



Sessão Especial: “Aldeia Multiétnica Urbana”

Johny Fernandes Giffoni – Defensor Público do Estado do Pará

Saudações,

Parentes,

Minha intervenção aqui hoje decorre de alguns projetos e ações que desenvolvemos nas cidades que atuamos como defensor público, seja na área da proteção dos indígenas na esfera penal, seja nas questões envolvendo o direito ao nome e ao reconhecimento, bem como na tentativa de discutir no âmbito da justiça estadual, e do acesso a justiça pelas populações indígenas.

Quando falamos da questão indígena, nosso pensamento logo se remete que “problema de índio é problema da Justiça Federal”, que “problema com índio é obrigação da União, do Governo Federal”, e que “índio para ser índio tem que habitar na floresta, não pode ter celular ou falar português, se assim fizer já está aculturado e não é mais índio”.

Minha fala será uma fala jurídica, não sou antropólogo, geógrafo, pedagogo, certanista, falo do ponto de vista do direito, para que tenhamos condições de refletir sobre o aspecto jurídico, porque falar de uma “aldeia urbana”, falar de um espaço de habitação coletivo para um determinado grupo cultural, os indígenas é possível. Como dito essa será uma fala jurídica, que terá como vetor interpretativo e fundante a Constituição de 1988, a Convenção 169 da OIT.

Minha fala será breve e sucinta e se baseará nos seguintes aspectos:

## **1. A VISÃO DOS INDÍGENAS ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

### Paradigma da Aculturação e da Assimilação

Importante mencionarmos que as Constituições anteriores à Carta de 1988, quanto a matéria indígena, tinham como norte o paradigma da assimilação, contexto que deve ser superado para que possamos corretamente interpretar as normas legais atinentes ao direito indígena. Neste sentido devemos ter em mente conforme nos ensina o Procurador da República Paulo Thadeu Gomes da Silva: “A aculturação produz a assimilação e a integração, como se



estas duas fossem espécies daquela, que por sua vez é gênero. Assimilação significa a alienação da cultura de origem e assimilação da cultura de acolhimento. Difere-se de integração, pois esta supõe uma aceitação/respeito dos valores culturais da sociedade de acolhimento, mas com base na preservação da identidade de origem. Portanto, a assimilação pode ser considerada como uma forma imposta de aculturação, enquanto que a integração como uma forma espontânea. Neste livro defende-se **a tese de que desde o início do processo de colonização do Brasil até o final do século XIX a política oficial do Estado brasileiro foi a da assimilação dos índios, e a partir do início do século XX até o seu final foi ela marcada pelo objetivo da integração, portanto, políticas de aculturação que conformaram o paradigma normativo vigente até a promulgação da Constituição em 1988.** (...) As políticas de assimilação, paradoxalmente, partiam da ideia da igualdade, uma homogeneização da sociedade. (...) **Com relação, especificamente, à questão indígena, pode-se afirmar, sem qualquer margem à dúvida, que até o advento da Constituição de 1988 sempre houve, por parte do Estado brasileiro, tentativas de, senão assimilar os índios, ao menos integrá-los à sociedade majoritária, portanto, aculturá-los, história essa que, conforme já escrito ao final do capítulo antecedente, precedeu ao próprio constitucionalismo brasileiro, pois que data de antes de 1824**".(grifo nosso)

Importante salientar, que todos nós fomos formados sob a ótica deste paradigma, seja indígenas ou não indígenas, e passamos a olhar as instituições sob a ótica da assimilação e da aculturação, porém os indígenas nunca aceitaram passivamente esta imposição, lutando, **organizando-se para que sua identidade não se perdesse no tempo.**

Desta forma, até a CF 88 todas as políticas públicas, bem como as legislações feitas pelos homens brancos, olhavam a "cultura indígena" como uma cultura transitória, assim o indígena deixaria de ser incapaz, quando fosse aculturado ou assimilado, assim seria capaz para o direito civil e não mais necessitava ser tutelado, acompanhado por um órgão estatal.

## **2. A VISÃO DOS INDÍGENAS APÓS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

### **Paradigma da Cidadania Diferenciada**

Como já mencionada com o advento da CF 88, que se difere dos demais instrumentos normativos fundantes do ordenamento constitucional do Estado Democrático de Direito, é fruto de um processo pós regime totalitário onde diversas forças antagônicas convergiram na positivação de direitos fundamentais, sejam de índole



econômica, de liberdade individuais, direitos sociais, culturais, reconhecendo o que denominamos no direito de PLURALISMO JURÍDICO E MULTICULTURALISMO.

A Constituição de 1988 em seu art. Art. 231, estabeleceu que “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”.

Os direitos indígenas foram positivados na CF de 88, fruto da organização e pressão do movimento indígena, segundo a Professora Kelly de Oliveira, em sua obra sobre o Movimento Indígena do Nordeste: “ *A Constituinte foi o momento de negociações políticas intensas, no qual Estado e sociedade reorganizaram suas relações em um processo de redemocratização que propiciou a participação de uma multiplicidade de setores organizados da sociedade. Esses setores, entre eles o próprio Movimento Indígena, participaram de debates em que puderam expor, aos congressistas, suas demandas, envolvendo nesse processo, além dos próprios indígenas, antropólogos, ONGS e Igreja, em um momento intenso na defesa dos direitos étnicos. A Assembleia Constituinte representou um momento de mobilização único para os indígenas*”.

A Constituição em diversos dispositivos, tais como o art. 3 e art. 5, reconheceram a pluralidade jurídica, bem como a possibilidade de aplicação de instrumentos internacionais de direitos humanos como vetores interpretativos, garantidores de direitos, e de parâmetro para o desenvolvimento de políticas públicas.

A Constituição, em matéria indígena garantiu aos indígenas o direito a diferenciação social, o que se consubstancia no que passamos a denominar de “cidadania diferenciada”, trazendo a obrigatoriedade para cada ente federativo, bem como para os demais entes da administração pública, A OBRIGAÇÃO DENTRO DE SUAS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS, EXECUTIVAS E JUDICIÁRIAS, a levarem em conta na formulação, implementação, gestão e execução das diversas políticas públicas, o multiculturalismo e as condições peculiares (condições culturais, históricas, geográficas, dentre outras) das nações indígenas que habitam nosso território.

**ATENÇÃO: O DIREITO A PROPRIEDADE COMO UMA PROPRIEDADE COLETIVA, IDEIA DE PERTENÇA E LIGAÇÃO COM A TERRA, COM A MÃE TERRA. IDEIA DE INTERLIGAÇÃO COM TODOS OS ELEMENTOS QUE A ELA ESTÁ LIGADA, POSSUEM UMA COSMOLOGIA PRÓPRIA, UMA DIMENSÃO PRÓPRIA RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO.**

### **3. DIFERENÇA ENTRE O DIREITO INDIGENISTA E O DIREITO INDÍGENA**



O **DIREITO INDIGENISTA** são as normas de direito positivo produzidas pelo poder legislativo, bem como as políticas públicas pensadas para as populações indígenas, e que muitas das vezes partem para sua formulação e construção do ponto de vista da “sociedade não índia”. Por outro lado, o **DIREITO INDÍGENA**, é aquele produzido a partir dos costumes, das tradições, que levam em conta a oralidade, as relações de poder e sabedoria das lideranças, dos pajés, caciques, Tuchauas, baseados na ideia da auto-organização de cada etnia.

Precisamos buscar um diálogo entre essa pluralidade de direito, seja ele o direito positivo, seja ele o direito costumeiro.

E o que isso tem haver com a discussão de uma aldeia urbana, pensar em uma aldeia urbana é reconhecer no plano do fático, o que o direito já reconhece, contudo pouco entendido, que o indígena que deixou sua aldeia no meio rural, continua sendo indígena, pois “ser de sua etnia”, ser de sua “nação índia”, assim é possível porque a Constituição Federal de 1988, trouxe um novo ordenamento jurídico par o Brasil que reconheceu o direito fundamental “à diferenciação social”, conceito esse que engloba o território, a organização social e a cultura. Isto posto, que para a Constituição não basta a igualdade perante a lei, mais também a igualdade material, mas não bastando isso eu preciso lutar pelo reconhecimento da diferença.

#### 4. **A CONVENÇÃO 169 E OS INDÍGENAS**

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que por força do Decreto 5.051 de 2004, trouxe a presente norma ao ordenamento jurídico interno, quanto a definição de indígenas, informa que:

Artigo 1º: 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que **estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial**; b) aos povos em países independentes, **considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais** e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam **todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas**. 2. A **consciência de sua identidade indígena ou tribal** deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. 3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.



Em artigo de minha autoria, vinculado na revista da Associação Nacional de Defensores Públicos, estabeleci que “A convenção 169 da OIT foi o primeiro instrumento jurídico a afastar o paradigma da assimilação, bem como a reconhecer uma cidadania diferenciada aos povos indígenas, garantindo direitos coletivos aos povos indígenas afastando a concepção liberal-individualista predominante na maioria dos instrumentos normativos<sup>1</sup>”.

Quanto a aplicação desse direito consuetudinário estabeleceu o art. 8 da Convenção 169 da OIT:

#### Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

### **5. O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA ESTADUAL NA SEARA DOS DIREITOS INDÍGENAS (DEFENSORIA ESTADUAL, MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL)**

A Constituição atribui a competência da Justiça Federal<sup>2</sup> para processar e julgar causas que envolvam direitos indígenas, os quais digam respeito a toda a comunidade, atribuindo ao Ministério Público<sup>3</sup> a defesa coletiva dos direitos e interesses das populações indígenas. Por outro lado o artigo 232 da Constituição garantiu aos indígenas a legitimidade para em nome próprio, ou através de suas comunidades ou organizações, a possibilidade de ingressarem em juízo na defesa de seus interesses e direitos<sup>4</sup>.

Desta forma, existiram matérias que serão da competência da Justiça Estadual, mesmo que envolvam indígenas, porém são causas que não propriamente envolvam matérias federais, tais como direito de posse em área urbana (Exemplo comunidade Sataré no Bairro da Paz/Manaus).

A FUNAI reconhece a possibilidade da atuação da defensoria pública na defesa dos direitos das comunidades indígenas, bem como a defesa dos indígenas em ações individuais, os quais sejam autores ou réus.

<sup>1</sup> ANAYA, S. James. Cenário internacional: Os direitos humanos dos povos indígenas. In.: ARAÚJO, Ana Valéria et alii. Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação continuada, alfabetização e diversidade. Laced/Museu Nacional, 2006.

<sup>2</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas.

<sup>3</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

<sup>4</sup> FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In.: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (org.). Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Curitiba: Letra da Lei, 2013.



No parecer nº 04/PGF/PG/FUNAI<sup>5</sup>, ao discorrer sobre as funções dos Procuradores da Procuradoria especializada da FUNAI, a mesma reconheceu à possibilidade de atuação da Defensoria Pública, em matéria afeta a garantia dos direitos dos indígenas e das populações indígenas:

#### **4- Defensoria Pública**

Questão que a cada dia terá mais importância, tendo em vista a previsão constitucional e nova política de institucionalização, é a participação da Defensoria Pública, da União ou dos Estados, na defesa dos interesses e direitos indígenas.

**Art. 134<sup>6</sup>.** A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do [art. 5º, LXXIV](#). § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no [art. 99, § 2º](#).

Nada obsta que as Defensorias Públicas possam orientar e defender os índios e suas comunidades, apenas exigindo que sejam necessitados. É competência que deve ser interpretada à luz do art. 134 da Constituição e do art. 2º da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

**Essa atribuição compartilhada entre diversos órgãos da União, do Estado e dos Municípios pode ser utilizada pelos Procuradores Federais em determinados casos – que exigem uma proteção dos direitos indígenas nos dois polos da ação ou quando o interesse indígena coletivo se sobrepõe ao individual – que serão detalhados a frente.**

Algumas são as áreas em que os Defensores Públicos e as Defensoras Públicas, poderiam atuar junto às populações indígenas, e que muitas das vezes demandas são levadas para a Justiça Estadual, envolvendo inclusive indígenas que estão no meio urbano, em cidades da região metropolitana, ou nas regiões urbanas de cidades do interior:

1. Como facilitadores de debates sobre a temática dos direitos humanos e o funcionamento do ordenamento jurídico;
2. Na defesa de direitos na esfera criminal, cível, família, previdenciária e de assistência;
3. Na esfera criminal, na defesa dos indígenas quando forem sujeitos ativos, e no caso de serem vítimas, por conta da condição de vulnerabilidade dessa população e em razão de sua “cidadania diferenciada” atuarmos como assistentes de acusação;

<sup>5</sup> Parecer pode ser encontrado no endereço eletrônico: < [http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Relatorios/parecer\\_pge\\_funai.pdf](http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Relatorios/parecer_pge_funai.pdf) >. Acessado em 31 de agosto de 2014.

<sup>6</sup> O presente artigo foi alterado pela Emenda Constitucional 80, que conferiu a seguinte redação: “[art. 134](#). A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”, corroborando ainda mais, com o argumento da possibilidade dos indígenas serem defendidos em juízo ou fora dele pela Defensoria Pública.



4. Na garantia ao direito ao nome, para que os indígenas tenham em seus registros civis de nascimento as informações do nome indígena e do nome da etnia;
5. Na defesa de direitos de “indígenas crianças” e mulheres indígenas;
6. Na realização de audiências públicas no âmbito dos municípios em que habitem indígenas;
7. Na intermediação de conflitos entre indígenas e não-indígenas;
8. Na intermediação com as concessionárias de serviços públicos, e com os poderes públicos Municipais e Estaduais, no que tange a implementação de serviços públicos para atendimento da população indígena;
9. No incentivar e chamamento de consultas prévias, quando da realização ou implementação de alguma política pública no interior das aldeias, devendo lançar mão de mecanismos para que estas consultas sejam incorporadas no planejamento, implementação e execução dessas políticas;
10. Interlocação para implementação de políticas públicas de saúde, educação, agrária, transporte, energia, dentre outras;

Por fim, em novembro de 2015, o Fórum Justiça (FJ) se apresenta como um espaço aberto a organizações e movimentos sociais, setores acadêmicos, estudantes, bem como agentes públicos do sistema de justiça e outros atores que se mostrem interessados em discutir justiça como serviço público. Destina-se a estimular o debate em torno da política judicial no Brasil, observado o contexto ibero latino-americano. O FJ é uma organização que tem sede no RJ, organizou seminário sobre o tema “A Reforma da Justiça no Brasil: uma década de conquistas e desafios em uma perspectiva latino-americana”, onde ocorreu uma roda de conversa sobre as questões indígenas, na qual contou com membros de diversas instituições do sistema de justiça e lideranças indígenas tendo se tirado diversas propostas de atuação, que podem ser acessadas no site do FJ.

## 6. Conclusão:

Discutir a criação de um espaço territorial em área urbana, como território indígena, passa pela discussão da identidade e da aplicabilidade da convenção 169, bem como o de se pensar em políticas públicas inclusivas e participativas, que respeitem os preceitos constitucionais, e o direito à diferenciação social. Muitos indígenas não possuem em seus documentos oficiais do “estado brasileiro”, a sua identidade enquanto pertencente ao “povo indígena”, desta forma embora seja indígena vive um dilema em ter dois nomes, um como se apresenta para os brancos e outros como se apresenta entre os “parentes”.

A constituição reconheceu o pluralismo jurídico e multiculturalismo...