos, advogados, filósofos, historiadores foi marcante. O processo de pressão e esclarecimento a cada deputado esteve aliado a uma discussão permanente com as comunidades indígenas e com a sociedade civil. Contando com muita sorte, conhecimento regimental e amplas alianças, logrou-se escrever um capítulo que rompe com a tradição de desprezo assimilacionista e reconhece a cada povo o direito à própria existência. É verdade que o texto não chama os povos de povos nem seus territórios de territórios, mas usando perífrases, omissões e elos para interpretações consegue garantir que haja povos e territórios. Aos índios fora reconhecido direito autônomo e originário.¹

Em outra trincheira, não muito distante, os ambientalistas tentavam convencer os deputados de que a preservação e proteção ambiental era necessária e imperiosa. O momento oportuno (a Conferência de Estocolmo de já havia alertado a humanidade para os problemas da poluição e já havia um crescente clamor pela proteção ambiental) e a perseverança de deputados como Fá-

¹ Artigos 231 e 232.

bio Feldmann fizeram com que outro capítulo fosse escrito garantindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, protegido para as presentes e futuras gerações.² O texto surgido é juridicamente revolucionário, porque garante não direitos individuais, mas a todas as gerações, inclusive às futuras; garante assim um direito aos coletivos futuros.

A preservação do patrimônio cultural brasileiro foi outro tema introduzido na Constituição de 1988 após pressão da vontade popular, garantindo não só a proteção dos bens materiais como dos imateriais portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.³ Também neste ponto a ruptura é nítida: antes da Constituição somente se consideravam bens do patrimônio cultural aqueles reconhecidos pelo Poder Público. A partir de 1988 os bens são objetivamente integrantes do patrimônio cultural, independentemente da vontade de do Governo, o que significa que já não há dúvida de que o direito que paira sobre estes bens não é estatal, mas público coletivo, do povo.

Entretanto, o tema mais disputado, mais renhido, foi o da reforma agrária que envolvia a questão da função social da propriedade: de um lado a questão social, muito presente na Constituição, integrada à sua sistemática, propugnando por um propriedade relativa e somente protegida enquanto cumpridora de uma função social e ambiental e de outro a velha propriedade do século XIX, absoluta, protegida a qualquer preço, como coisa sacrossanta, intocável, como se fosse o supremo direito de cada um e o paradigma único da liberdade. Esta disputa gerou um texto que permite uma interpretação ambígua que, somada à ideologia dominante dos juízes e tribunais, pode sobrepor a propriedade aos interesses sociais e populares.⁴ A sua ambigüidade, porém, foi uma avanço em relação a exclusiva interpretação do Código Civil: a propriedade privada tornou-se um tema de direito público, isto é, de interesse público e como tal passou a ser tratada pela Constituição. Porque é ambíguo, o tema e a prática continuam polarizados e se dão enfrentamentos diários do movimento social com a política governamental que defende a velha propriedade absoluta.

Estas quatro questões, apesar de terem sido trabalhadas isoladamente no processo constituinte, têm entre si uma estreita ligação que torna coerente o texto constitucional e conforma a proteção dos direitos sociais e da cidadania não só como direitos individuais, mas como direitos coletivos.⁵

Ao reconhecer e proteger direitos coletivos como ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos próprios valores étnicos e impor à propriedade privada

² Artigo 225

³ Artigos 215 e 216.

⁴ Sobre este tema escrevi o livro "Função social da terra: propriedade ou vida"

⁵ O nome direitos e deveres coletivos foi introduzido na Constituição no Capítulo Primeiro do Título Segundo.

restrições fundadas nestes direitos, como é o capítulo da reforma agrária, a Constituição de 1988 abre as portas para um novo direito fundado no pluralismo, na tolerância nos valores culturais locais na multietnicidade, que rompe com a lógica excludente do Estado Constitucional e seu Direito único. Mas apenas abriu as portas, o sistema, com sua força e prepotência não tem permitido que por ela entrem os povos.

De fato, todos estes direitos novos criados pela Constituição de 1988 necessitavam ser trabalhados para que a jurisprudência, a teoria jurídica e a cidadania os assimilasse, usasse e respeitasse. Cada grupo de interesse criou seus próprios espaços no trabalho social. O direito dos consumidores ganhou um Código que de alguma forma ajudou aos outros direitos e sua teoria começou a ser formulada. Talvez fosse o mais fácil porque mais próximo ao sistema e à sociedade de consumo, de regulamentação mais necessária para a concorrência capitalista.⁶

O patrimônio cultural brasileiro logrou vitórias notáveis com a nova sistemática e muitos núcleos urbanos foram tombados e já avançou bastante a discussão do patrimônio imaterial. Os ambientalistas cresceram e os índios e seus amigos indigenistas que já contavam com alguma organização antes da Constituição se reorganizaram. Os agraristas aprofundaram a interpretação legal e o movimento social pela reforma agrária ganhou destaque internacional.

Do ponto de vista teórico jurídico, para todos estes movimentos e ainda outros como o de direitos humanos, gênero, raça, opção sexual, houve um aprofundamento. Se antes a defesa destes direitos era pura paixão, utopia e luta política, depois da Constituição se pode somar ao sonho o estudo jurídico porque o Judiciário e o Ministério Público passaram a ser chamados a participar da realização desses direitos. Os advogados dos movimentos voltaram às Faculdades em cursos de pós graduação e muitos professores se tornaram aliados. O discurso jurídico ganhou substância na medida em que a defesa dos direitos coletivos deixou de ser considerado objeto meta-jurídico e os Tribunais passaram a conhecer pedidos não vinculados ao patrimônio individual dos requerentes. Um novo direito nascia com todos os problemas, dificuldades e reações do velho sistema de acumulação capitalista.

Nesse caldo de cultura propício ao desenvolvimento teórico e à prática judiciária foi criada uma organização chamada Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) que trabalhava de forma harmônica e integrada ao Programa Povos Indígenas do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI).⁷ O

⁶ Os direitos de consumidor são também direitos coletivos, como há outros na Constituição. Todos eles analisados em profundidade têm um forte potencial emancipatório. Entretanto neste trabalho de introdução aos direitos socioambientais, vamos dar prioridade aos quatro outros temas, podendo utilizar exemplos dos coletivos.

⁷ O NDI foi fundado por indígenas como Ailton Krenak, Marcos e Jorge Terena, Paulinho Paiaká, Davi Yanomami, antropólogos como Beto Ricardo, João Pacheco e Manuela Carneiro da Cunha, o filósofo

NDI se propunha a tornar efetivo os direitos coletivos indígenas. Neste sentido toda sua atividade era voltada para: 1) propor ações judiciais paradigmáticas que construíssem uma jurisprudência hegemônica favorável a esses direitos coletivos; 2) intervir com denúncias e ações concretas que pudessem alterar as políticas públicas relativas aos povos indígenas; 3) estudar e propor reformas legislativas no sentido de garantir, por meio de leis, que os direitos coletivos dos povos indígenas fossem substantivamente reconhecidos e garantidos. Os logros do NDI, fundado em outubro de 1988, estão registrados num livro teórico organizado por Juliana Santilli e num compêndio prático das ações propostas, organizado por Ana Valéria Araújo.⁸

Com a possibilidade de levar a Juízo questões que antes eram consideradas meta-jurídicas, como os direitos coletivos, paulatinamente a doutrina jurídica começou a aceitar e realizar estudos de direitos indígenas, ambientais e sociais. A exigência de respaldo teórico fez surgir juristas ambientalistas, aumentando o número de advogados indigenistas e advogados considerados “populares”. Livros eram publicados, ações propostas, discussões, seminários, reuniões realizados. Já não havia a certa altura formulação indigenista que não incidisse em meio ambiente, patrimônio cultural ou exigisse um novo conceito de propriedade agrária. As questões ambientais e culturais se misturavam de forma célere, na compreensão de que a cultura não tem subsistir num ambiente hostil, e não há nada elhor para preservar o ambiente do que uma cultura a ele adequada.

Foi nesse momento que o NDI junto com os integrantes do Programa Indígena do CEDI convidaram ambientalistas radicados principalmente no SOS Mata Atlântica e resolveram fundar uma nova organização que cruzasse as questões sociais com as ambientais, ampliando o horizonte dos direitos coletivos indígenas para sua verdadeira dimensão: direito dos povos, direito das diferenças, ao mesmo tempo que ampliasse também a idéia de proteção ambiental, retirando dela o aspecto negativista, anti-humano, para dar-lhe um sentido de direito coletivo de povos. Para dar um nome a essa organização fundada em abril de 1994, aprovou-se, provisoriamente, o de **Instituto Socioambiental**. O nome provisório ganhou perenidade e a palavra socioambiental escrita na Fazenda da Serra, em Resende, para servir de nome provisório ganhou asas próprias, vencendo a imensidão dos mares e a altitude das serras ingressando no dicionário das lutas sociais.

e político Márcio Santilli, eu mesmo como advogado, depois reforçado por Ana Valéria Araújo, Juliana Santilli e Sergio Leitão, entre muitos outros.

⁸ SANTILLI, Juliana (Org). Os direitos indígenas na Constituição de 1988. Porto Alegre : NDI/Sergio Antonio Fabris Editor. 1993 . ARAÚJO, Ana Valéria. As ações judiciais do NDI. São Paulo : Instituto Socioambiental. 1995.

Os direitos individuais da modernidade

A palavra socioambiental, portanto, não foi inserida na Constituição de 1988. Para entender o que sejam Direitos Socioambientais é necessário partir do conceito de direitos coletivos, inscrito na Constituição, como vimos. Entretanto, para a compreensão dos direitos coletivos a leitura da Constituição não é suficiente, é necessário entendê-lo em sua plenitude e sempre em cotejo com o direito individual, porque a Constituição reconheceu a existência de direitos coletivos ao lado dos individuais, quer dizer não os excluiu nem aboliu. Mesmo assim, do ponto de vista jurídico, isto é uma ruptura com a modernidade que apenas concebia direitos individuais, material ou imaterialmente apropriáveis a um patrimônio individual economicamente valorável. Os direitos coletivos, contrariando este fundamento da modernidade, não são valoráveis economicamente nem podem ser apropriados a um patrimônio individual.

O direito da modernidade foi assentado no indivíduo, como direito individual, responsabilidade individual, vontade individual e autonomia dessa vontade. Os bens que cada sujeito de direito ou pessoa (indivíduo) adquire vão formar o seu patrimônio, evidentemente individual. Todas as coisas, frutos, animais, plantas e minerais podem ser objetos do direito individual, portanto integráveis a um patrimônio individual, inclusive, e até com certa preponderância, a terra.⁹ As pessoas devem ser livres para livremente poderem dispor de seu patrimônio e negociarem à vontade por meio de contratos, que são a manifestação de vontade de pessoas livres e iguais entre si, garantida a execução pelo Estado (Poder Judiciário). Como se vê, todo o sistema é montado com base nos direitos individuais e na livre disposição dos bens objeto desses direitos.

Dentro desta lógica seria impensável a introdução de um direito coletivo que não fosse o conjunto ou soma de direitos individuais, e como direitos individuais, tratados. Assim, os direitos “coletivos” tradicionais no sistema são várias pessoas proprietários de um bem comum, que integram a seu patrimônio privado a parte ideal a que tem direito (condomínio). Isto quer dizer que cada um é proprietário individual de uma parte da coisa, sendo mantido o princípio da individualidade e o da disponibilidade. Os raros titulares não individuais de direitos concebidos por este sistema foram criados para solucionar situações transitórias. São processos ou passagens de bens, cujo titular morreu ou acabou, para os futuros titulares individuais, que serão conhecidos e definidos no próprio processo. Por isso mesmo essa titularidade não individual do bem é provisória até que encontre um novo titular.¹⁰

⁹ Ver especialmente meu livro “Função Social da Terra : a Propriedade e a Vida”. O sistema jurídico moderno excepciona os bens do Estado, como bens de uso público, que na realidade passam a ser fictivamente individuais, propriedade da ficção “Estado” como pessoa jurídica.

¹⁰ Nesta situação estão a massa falida e o inventário. Chama-se massa falida o conjunto de bens e direitos (patrimônio) da pessoa jurídica que faliu. Os credores a administram e entre si pagam as dívidas, até que todos os bens sejam transferidos aos credores ou sucessores. Inventário é o processo pelo qual se repartem os bens e

Da mesma forma, os bens considerados de ninguém são provisórios, até que alguém deles se aproprie. Portanto a lógica do sistema jurídico da modernidade era: nenhum bem sem proprietário individual, todas as coisas devem ou podem pertencer a uma pessoa.

É claro que o Estado moderno e seu Direito foram criados para um determinado sistema econômico ou modo de produção, a liberdade, segurança e igualdade propugnadas pela Constituição francesa tinham paradigmas claros que garantiam, em última instância, os direitos individuais e, ainda mais precisamente, o direito individual de propriedade, assim, em todas as Constituições deveriam estar garantidos os direitos de propriedade e para o sistema econômico o que mais interessava proteger era a propriedade dos meios de produção, entre eles a terra. O sistema econômico continua o mesmo, mas o capitalismo liberal foi obrigado a aceitar introduções para manter a propriedade privada e o sistema de acumulação de bens que lhe é inerente. No início do século XIX não aceitava nenhuma instância ou pessoa que servisse de intermediário entre o cidadão e o Estado, sob a alegação que qualquer direito é individual e, portanto, não poderia haver reivindicações de grupos.

Para resolver problemas internos, inclusive comerciais, o sistema criou as pessoas jurídicas¹¹ que foram se diversificando e ultrapassaram o caráter meramente comercial ou piedoso e beneficente, e ganharam representatividade, colocando-se como entes intermediários entre o cidadão e o Estado. É o caso dos sindicatos e em grande medida dos partidos políticos.

Os sindicatos são pessoas jurídicas unas, e por isso tem patrimônio próprio, são proprietários e singularmente exercem esse direito. Mas, independentemente de seu patrimônio particular, representam direitos que, ainda que invisíveis ao sistema jurídico porque não claramente estabelecidos na lei, que insiste em reconhecer na relação de trabalho contratos individuais, são efetivos e coletivamente apropriados pela classe trabalhadora. Por isso é muito comum os juristas e políticos entenderem as reivindicações coletivas dos trabalhadores como manifestações políticas e não efetiva reivindicação de direitos

Por outro lado, fora do sistema jurídico privado, individual, foram sendo criados direitos coletivos dos povos em relação a outros povos, que foram internacionalmente reconhecidos, como o direito a autodeterminação, ao auto governo, ao território e aos recursos naturais nele existente, à própria cultura, língua, religião, costumes e organização jurídica, e à liberdade e, principalmente, à soberania. Entretanto, todos estes direitos coletivos de povos se exaurem no momento em que se constitui (por meio da Constituição Política) um Estado que os abriga. A partir do Estado constituído (no conceito de Constituição

direitos (patrimônio) do falecido, até que sejam todos adjudicados aos herdeiros ou credores.

¹¹ As pessoas jurídicas são uma ficção criada pelo Direito dando status de indivíduo a uma coletividade formada pela lei ou pelo contrato. O próprio Estado passou a ser considerado pessoa jurídica e com isso passou a ter direitos individuais e responsabilidades civis individuais.

Política está a garantia de direitos e liberdades) como que se desfaz a idéia de povo que se dissolve em indivíduos capazes de direitos. Os Estados, entretanto, continuam a ser titulares de direitos internacionais frente aos outros Estados, de forma soberana. Teoricamente, e apenas teoricamente, portanto, os povos continuam titulares dos direitos de autodeterminação e soberania, mas os Estados são consideradas as pessoas jurídicas titulares desses direitos.

Assim, a cultura jurídica constitucional, que também pode ser chamada de moderna, capitalista, contratualista ou liberal, solidificada no século XIX, construiu um sistema de garantias de direitos individuais relacionados aos bens físicos, patrimoniais, que são objetos da propriedade, estreitando e limitando todos os espaços do direitos coletivo. Por isso, no dizer clássico, os interesses coletivos são meta-jurídicos, vivem no espaço do sonho, do ideal, da utopia e o Direito, sistema normativo fechado, não pode incluir sonhos em seus Códigos. Se os sonhos não cabem nos Códigos e o silêncio da lei é lei, os sonhos não são leis.¹² Se os sonhos não podem ser legislados e o direito se confunde com a lei, sonhar não é direito.

Portanto, para a modernidade a lacuna existe apenas num mundo de sonho e ficção, que em conseqüência não é jurídico e se conquista com luta política, por isso, diziam, as reivindicações coletivas não pertencem ao mundo do Direito, mas ao da política, não podendo ser buscados nos Tribunais, mas sim nos Parlamentos e nos escritórios da Administração Pública. A crise deste sistema é óbvia: a modernidade, com este discurso pretendia incluir todos as pessoas na mesma cultura do contratualismo, onde todos têm direito a ser proprietário. Isto não ocorreu apesar das mudanças e o sistema hoje já não está mais preocupado com a inclusão, mas abertamente age e prega a exclusão, por isso já não quer mais falar em cidadão, mas consumidor ou usuário.

Se esta alteração houve no lado dos sujeitos do direito, o outro lado, o objeto, a coisa, o bem, também sofreu modificações importantes. Desde de Locke a acumulação é de bens materiais, ouro, prata, âmbar, e o dinheiro como sua representação. Alguns bens imateriais começaram a fazer parte do patrimônio, como a marca, o ponto de comércio e logo depois a invenção, a criação e, então, a moral. O conhecimento e as relações passaram a ter valor econômico e, portanto, adquiriram a qualidade de bem jurídico, objeto de direito. Com a mudança do sujeito passando de individual a coletivo e o objeto de material a imaterial, o velho paradigma do direito moderno foi superado e os sonhos humanos puderam entrar na ordem jurídica, basta poder realizá-los.

¹² Bartolomé Clavero, o historiador do direito constitucional espanhol, professor da Universidad de Sevilla, ao analisar o silêncio da constituição espanhola sobre certas atribuições do poder judiciário, diz: “la falta de la ley, también es ley”. CLAVERO, Bartolomé. El tercer poder. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann. 1992

Os novos paradigmas jurídicos

As mudanças vem ocorrendo há muito tempo, mas só recentemente é que se pode notar a alteração sistêmica, porque antes ocorriam ou se manifestavam em leis isoladas dentro do sistema. O Decreto-Lei 25/37, que instituiu o tombamento de bens culturais no Brasil foi um marco¹³, quase trinta anos depois, aparece o Código Florestal, Lei 4.717/65¹⁴ como outro marco, e mais vinte anos depois surge no sistema brasileiro uma lei procedimental, que permite ao Poder Judiciário apreciar estes direitos como tais, a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.357/85¹⁵. Figura como grande marco, especialmente pelo importância modificadora do sistema jurídico brasileiro, a Constituição de 1988, porque afinal reconheceu a existência de direitos coletivos, fazendo-os perder a invisibilidade. As leis posteriores a 1988 já trazem a marca deste novo sistema, como, por exemplo o Código do Consumidor, que garante direito a qualquer pessoal ainda que não aderente ou usuário de venda ou oferta de serviço.

O jurista italiano Mauro Capelletti entende que a grande diferença entre estes direitos e os tradicionais está na relação deles com o Estado. Os tradicionais são garantidos pelo Estado, estes devem ser promovidos pelo Estado. Textualmente:

“Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita a sua violação, os direitos sociais –como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho– não podem ser simplesmente <atribuídos> ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentos destes direitos e das expectativas por eles legitimadas”.¹⁶

Some-se a isto a cada vez menor relevância dos patrimônios físicos reais. Quer dizer, os bens jurídicos e não apenas os direitos sobre eles, são cada vez mais intangíveis. O patrimônio de uma grande empresa não se conta mais pelo número de bens que tenha como proprietário, porque não lhe pertence as

¹³ O Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, criou o tombamento como instituto para declarar protegidos bens históricos e artísticos, de tal forma que impunha aos proprietários conduta restritiva no exercício de seu direito. É um marco porque é a primeira lei brasileira que, com base na nova ordem constitucional que permite a intervenção do Estado na ordem econômica, impõe restrições ao exercício da propriedade privada, o que significa dizer, estabelece obrigações a este exercício, não apenas direitos.

¹⁴ O Código Florestal, Lei 4.717, de 15 de setembro de 1965, estabelece que o exercício do direito de propriedade sobre as florestas consideradas de preservação permanente, como as matas ciliares, topo de morro, encostas e outros, se dará com restrições, obrigando o proprietário a atos de preservação e conservação.

¹⁵ A Lei de ação civil pública, Lei 7.357, de 24 de julho de 1985, estabelece o processo judicial pelo qual se apura a responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio cultural, ao meio ambiente a aos consumidores, mais tarde se agregou a este elenco os “interesses difusos”. A legitimidade para propor a ação é das pessoas jurídicas de direito público, o Estado e suas organizações, incluído o Ministério Público. Esta legitimidade foi estendida às ONGs.

¹⁶ CAPELETTI, Mauro. Juízes legisladores. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris. 1993. p. 41

lojas, nem os locais, nem móveis que a adornam, porque tudo é franqueado, é de terceira pessoa. O patrimônio se conta, e vale, pela marca que ostenta ou o sabor que descobriu, a forma da embalagem que a contém ou o potencial de crescimento.

Isto vale também para os patrimônio individuais, tem muito mais valor a cobrança de um dano moral do que um material, uma pessoa ofendida, especialmente se o ofensor for rico, poderá receber uma indenização muito maior que todo o seu patrimônio material. Desta forma, se pode dizer que nestes novos tempos os direitos são intangíveis e os bens de maior valor, inclusive econômico, passaram a ser o saber e o conhecimento, sempre que ele possa ser transformado em produto de consumo de massas. Vale mais o potencial do que o produto em si, remédio, cosmético, sabonete, sanduíche. As grandes empresas da atualidade não vendem coisas, mas a marca da coisa, o seu sabor, odor ou criador.

Como o Direito passou a regular estas coisas intangíveis, apareceram outras intangibilidades juridicamente possíveis. Se a moral individual, a dignidade pessoal, o sabor, a marca, o nome do criador podem ser objeto do direito individual, por que não podem ser o meio ambiente, a cultura, a memória e as necessidades coletivas? O sistema jurídico acabou admitindo que essas intangibilidades coletivas fossem bens jurídicos e passou a buscar a elas um titular. Aquilo que podia fazer parte de um patrimônio individual foi facilmente assimilado, mas aqueles bens que não se realizam em um patrimônio individual têm maior dificuldade de aceitação. Os direitos imateriais de caráter pessoal, como o dano moral e os direitos de autor se concretizam juridicamente como qualquer bem material, apresentando apenas dificuldade de valoração, resolvida pela aritmética. Os não pessoais, mas que podem se realizar individualmente, tampouco encontram grande dificuldade de assimilação pelo sistema, como os direitos do consumidor. Já direitos coletivos de suprir necessidades humanas, como direito à alimentação, moradia, educação, cuja realização pode ser individual mas afronta a política estatal, ainda quando estão reconhecidos como direitos, têm gerado inadimplência dos Estados Nacionais. Há ainda direitos coletivos cuja violação não atingem nem afetam patrimônio individual e tampouco podem ser realizados individualmente, como a poluição, o mau uso da propriedade que viola o patrimônio cultural ou ambiental. Em todas estas situações há um direito geral, de todos, de muitos ou de alguns protegido, e por isso é direito coletivo, a diferença existente é que na última o direito jamais se realiza individualmente. Deve ficar claro que o que interessa ao Direito Socio-ambiental é o caráter coletivo destes direitos e não sua realização individual. É claro que se realiza o direito coletivo à moradia garantindo direito a todos e a cada um, mas com políticas públicas e não com soluções individuais. Isto quer

dizer que o Direito Socioambiental transforma políticas públicas em direitos coletivos, porque a política estatal que viola direitos coletivos está violando direitos garantidos legalmente e não apenas contrariando grupos de interesse.

O ser coletivo titular do direito, o “todos”, “muitos” ou “alguns”, pode ser formado por um grupo de pessoas que vive de forma diferente dos outros, como os índios, como pode ser a universalidade humana ou um conjunto difuso. Estes novos direitos tem como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais.

Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos tem dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros.

Se não há possibilidade de identificar este fenômeno com um titular, que seja pessoa, nos termos da dogmática tradicional, aparentemente estamos diante de um não-direito, o que faz alguns juristas temerem a palavra direito e usarem “interesse”. Na realidade não é tão importante discutir se o nome disto é direito ou interesse, o que importa é verificar as conseqüências jurídica que isto traz.

É evidente a ausência de titulares desse direito porque não se pode encontrar quem o possa adquirir e integrar a seu patrimônio ou encontrar a relação contratual que lhe deu origem. Para a cultura contratualista é fundamental o momento da passagem do bem de um a outro patrimônio, porque é neste contrato de passagem que reside a legitimidade da propriedade, se o contrato é válido, a propriedade é legítima. Para os direitos socioambientais, que não derivam de contratos, não interessa perquirir o momento da aquisição, ou da proteção do bem. O direito coletivo, assim, é fruto da lei, quer dizer da criação e determinação da sociedade por seus representantes nas instâncias próprias. Não pode haver proteção a estes direitos senão quando a lei assim o determina, porque a sua criação significa criação de deveres para os titulares de direitos individuais. Na realidade, disso se trata, a criação de obrigações ao Estado e aos outros titulares de direitos individuais de exercerem seus direitos de modo a realizar o direito coletivo.

Os direitos coletivos são, portanto, função abstrata da lei que se concretiza independentemente da consciência ou vontade do sujeito¹⁷. Não é ne-

¹⁷ A Lei aqui está concebida não como uma expressão formal da cultura contratualista, que a imagina integrada a um sistema normativo escrito e de preferência codificado, com sua eficácia e alcance próprios. Por Lei

cessário sequer ser fumante para ter direito a que os vendedores de cigarros estampem corretamente o seu produto. Nem o mais rigoroso inverno diminui o direito a precisa informação na venda de equipamentos de ar refrigerado. Não é preciso estar circunstancialmente sem casa para ter direito a moradia, nem ser filiado ao movimento de sem-terras para ter o direito ao trabalho no campo.

Não só na versão consumidor, evidentemente, desaparece a figura individualizada do titular. Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mas isto não restringe o direito aos que são ou podem ser afetados por um desequilíbrio. Todos tem direito a preservação dos bens culturais, ainda que não veja, não sinta ou não goste da cultura em questão.

Mas, note-se, quando estamos dizendo que todos têm direito a estas coisas, a palavra direito, aqui, está no preciso termo jurídico de ser seu titular. Dito de outra forma, cada um individualmente, é titular do direito sobre a relação ou a coisa, mas essa titularidade não pode ser apropriada, transferida, alienada, quer dizer, este direito não integra o patrimônio individual de cada um. Por isso mesmo este direito é difuso, de titularidade difusa, não porque não se possa contar o número preciso de seus titulares (em alguns casos se pode), mas porque a titularidade não se prende a essas pessoas, se alguém nasce adquire a titularidade sem diminuir a dos outros, se um morre, não aumenta a dos outros, este é o sentido de seu caráter difuso.

Ao mesmo tempo que estas relações e bens têm pairando sobre si uma titularidade difusa, têm, concretamente falando, uma titularidade individual. Quer dizer, a relação entre produtor/vendedor/consumidor é uma relação concreta, real, juridicamente estabelecida, na qual pessoas adquirem, alteram, modificam, alienam bens e direitos que passam a integrar ou saem de seus patrimônio privados.

A dominialidade do bem ambiental ou culturalmente protegido também tem esta característica. Ele mesmo como bem individuado faz parte, integra um patrimônio -público ou particular-, mas há, do ponto de vista da sociedade, uma titularidade difusa que altera sua essência.¹⁸

Isto quer dizer, juridicamente, que nas relações de consumo, além de uma relação contratual ou comercial, já fartamente regulamentada pelo sistema jurídico contratualista, em pelo menos dois códigos, o comercial e o civil, com suas eventuais conseqüências penais, há uma outra relação, de caráter difuso, que interfere, tem poder modificativo, limitador da relação jurídica concreta, mas é diferente e não se confunde com a relação comercial ou com a relação contratual do comprador com o vendedor. Esta segunda relação obriga o co-

neste novo paradigma há de se entender aquilo que deriva de uma vontade ou necessidade maior da sociedade, que devem estar contidos no sistema normativo que a rege, mas não é formal. Por exemplo, quando a Constituição brasileira determina a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado não necessita de lei formal para definir esse equilíbrio no caso concreto, ele pode ser verificado empiricamente.

¹⁸ ver a propósito o meu livro Bens Culturais e proteção jurídica. Porto Alegre, UE/Porto Alegre. 1997. 140p.

mercante ou prestador de serviço com a sociedade e não com o comprador concreto. É uma obrigação de nova ordem que limita a liberdade contratual e impõe condição que vão além da simples informação.

Esta relação de novo tipo, no direito positivo brasileiro, ainda está muito próxima da relação de compra e venda, estritamente contratual e parece que algumas vezes se confunde com ela, criando-se um sistema de maior proteção do comprador genérico e virtualmente enganado. Na realidade o direito do consumidor interessa também à grande empresa, que define seu contrato público, coletivo, e vê, assim, garantida pelo Estado a relação de consumo. O cidadão, para a empresa, se transforma em consumidor. Assim, o prestador do serviço ou vendedor também tem interesse neste direito coletivo. É, em outras palavras, a versão de massa do velho acordo bilateral de vontade.

Entretanto, nos direitos coletivos existentes na proteção jurídica dos bens socioambientais (ambientais e culturais) a coisa é bem diferente, até mesmo no direito positivo brasileiro. Aqui não há confusão nenhuma entre os titulares, porque até mesmo o proprietário individual de um bem protegido é titular, junto com todos, do direito coletivo difuso. Aqui o Direito vem criando novos conceitos jurídicos, como o de dano ambiental e cultural e o de bem de interesse público. Neste campo do Direito, o das coisas, as relações são sempre mais claras. Trata-se aqui de direitos sobre coisa alheia. Isto é, nos sistemas ocidentais, como o brasileiro, que protege a propriedade privada, os direitos coletivos socioambientais, se exercem sobre bens materiais alheios e privados.

Por isto estes direitos coletivos, enquadrados na dogmática jurídica da modernidade, podem ser considerados direito real coletivo sobre coisa alheia, com todas as características dos direitos reais, oponível erga omnes e diretamente relacionados a um bem jurídico. Neste caso um bem jurídico especial, que ganhou uma proteção extra, capaz de alterar sua essência, modificando o regime de propriedade, impondo-lhe limitação, transformando mesmo sua função social. Exatamente porque faz tudo isso ao mesmo tempo, não se confunde com a limitação administrativa¹⁹, direito do Estado de ordenar o uso da propriedade, nem com a função social²⁰, atributo valorativo da propriedade, embora limite a propriedade e lhe dê atributo valorativo.

¹⁹ Limitação administrativa é um instituto do Direito Administrativo que se resume na possibilidade do poder público, especialmente municipal, regulamentar e restringir o exercício do direito de propriedade para ordenar a ocupação do solo. O grande e recorrente exemplo é o recuo de construção existente nas cidades, que é a faixa de terreno que não pode ser edificada, para melhor a aeração e ensolação ou mesmo circulação das ruas.

²⁰ Função social da propriedade é um atributo que se dá à propriedade, especialmente a imobiliária, apara que ela sirva à coletividade, embora o proprietário exerça direta e exclusivamente o domínio. Em concepção mais geral, a função social da propriedade privada urbano é servir de moradia, ou de planta industrial ou comercial, já a rural sempre esteve ligada diretamente à produção de bens agropecuários. A moderna concepção de função social da propriedade absorveu a idéia de proteção das relações de trabalho e do meio ambiente.

O direito real coletivo sobre coisa alheia exercido por todos sobre os bens de interesse público são mais do que limitações administrativas, porque independem do Estado e podem se exercer até mesmo contra ele e mais do que a função social da propriedade, porque é uma modificação na essência da coisa.

O jurista brasileiro José Afonso da Silva analisando os bens integrantes do patrimônio cultural, os bens tombados, afirmou:

“Observa-se que, enquanto o conceito pacífico e geral da função social da propriedade privada se traduz essencialmente na imposição, ao titular do direito sobre a coisa, de certas obrigações pessoais (*ob rem*), de modo a tornar socialmente útil a titularidade privada do direito mesmo, mas não se traduz num regime especial da coisa em si, a configuração de uma categoria de bens privados com especificação pública pressupõe um regime especial (...). Em tais casos, esses vínculos constituem não apenas obrigações *pessoais* “*ob rem*” e não são, portanto, de considerar a mera consequência da aplicação do conceito de função social da propriedade, mas se traduzem num *regime especial da coisa em si* (...).”²¹

Os bens e os direitos socioambientais

Os direitos socioambientais não são aqueles formados pela mera soma de direitos subjetivos individuais assim como o bem socioambiental não é aquele que possui vários proprietários individuais, ainda que de forma indivisa. Os bens socioambientais são somente aqueles pertencente a um grupo de pessoas, cuja titularidade é difusa porque não pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos.

A diferença jurídica entre uma e outra situação é que o formado pela soma vários individuais, torna cada parte disponível a seu proprietário, no socioambiental não. Isto porque o direito não pode ser dividido por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes. Não são passíveis de alienação, portanto não podem ser reduzidos ao patrimônio de um indivíduo, são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, intransferíveis. Não tem valor econômico em si para cada indivíduo, embora tenha um enorme valor (não econômico) para a coletividade, exatamente por isso é inapropriável individualmente²².

Acerquemo-nos, antes de mais nada, do bem socioambiental. Se o meio ambiente deve ser entendido não apenas como a natureza, mas também modificações que vêm sendo feita pelo homem, se pode dizer que é “composto

²¹ SILVA, José Afonso da. Aspectos jurídicos do patrimônio ambiental. São Paulo : FAUUSP, 1981. p.9

²² O fato de não ter valor econômico em si não significa que não possa gerar renda individual ou para a comunidade. Ele não tem valor econômico porque não é passível de alienação, mas sua destruição ou um dano a ele causado pode vir ser, em casos extremos, valorado economicamente.

pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo”²³. Acrescente-se a isso a forma e os meios de se comunicar, os saberes e os fazeres, reprodução física e cultural, o conhecimento coletivo sobre a própria história e a natureza com quem comparte a vida.

A proteção e preservação socioambiental, porém, não pode ser total, porque tanto a natureza como a cultura humana sofrem modificações permanentemente e as transformações fazem parte do próprio conceito de vida. Sendo assim, não se trata impedir qualquer modificação a qualquer bem natural ou cultural, porque seria o mesmo que dizer que a natureza e os produtos da intervenção humana são intocáveis, ou mortos. Sendo assim, a sociedade, através da lei, escolhe alguns bens que devem ser protegidos e como o devem ser. Estes bens escolhidos é que podem ser chamados de bens ambientais, culturais ou socioambientais.

Portanto, os bens socioambientais são todos aqueles que adquirem essencialidade para a manutenção da vida de todas as espécies (biodiversidade) e de todas as culturas humanas (sociodiversidade). Assim, os bens ambientais podem ser naturais ou culturais, ou se melhor podemos dizer, a razão da preservação há de ser predominantemente natural ou cultural se tem como finalidade a bio ou a sociodiversidade, ou a ambos, numa interação necessária entre o ser humano e o ambiente em que vive.

Este conjunto de bens passaram a preocupar o direito desde há muito tempo, mas não podiam encontrar uma proteção jurídica efetiva porque se contradiziam com a propriedade privada, posto que estes bens se confundem, quase que invariavelmente, com bens jurídicos privados. Por isso até o advento do Estado providência (constituições de Weimar, México, e Brasil de 1934) que introduziu um obrigação ao titular do direito de propriedade, qualquer proteção somente poderia se dar com a prévia transformação do bem em coisa pública. Quer dizer, a proteção de uma casa histórica ou de uma árvore ou um bosque só seria efetiva se estes bens integrassem o que se chama de patrimônio público, porque o proprietário privado tinha o poder e o direito de os não preservar. Isto significa que antes do Estado providência, que abriu a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica e na propriedade privada, os bens ambientais e culturais tinham que ser transferidos do patrimônio do particular para o do Estado, pela desapropriação, para serem preservados.

A partir da possibilidade jurídica de impor limites à propriedade priva-

²³ SOUZA FILHO, C.F. Marés de. Bens culturais e proteção jurídica. p.9

da e restringir seu uso, nasceu um direito de preservação da coisa, contraditório e superior ao direito individual de propriedade. Contraditório porque a ele se opõe e superior porque limita o exercício do direito do proprietário à preservação ou conservação publicamente requerida. Este direito a preservação das coisas essenciais para a manutenção do meio ambiente natural e cultural tem a titularidade difusa, como já se demonstrou acima, e vem aceleradamente crescendo na doutrina, na jurisprudência e na lei.

Entretanto, a existência deste direito socioambiental, coletivo, não impõe somente uma restrição ao uso da propriedade privada. O bem socioambiental se sobrepõe ao bem público, ao bem privado, ao bem fora do comércio e ao chamado *res nullius*. Quer dizer, a sua existência independe da natureza jurídica da coisa. Para esta categoria de bem não importa a qualidade do proprietário, um árvore pública pode ser considerada imune de corte tanto quanto uma privada e, assim o sendo, nem o proprietário público nem o privado poderão cortá-la; mesmo as coisas que não admitem apropriação podem vir a ser bens socioambientais, como o ar, a água ou uma pedra e isto não importa necessariamente que venham a ter uma dominialidade que, se não é nenhuma, há de ser pública.

São socioambientais, portanto, todos aqueles bens necessários a manutenção da biodiversidade e sociodiversidade, que compõem o meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁴ ou que sejam evocativos, representativos ou portadores de referência à memória das culturas e o conhecimento coletivo. Estes bens são assim reconhecidos por lei, ato administrativo ou sentença judicial, o que vale dizer, que quando ainda não reconhecidos podem vir a sê-lo por ato judicial, quando a Administração Pública não o faz. Portanto existem no mundo jurídico, são objeto de direito.

A lei tem atribuído o nome de patrimônio a cada conjunto de bens socioambientais, assim nomina patrimônio cultural, genético, ambiental, arqueológico, etc. Entretanto, tecnicamente, patrimônio é o conjunto de bens e direitos de uma pessoa. Quer dizer, o patrimônio está sempre ligado a uma pessoa (física ou jurídica, privada ou pública), que é seu titular. Um patrimônio é sempre conhecido pelo seu titular, se diz que é o patrimônio da União ou do Município, ou do Senhor Tal ou da empresa qual. Já não é mesma coisa quando a lei utiliza os termos patrimônio nacional, ambiental, cultural, genético, arqueológico, cultural, bibliográfico, histórico e tantos outros, porque a estes não corresponde um único titular nem corresponde a uma pessoa (física ou jurídica). Ou, dito de forma diferente e mais precisa, cada um destes patrimônios é conjunto de bens agregados por valores especiais (socioambientais) que se compõe e se integram por bens de diversos patrimônios individuais (públicos e privados).

²⁴ Por meio ambiente ecologicamente equilibrado se entende juridicamente como aquele que é capaz de manter a vida de todas as espécies que o compõe. Isto significa que os bens isoladamente tomados sofrem dano ou ameaça de dano, quando põe em risco a vida da espécie ou o equilíbrio de sistema.

O fato de não corresponderem a um titular individual que os congregue, não retira a característica de “patrimônio” aos bens socioambientais, porque são um conjunto de bens que se agregam por características próprias e geram direitos, não a particulares, mas a todos ou alguns, difusamente. São conjuntos de bens especialmente protegidos, cuja titularidade existe e não é individual, porque a sua proteção é direito de toda a sociedade, isto quer dizer, há um direito coletivo, ou, há uma titularidade coletiva sobre os bens socioambientais ou sobre o patrimônio socioambiental.²⁵

Vejam, então, o direito chama de patrimônio pelo menos duas coisas totalmente diferentes, a primeira o patrimônio individual, composto de bens e direitos de um único titular, qualificados pelo titular do direito e não pelas características dos bens que o compõe, e um segundo, um patrimônio coletivo, qualificado pelas características inerentes ao bem, de titularidade difusa, que podemos chamar de direito coletivo.

Os patrimônios ambiental, cultural, histórico, genético, artístico etc. são compostos de bens materiais e imateriais, como um bosque, uma casa, um documento, um planta, um quadro, o conhecimento ou um canto. É de se supor que os bens materiais, dentro do sistema jurídico ocidental atual, tenham uma pessoa que individualmente seja titular do direito de propriedade sobre ele. Tomemos como exemplo uma casa, um bem imóvel que necessariamente tem um titular que pode usá-la, dela dispor e até destruí-la para no terreno construir outra casa ou um jardim de begônias. Este proprietário tem o direito pleno de propriedade, mas não absoluto. Se a casa for integrante do patrimônio cultural o proprietário passa a ter restrições em relação aos poderes do direito de propriedade, já não poderá destruí-la ou danificá-la, ou modificá-la, já não pode transformá-la em um jardim de begônias. Mas, ainda mais profundo do isto, todos (a sociedade toda) passam a ter direitos sobre a casa, direito de vê-la, de protegê-la, direito a sua integridade física e paisagística. Não se trata de um direito genérico, mas específico sobre o bem, não é uma limitação àquela categoria de bens, mas um direito existente sobre o bem determinado.²⁶ Para existir o direito de todos é fundamental que exista a coisa, quer dizer, a coisa é como um suporte onde vive o direito coletivo, mas o suporte pode ser propriedade individual.

Todo bem socioambiental tem pelo menos duas expressões jurídicas e comportam, assim, dupla titularidade. A primeira é do próprio bem, material-

²⁵ Há quem não goste do termo direitos coletivos, e prefira dizer direitos difusos, ou ainda interesses difusos, mas o que menos importa na discussão é o termo empregado, assim como haverá quem conteste o termo bens socioambientais. Basta que se admita que a sociedade inteira é titular da proteção do bem e que nestes bens se incluem tanto os naturais quanto os culturais.

²⁶ Sobre a relação deste direito com a limitação administrativa, função social da propriedade, propriedade intelectual e obrigação de prestação da fato negativa, ver meu livro Bens culturais e proteção jurídica, já citado, especialmente o capítulo II.

mente tomado, a segunda é sua representatividade, evocação, necessidade ou utilidade ambiental e a relação com os demais, compondo o que a lei brasileira chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este direito é disposto como se estivesse em camadas, na primeira camada um direito de titularidade individual, que é o direito de propriedade (público ou privado), na segunda camada o direito coletivo a sua preservação para garantia socioambiental. Os dois não se excluem, ao contrário se completam e se subordinam na integralidade do bem, como se fossem seu corpo e sua alma.

Esta situação encontra semelhança no direito de autor, que é também um direito duplo, embora duplicidade de dois direitos individuais. O pintor, autor de uma tela, tem direitos que não transfere com a tela, como o direito de autoria, mas o proprietário dela, proprietário do suporte, mantém, com a aquisição, integralmente seu direito de propriedade. Os dois direitos convivem em harmonia, se completando. Se este quadro, porém, além dos dois direitos existentes é integrante do patrimônio artístico nacional ou local e sobre ele repousa a especial proteção de bem cultural (artístico), não se pode mais falar em duplicidade de direitos, mas de triplicidade, porque pairando sobre o autor e o proprietário da tela, nasce um direito coletivo a sua preservação, proteção e exposição. Neste exemplo se pode ver claramente que a duplicidade de direitos individuais (e não se está falando em condomínio) pode subsistir numa única pessoa: o pintor pode ser proprietário do bem, mas quando se agrega o direito coletivo, necessariamente haverá mais de um titular. Mesmo que o bem seja de propriedade de um ente público a dualidade continua, porque o ente público não é titular do direito coletivo que pode ser exercido até mesmo contra ele. Os bens públicos pertencem, enquanto propriedade, a uma pessoa jurídica de direito público (Estado ou estatal) e a titularidade coletiva não, é de todo o povo que não se confunde com o Estado.

Isto significa que o proprietário de um bem sobre o qual paira dioreitos coletivos socioambientais não pode dispor da camada intangível que o compõe e, ao contrário disso, tem obrigação de preservá-la. Pode dispor do bem, materialmente considerado (o suporte), mas ao vendê-lo, doá-lo ou transferi-lo de qualquer modo, haverá de garantir que o novo proprietário o mantenha para que o intangível direito coletivo sobre ele não sofra dano. Isto diferencia as titularidades dos direitos existentes, o proprietário individual é proprietário do suporte e de todos os seus benefícios econômico-financeiros, pode dele dispor totalmente, mas tem obrigação de preservá-lo, a sociedade (todos) têm direito à parte intangível do bem, mas não apenas a exigir a obrigação do proprietário, mais do que isso, tem direito à existência do bem, a sua visibilidade, integridade e publicidade. Quer dizer, trata-se, efetivamente de outro direito, exigível, indisponível e imprescritível, coletivo ou difuso.

O dano ambiental

Com o conceito de patrimônio e de bem socioambiental, já podemos enfrentar o idêia jurídica de dano socioambiental.

Juridicamente dano é um evento que reduz, diminuiu ou retira valor a um patrimônio determinado. A ação que destrói uma casa ou que faz com que uma pessoa perca um negócio certo ou ainda que inutiliza um papel de crédito, é dano ao patrimônio do seu titular, porque ficou diminuído com a ação, houve uma redução patrimonial. Portanto o dano civil, público ou privado, é um ataque a um patrimônio individualizado que o reduz. Se este ataque é causado por outra pessoa, o dano deve ser reparado, isto é, o patrimônio deve ser reconstituído. Para que haja a reparação há de ter sido causado com culpa do causador. Tomemos como exemplo um papel de crédito, se um terceiro inutiliza uma nota promissória, evidentemente há um dano ao papel, mas se o honesto devedor paga a dívida ainda que inutilizado o título, não se pode falar em dano causado por sua deterioração. Se o devedor não paga, porque o título está inutilizado, há um dano e será reparado se houver culpa da ação predatória do agente.

No dano socioambiental o que importa não é o patrimônio ofendido, mas o bem em si. Se houve uma deterioração em prédio histórico, por exemplo, evidentemente houve uma perda para o patrimônio histórico da cidade ou do país, mas não é essa perda que ganha relevância jurídica, e sim a violação da norma protetora, o que interessa é o dano causado ao bem. Isto se dá igualmente com o patrimônio natural, porque se há a derrubada de uma árvore imune de corte, não importa o patrimônio do proprietário da árvore, mas sim a violação da proteção em si mesma porque a derrubada da árvore imune de corte pode até aumentar o patrimônio do titular, que poderá vender a madeira ou ter seu terreno valorizado comercialmente. Inversamente ao exemplo do título de crédito, o dano socioambiental existe porque houve deterioração do bem e não porque houve redução patrimonial individual. É que o patrimônio socioambiental não se valora economicamente, mas é apenas o conjunto dos bens existentes, por isso cada um deles é tratado como se fosse o único.

O dano civil, portanto, agredindo bens privados ou públicos, é dano a um patrimônio individual, sem importar qual bem especificamente. O dano ambiental (necessariamente coletivo, portanto público) agride um patrimônio de titularidade difusa. Quer dizer, civilmente a lei protege o patrimônio individual (entendido como o conjunto de bens e direitos de uma pessoa), enquanto ambientalmente, a proteção a patrimônio ambiental é a cada bem específico, escolhido e determinado, ainda quando este bem é de difícil tangibilidade, como o ar, a água e o meio ambiente ecológicamente equilibrado.

Retomemos o exemplo da casa histórica. Um dano causado a uma casa histórica, tombada pela União federal e pertencente a um indivíduo, pode ser concomitantemente um dano civil. Se um terceiro atea fogo a casa deliberadamente, está cometendo um dano ao proprietário, dano civil, mas ao mesmo tempo está causando um dano ao patrimônio histórico da cidade, dano ambiental. O dano causado ao patrimônio individual se traduz num valor monetário específico e se dirá que o incêndio causou um dano de tantos reais, já o dano histórico é incalculável, por exemplo, neste incêndio se perdeu a última casa da cidade construída na época da imigração com tecnologia adaptada. Quando se pode traduzir a perda em unidades monetárias, estamos falando de perda patrimonial de um indivíduo, ainda que seja de um ente público.

Um bem integrante do patrimônio ambiental pode sofrer danos patrimoniais sem, entretanto, atingir o seu valor ambiental. É o caso da casa histórica que sofre uma pedrada em um dos seus vidros, o valor econômico do vidro quebrado é um dano ao patrimônio individual, mas pode não ser ao bem cultural, posto que substituível e sempre que seja substituído. Por outro lado, há danos ambientais que não se configuram danos econômicos, como a demolição de uma casa histórica para a construção de um edifício atendendo à especulação imobiliária ou o corte de uma árvore imune como no exemplo dado acima.

O dano ambiental e o civil ou patrimonial não se confundem, portanto, o primeiro atinge o bem, a sua integridade enquanto bem ambiental, a sua razão de ser ambiental, a sua característica de insubstituível, de essencial, de representativo, evocativo, o segundo atinge o patrimônio de uma pessoa, o conjunto de seus bens e direitos individuais, mesmo que a ofensa seja moral, no sistema do direito positivo moderno.

Esta diferença básica e fundamental tem várias conseqüências que repercutem diretamente na forma e determinação da responsabilidade e de sua reparação. A primeira diferença é que o titular individual dos direitos sobre o patrimônio não pode causar dano a si próprio, quer dizer a seus bens, mas pode causar dano ambiental a bem de sua propriedade. Quando alguém destrói, mutila ou permite a deterioração de um bem de sua propriedade, não se pode dele exigir reparação, por duas razões, a primeira, de ordem técnica jurídica, por falta de alguém com titularidade para fazê-lo, a segunda de ordem lógica, mas não menos jurídica, porque seria tirar de um patrimônio para repor o mesmo patrimônio, o que é de prática impossível e utilidade nenhuma. Entretanto, se o dano é causado à própria propriedade, mas ela é, ao mesmo tempo, um bem socioambiental, tem o proprietário obrigação de reparar, não para recompor o seu patrimônio que está irremediavelmente diminuído, mas o bem socioambiental que vive na alma de seu patrimônio, com o sacrifício da propriedade de outro bem. Esta diferença sozinha é capaz de demonstrar que há dois direitos total-

mente diferenciados sobre um bem socioambiental, o individual do proprietário do bem materialmente tomado e o coletivo do valor socioambiental que ele é portador, um proprietário individual do corpo e outro coletivo da alma.

A segunda diferença é que a obrigação de reparar um dano socioambiental não depende da culpa do causador. Esta é uma decorrência do caráter fundamental da preservação cultural ou natural. O bem não pode sofrer dano porque é direito fundamental de todos, porque garante a biodiversidade e a sociodiversidade, porque protege, em última instância, a própria vida humana, coletiva, sobre o planeta. Se o bem não pode sofrer dano e sofreu, deve ser restaurado antes que um mal maior possa advir. Assim, se um rio está sendo poluído, não só tem que cessar imediatamente a ação poluidora, como os males causados tem que ser revertidos, garantindo a vida do próprio rio e do ecossistema que abriga. Portanto, é fundamental a reparação sendo também fundamental a obrigação de reparar. Esta obrigação é antes de mais nada, de quem causou o dano, independentemente de culpa, daí porque se dizer, juridicamente, que a obrigação de reparar é objetiva, não depende de nenhum elemento subjetivo, mas apenas do nexo de causalidade. O causador do dano tem que reparar o dano causado.

Vai ainda mais longe esta consequência, a reparação é obrigatória até mesmo para o caso do dano ter sido causado por eventos naturais ou fortuitos ou ainda quando não se saiba quem o causou ou quem o causou não possa arcar, por insolvente, com os custos da reparação. Se assim é, sempre a coletividade, através do Estado, haverá de ser responsável subsidiário pela reparação. Quer dizer, o erário há de ter sempre, subsidiariamente, a obrigação de repará-lo, porque se entende que aquele bem não pode ficar danificado. Quando a sociedade reconhece valor cultural ou natural a um bem e decide por sua preservação decide arcar com o ônus dessa preservação, assim, qualquer pessoa que cause dano haverá de repará-lo, objetivamente falando, mas se esta reparação individual for impossível, por qualquer razão, o erário, que é o dinheiro de todos, haverá de arcar com a reparação, prioritariamente.²⁷

Há, ainda, uma terceira consequência, a reparação há de ser com a reconstituição do próprio bem e não com o seu pagamento em valor correspondente, em dinheiro ou outros bens patrimoniais, por isso esta reparação é, na realidade, uma restauração, isto é, uma ação que elimine os danos causados e reponha o bem na situação exata em que estava antes. Esta consequência altera ou dá novo entendimento ao princípio *poluidor pagador*, porque não se trata de pagar pelo dano causado (por pagamento se entende a recomposição monetária

²⁷ O caráter objetivo da responsabilidade está consignado na lei brasileira desde 1977 (Lei 6.453, de 17.10.77) e ratificada pela Constituição de 1988, artigo 225, § 3°. Ver a propósito o livro de Paulo Afonso Leme Machado, Direito ambiental brasileiro, em seu Título IV, Responsabilidade civil, reparação do dano ecológico e meios processuais para a defesa ambiental. A subsidiaridade do erário é uma interpretação sistemática.

do dano, ou a recomposição patrimonial), se trata de restaurar o bem, portanto, o princípio deve ser entendido como poluidor (causador do dano) restaurador (que arca com os ônus da restauração). Esta diferença acaba por ser grande quando pensamos que muitas vezes a restauração ultrapassa em muito o valor do próprio bem. Enquanto o dano civil tem como limite o valor patrimonial do bem danificado, no dano ambiental este limite deixa de existir exatamente porque não se trata de recomposição de valor, mas de restauração do bem em si, ou da restauração material ou do suporte, para que possa continuar existindo, incólume a alma que abrigava.

Ao entendermos o dano ambiental e sua reparação desta forma, se exclui totalmente a idéia de *direitos a poluir*, ou limites regulamentares de poluição. O regulamento ou mesmo a lei que estabelece limites a poluição ou utilização de bens ambientais como florestas, não pode ser interpretada como o direito do proprietário de usar o bem até o limite, porque o direito fundamental garantido é à vida (biodiversidade e sociodiversidade), portanto, mesmo abaixo do limite estabelecido pode acontecer uma ameaça ao ambiente ou à vida, causando dano a um bem ambiental, gerando a obrigação de cessar o dano e de repará-lo. Por esta razão é de difícil aceitação a estipulação de um seguro ambiental, que transfere para terceiros o ônus de eventual dano ambiental, como se está usando nas grandes corporações econômicas e, ainda mais grave e menos aceitável, a idéia de transferências de potencial de poluição.

A transferência do potencial de poluição, que já aparece em alguns setores da economia, deve ser rechaçado prontamente, em primeiro lugar porque não existe direito a poluir até determinado limite e em segundo lugar, por que, em nenhuma hipótese pode ser aceita a possibilidade de ultrapassar o limite apenas porque em outro lugar não se o atingiu. Este instituto, semelhante a transferência de potencial construtivo das cidades, se fundamenta no direito a usar o meio ambiente, deteriorando-o até certo limite, o que configura um direito a poluir. Este direito é tipicamente patrimonial, como se fizesse parte do patrimônio de uma pessoa o direito a poluir, podendo a pessoa transferi-lo para outra. A poluição é um dano ambiental, portanto quando se coloca limite se está dizendo que tal ato ou tal circunstância por ser suportada pela natureza até um limite, a partir daí ocorre o dano, mas sempre referente ao bem ambiental localizado, não a um patrimônio genérico. Imaginemos uma casa histórica, quando o tombamento estabelece que a proteção é apenas de seu exterior, significa que pode haver alterações em seu interior, o proprietário pode (tem direito) a alterar o interior da casa, mas este direito não pode ser transferido a terceiro que tenha o impedimento em sua casa histórica de alterar o interior, evidentemente. Portanto o direito de alterar o interior somente é transferível junto com a propriedade do bem, não isoladamente.

Até aqui analisamos o dano causado a bens que mantêm um suporte físico e que, por isso mesmo, ao sofrerem uma violação vêm violado o suporte, o que determina a existência de um dano físico. Há bens socioambientais, porém, que existem independentemente de suporte, como o conhecimento, as manifestações de arte popular, etc. Os danos causados a estes bens são mais preocupantes e muitas vezes irrecuperáveis. Algumas vezes, para a manutenção e preservação destes bens é necessário criar um suporte, como filmagem, desenhos descrições, mas nem sempre a criação de suportes é imune de consequências danosas, a descrição do conhecimento, por exemplo, pode servir para seu uso por terceiros, descaracterizando ou retirando direitos a uma população, assim como pode servir de apropriação individual através de transferência do direito coletivo ao individual por meio de patentes e registros.

Os direitos socioambientais sem suporte físico são, assim, ainda mais frágeis do que os outros e necessitam uma normatização mais eficaz. Evidentemente o sistema jurídico moderno baseado na individualidade e patrimonialidade privada não tem respostas para a proteção destes bens, cumpre, portanto criá-las, justamente porque a maior ameaça a estes bens vem exatamente da apropriação privada, para uso e gozo da acumulação individual.

Exatamente por isso, na busca de repostas à proteção aos bens socioambientais e à garantia aos direitos socioambientais, vai surgindo um novo conceito de propriedade, que deve ser amoldada aos anseios não só da humanidade, mas de todos os seres vivos, para que a vida continue a existir em sua multifacética expressão de cores, formas e manifestações, ao que, provisoriamente podemos dar o nome de sociobiodiversidade.

Referências bibliográficas

- ANDRELLO, Geraldo; Azevedo, Marta. **Iauretê**. Texto inédito.
- ARNAIZ AMIGO, Aurora. **Soberania e potestad: de la soberania del pueblo, de la potestad del estado**. 2ª ed. México : Porrúa. 1981.
- BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. 2 volumes. Madrid : Centro de estudios constitucionales. 1992.
- Boletim Informativo da Fundação Cultural de Curitiba. Curitiba : FCC, v.23, n.114, dez. 1996.
- BORRERO NAVIA, José Maria. **Los Derechos ambientales : una visión del sur**. Cali, Colômbia : FIPMA. 1994.
- BLUCHE, Frédéric, RIALS, Stéphane & TULARD, Jean. **A revolução francesa**. Rio de Janeiro : Zahar. 1989.
- CASAS, Frei Bartolomé de Las. **Brevissima relação da destruição das índias. O paraíso perdido**. 4ª Ed. Porto Alegre : L&PM, 1985
- CASAS, Frei Bartolomé de Las. **Obra indigenista**. Madrid : Alianza Editorial. 1985. 475 p.
- CASAS, Frei Bartolomé de Las. **Los índios de méxico y nueva españa**. 7a. ed. México: Editorial Porrúa. 1993. 225 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre : SAFabris. 1993.
- CHIAVENATTO, Julio José. **Genocídio americano : a guerra do Paraguai**. São Paulo : Brasiliense, 1981.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado: pesquisa de antropologia política**. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1978. 153 p.
- CLAVERO, Bartolomé. **El tercer poder**. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann. 1992

- CUEVA, Mario de la. **La idea del Estado**. México : Fondo de Cultura Económica. 1996.
- DINIZ, Souza. **Código Napoleão ou código civil dos franceses**. Rio de Janeiro : Record. 1962.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa : Calouste Gulbenkian. 1988.
- GÓMEZ, Magdalena. **Lectura comentada del Convenio 169 de la OIT**. México : INI, 1991. 105 p.
- GRANZIERA, Rui Guilherme. **A guerra do Paraguai e o capitalismo no Brasil** : moeda e vida urbana na economia brasileira. São Paulo : HUCITEC; Campinas : UNICAMP, 1979.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. 6ª ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra. 1989.
- HELLER, Herman. **La soberanía: contribución a al teoría del derecho estatal y del derecho internacional**. México : Fondo de Cultura Económica. 1995.
- KAUTSKY, Karl. **A questão agrária**. 3a. ed. São Paulo : Proposta Editorial. 1980.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2a. ed. Coimbra : Armênio Amado. 1962.
- LADEIRA, Maria Inês; AZANHA, Gilberto. **Os índios da serra do mar**. São Paulo : Nova Stella Ed., 1988.
- LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4a.ed. Brasília: ESAF, 1988 112 p.
- LITRANTO, Oliveiros. **A ordem internacional contemporânea. Um estudo da soberania em mudança**. Porto Alegre : SAFE. 1991.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil**. Barcelona : Altaya. 1994.
- MACPHERSON, C.B. **The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke**. Oxford : Clarendon Press. 1962.
- MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro : Paz e Terra. 1979.
- MARGADANT S., Guillermo F. **Introducción a la historia del derecho mexicano**. Naucalpan, México : Editorial Esfinge. 1997.
- MARTINA, Giacomo. **História da Igreja de Lutero a nossos dias**. São Paulo : Loyola. 1996.

- MARX, Karl. **O capital : crítica da economia política**. Livro primeiro. São Paulo : Abril Cultural. 1984.
- MIRANDA, Jorge. **Textos históricos do direito constitucional**. Lisboa : Imprensa Nacional/Casa da Moeda. 1980.
- MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra : Centelha. 1978.
- NEUMAN, Eduardo. **O trabalho guarani missioneiro no rio da prata colonial**. Porto Alegre : Martins Livreiro Ed., 1996.
- OLIVEIRA, Francisco & PAOLI, Maria Celia. **Os sentidos da democracia : políticas do dissenso e hegemonia global**. São Paulo : Vozes/Fapesp. 1999.
- Panará a volta dos índios gigantes. São Paulo : Instituto Socioambiental. 1998.
- PORTO, Costa. **O sistema sesmarial do Brasil**. Brasília : Editora Universidade de Brasília. s/d.
- Povos indígenas no Brasil : 1991-1995. São Paulo : Instituto Socioambiental, 1996.
- Povos indígenas no Brasil : 1996-2000. São Paulo : Instituto Socioambiental, 2000.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **¿Qué es la propiedad?** Madrid : Ediciones Orbis S/A. 1984.
- PUFENDORF, Samuel. **Le droit de la nature et de gens**. s/l. : Chez J. de Wetstein. 1759.
- Quem são os xetá? Curitiba : Secretaria do Estado da Cultura/Museu Paranaense, 2000. 1 CD-ROM.
- RAU, Virgínia. **As sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa : Presença. 1982.
- RIBEIRO, Renato Janine. **A última razão dos reis: ensaios sobre filosofia e política**. São Paulo : Companhia das Letras. 1993.
- RICARDO, David. **Principios de economia política y tributación**. México : Fondo de Cultura Económica. 1985.
- RYAN, Alan. **A propriedade**. Lisboa : Editorial Estampa. 1988.
- ROUSSEAU, J.J. **O contrato social: princípios de direito público**. São Paulo : Brasil Editora. 1960.

RUBIANES, Eduardo. **El dominio privado de los bienes segun la doctrina de la iglesia.** Quito : Ediciones de PUC-Ecuador. 1993

SANCHEZ, Enrique (Comp.). **Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina :** Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Peru e Venezuela. Santafé de Bogotá : Disloque Ed., 1996.

SCORZA, Manuel. **Garabombo, o invisível.** São Paulo : Círculo do Livro, s.d.

SILVA, Lígia Osório. **Terras devolutas e latifúndio : efeitos da lei de terras de 1850.** Campinas : Ed. da UNICAMP. 1996.

SOUBOUL, Albert. **A revolução francesa.** 7ª ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil. 1989.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e proteção jurídica.** 2a.ed. Porto Alegre : UE/Porto Alegre. 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba : Juruá. 1998.

THIERS, M.A. **De la propriété.** Bruxelles : Société Typographique Belge. 1849.

ULHOA, Joel Pimentel de. **Rousseau e a utopia da soberania popular.** Goiânia : Editora UFG. 1996.

VOLTAIRE, François Marie Arouet de. **Cartas Inglesas; tratado de metafísica; dicionário filosófico.** São Paulo : Abril Cultural, 1978.

VITORIA, Francisco de. **Relecciones : del estado, de los indios y del derecho a la guerra.** México : Editorial Porrúa. 1985.