



Sindicato Nacional dos
Servidores do Ipea

Associação dos
Funcionários do Ipea

**Estado e Discrecionalidade Governamental:
As Bases Jurídico-Institucionais para Limitar os
Excessos do Voluntarismo Político -
O caso da FUNAI**

NOTA TÉCNICA 19

**Por: Frederico A. B. da Silva
Isabella Lunelli**

Sumário

1. Povos Indígenas e a Constituição: a fundamentalidade dos direitos humanos
2. Direitos Indígenas, políticas indigenistas e discricionariedade
3. A Funai, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas e as capacidades estatais

Referências

**Estado e Discrecionalidade Governamental:
As Bases Jurídico-Institucionais para Limitar os Excessos do Voluntarismo Político
- o caso da Funai -**

1. Povos Indígenas e Constituição: a fundamentalidade dos direitos humanos

Entre os problemas político-jurídicos centrais relacionados aos direitos dos povos indígenas está a vinculação do Estado ao dever de garantir e efetivar os direitos humanos e fundamentais. As controvérsias e visões políticas a respeito dos papéis e desenho do Estado a ser construído são centrais, como se viu nas entrevistas. Os direitos à vida, à terra, ao meio ambiente estão no núcleo dos direitos à identidade e cultura, portanto são os mais importantes, embora devam ser, todos eles, tratados de forma integrada. Todos eles têm fortes vinculações com garantias e respeito aos modos de vida, saberes, crenças e fazeres. Outros aspectos do direito surgem imediatamente, a exemplo da proteção cotidiana contra as inúmeras formas de violências sociais, econômicas, de gênero, jurídicas etc.

A ideia fundamental que surge de imediato no âmbito da reflexão jurídica sobre *Povos Indígenas e Tradicionais* é a construção de argumentação em torno do princípio de respeito e luta pela *afirmação do direito a ter direitos*. Essa argumentação tem força moral, ética, jurídica e política, mais do que social. Não se trata apenas de disputa ideológica entre grupos, mas da vinculação de direitos à estrutura de garantias jurídicas por parte dos poderes instituídos.

Os países latino-americanos, considerando especialmente os *povos originários*, vivem a violência contra seres humanos, genocídios, fome, doenças preveníveis e tratáveis com tecnologias e cuidados simples, analfabetismo e desrespeito por identidades culturais. A coexistência entre degradação da situação econômica e social é atravessada por dois universalismos ou, pelo menos duas razões não sociais, o meio ambiente e a vida humana. Mesmo considerando que os direitos humanos são uma força universalista, mais do que Constitucional,¹ devemos recolocar as ideias do “*Direito a ter Direito*”, da constitucionalidade das suas garantias em seu lugar devido, como força cultural e institucional vinculante.

A abordagem doutrinária ou normativa oferece recursos de legitimação, mas a institucionalização e os movimentos valorativos que acontecem em diferentes centros de ação, permitem interpelar as bases morais, mas também as bases sociais de apoio à cultura política dos direitos humanos dos povos indígenas e tradicionais e de outros grupos étnicos que vivem modos de cultura diferentes e diversos. Diferentes argumentos jurídico-políticos limitam a discrecionalidade e servem de instrumentos de proteção dos direitos: a fundamentalidade dos direitos, a ideia dos direitos sociais prestacionais, a ideia de direitos subjetivos públicos, a ideia de constitucionalidade da administração e do

1 O direito à terra traz a Constituição para o centro de controvérsias interpretativas. O direito originário (“teoria do Indigenato”) faz uma leitura extensiva e ampliadora dos direitos dos povos indígenas inscritos na Constituição federal de 1988. A tese do marco temporal propõe uma leitura restritiva que diz que os indígenas teriam direito à posse de terras que estivessem em seu domínio ou fossem objeto de conflito físico ou judicial na data da promulgação da Constituição, 05 de outubro de 1988.

orçamento, a ideia de legalidade ou da estrutura jurídica em rede das instituições que limitam os níveis de discricionariedade.

Aceita-se como ponto de partida a eficácia dos direitos fundamentais nos direitos internos e sua vinculação ao Sistema Internacional de Direitos Humanos. Entretanto, a efetividade desses direitos, à semelhança dos direitos fundamentais em geral, pressupõe diferentes elementos fáticos e outros jurídicos. Seleccionaremos alguns deles para desenhar um quadro interpretativo global e compreensivo, isto é, imaginamos os direitos como rede normativa e institucional.

O primeiro refere-se aos complexos processos de legitimação e deslegitimação, isto é, a formação, disseminação e apoio em valores da cultura política dos direitos humanos. Esses processos são difusos ou concentrados, estabelecendo forte relação entre valores coletivos, que associam direitos a grupos étnicos no primeiro caso, e organizando o desempenho das instituições no sentido de garantia de proteções, intitulações e capacidades, no segundo.

Evidentemente, a atuação das instituições depende dos valores da cultura política, esses criam o quadro de fundo para os funcionamentos e legitimação das instituições e se contrapõem a inúmeras controvérsias relativas aos próprios valores e como aplicá-los. A direção contrária também é recorrente, ou seja, processos de deslegitimação também são possíveis. Ambas, legitimação ou deslegitimação são resultantes de *mobilizações* sociais.

Não é apenas em situações de crise e fluidez política que as questões étnicas, especialmente indígenas, têm fraco apoio (apoio difuso) ou legitimidade. Em situações de fluidez política e construção institucional é difícil perceber os processos de deslegitimação, mas, em situações diversas, onde acontecem crises e fragilização de políticas étnicas - de reconhecimento e gestão territorial, regularização fundiária, saúde, educação, segurança alimentar etc., a desvalorização, a etiquetagem, a estigmatização e a desconstrução de valores de reconhecimento, bem como a desconsideração da cultura dos direitos humanos hoje são mais do que evidentes. Esses elementos apontados não têm o peso das lutas de narrativas tão ao gosto contemporâneo e tão distante do uso analítico das narrativas. Trata-se de fatos.

Do ponto de vista político, embora as reservas de apoio difuso aos Direitos Humanos e Fundamentais persistam, nem sempre os recursos de mobilização e ativação de resistências estão disponíveis e eles são fundamentais na constituição de legitimação concentrada.

A pressuposição do dever do Estado na garantia de direitos indígenas apresenta certos paradoxos. O primeiro e mais importante é conhecido. O Estado foi estabelecido contra a sociedade ou, na melhor das hipóteses, para conferir-lhe a forma da ordem da soberania e do direito estatal, do contratualismo individualista, do disciplinamento e da contenção política. O espaço atribuível aos povos e grupos étnicos é reduzido e quando aquele se amplia, é a contrapelo, à custa de energia e mobilização. Por efeito, a sociedade se mobiliza para se auto proteger ou participar do condomínio estatal, espaço de concentração de recursos materiais e simbólicos, espaço marcado por forte disputa por recursos materiais e organizacionais.

As principais ações do Governo federal brasileiro para a proteção aos povos indígenas estão listadas no quadro 1, embora não de forma exaustiva. Os mecanismos de participação existem e, até recentemente, muitas ações tinham participação dos povos indígenas na implementação das ações. Retomaremos essas questões mais adiante.

Outras ações impactam de maneira forte nas suas vidas, a exemplo de construção de hidrelétricas, estradas etc. e há ainda decisões ou não decisões, a exemplo do modelo de exploração agropecuária, que influenciam de forma decisiva as culturas e modos de vida tradicionais.

QUADRO 1: AÇÕES FEDERAIS NAS POLÍTICAS INDÍGENAS.

FUNAI

0901 Operações Especiais- Sentenças judiciais

0909 Operações Especiais – Encargos Especiais

2112 Programa de Gestão e Manutenção do MJ

Programa 2065 – Proteção e Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas

3001. M. da Justiça (FUNAI)

Ação 20UF Demarcação e fiscalização de Terras Indígenas e proteção dos Povos Indígenas isolados

Ação 215O Gestão Ambiental e Etnodesenvolvimento

Ação 215Q Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas de Recente Contato

Ação 2384 Direitos Sociais e Culturais e à Cidadania

Ação 8635 Preservação Cultural do Povos Indígenas

36001 M. da Saúde

Ação 20YP Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde Indígena

7684 Saneamento Básico em Aldeias Indígenas para a prevenção e Controle de Agravos

44001 M. do Meio Ambiente

Ações 20W4 Gestão Ambiental em terras Indígenas

ELABORAÇÃO DOS AUTORES

(*) EXCLUÍDA A AÇÃO 0089 – PREVIDÊNCIA DE INATIVOS E PENSIONISTAS.

A setorialidade e, em consequência, as dificuldades da transversalidade da ação podem ser pressupostas, mas precisaríamos de outro tipo de reflexão, o que não cabe aqui. O que se quer reter é que as ações se sobrepõem no território da implementação, sendo que relacionar instituição e povos indígenas no território concreto já se constitui num desafio importante dadas as diferenças culturais, interesses e *modos de operação*, tanto do lado dos órgãos públicos, quanto das etnias indígenas.

Assim, aparece um segundo paradoxo. Os recursos e capacidades estatais devem ser colocados em contexto, sendo que as prioridades do bem comum e dos serviços públicos são pensados em termos da atuação institucional rotineira, padronizada e universalista e, ademais, são organizados em função de processos convergentes de *state-formation* e *nation-building*. Pouco espaço há para a equidade, autonomia e tratamento diferenciado de povos e etnias e quando há, os recursos limitados seguem os fluxos das prioridades da economia nacional e dos fluxos na direção do desenvolvimento em sentido estrito, isto é, econômico.

O dilema se exacerba quando se atenta para a financeirização, mundialização e fragmentação de processos econômicos. A fragilização geral dos aparatos estatais decorrente das mudanças da economia global é seguida por movimentos ideológicos de deslegitimação da autoridade estatal, fragmentando, setorializando, insulando as burocracias e induzindo a descoordenação da ação. O desempenho das instituições, por sua vez, induz a deslegitimação dos direitos indígenas. O desempenho oferece significações para os sentidos da atuação estatal e a presença de lideranças, vamos dizer, carismáticas ou mesmo populistas de esquerda ou de direita, pouco altera o sentido objetivo que tomam as instituições.

Dessa forma, pode-se acrescentar que, embora a discussão de valores e argumentos jurídicos sejam da maior relevância, a dimensão política processual e, porque não dizer,

institucional, que permite relacionar ação estatal, valores da cultura política e mobilizações sociais, é da maior relevância para a consolidação da efetividade dos direitos humanos. Nesse sentido, a rearticulação das mobilizações sociais e institucionais pode ser ponto de apoio e resistência às tendências de pulverização e deslegitimação da ação.

Pode-se vislumbrar o fosso aberto entre ação pública e atores sociais como um dos pontos de corte das possibilidades de legitimação de ações voltadas aos povos indígenas com conteúdo de direitos humanos. Difícil infirmar quais seriam as razões precedentes, mas certamente se pode dizer que a cultura dos direitos humanos tratados em abstrato e a ausência dos povos e etnias nos processos deliberativos é um forte componente de desarticulação de processos de legitimação. Esses não se resolvem apenas com participação. As dificuldades de articulação de apoios sociais ao sistema político (Estado), em geral frágeis ou difusos na área indigenista e exacerbado em momentos de fluidez, crise, forte pluralismo e fragmentação política são conhecidas. No entanto, o esforço para a construção de pontes e capacidades de *agenciamentos coletivos de enunciação e ação* podem transformar potencialmente os direitos humanos culturais dos povos indígenas em orientação normativa das instituições estatais. Com isso os paradoxos não se resolvem, mas se oferecem respostas alternativas e complementares à questão difícil da vinculação do Estado ao dever de garantir direitos em contexto de frágil legitimação dos próprios direitos de viver vidas culturais alternativas.

Acredita-se, a partir da observação da atual situação política, que os direitos humanos podem, assim gostaríamos, gerar atitudes de consentimento, mas também deve-se considerar a possibilidade da neutralidade e até mesmo de dissidência, embora sempre justificada, motivada, argumentada no espaço público e em comparação com o que exige a arquitetura normativa, da Constituição Federal de 1988 até portarias.

Não são apenas doutrinas ou normas que oferecem recursos de legitimação, mas a institucionalização e os movimentos valorativos coerentes que acontecem em diferentes centros de ação.² Os direitos humanos e os povos indígenas neles contextualizados, demandam não apenas redescrições argumentativas ou pragmatistas, mas a alocação estratégica de valores e a concordância das ações institucionais – e de seus atores – com elas. Consolidar as políticas públicas de forma coerente com a interpretação entre Direitos Indígenas, Constituição de 1988 e OIT 169 é um desafio da república e da democracia no Brasil

A institucionalização representa a ideia de dar respostas organizadas às demandas dirigidas ao sistema estatal, exigem volumes de recursos e ritmos diferenciados para cada etnia. Do ponto de vista institucional, resta saber quais seriam os atores dispostos a se constituírem em pontos de diferenciação e atuação política e mobilização de valores, princípios constitucionalizados, regras e normas de política pública. Os instrumentos jurídicos, desde os controles de constitucionalidade até os instrumentos de garantia da legalidade e de direitos podem ser mobilizados por diferentes atores da sociedade civil e dos poderes públicos constituídos. A seção seguinte representa a arquitetura de elementos e argumentos que permitem uma reflexão organizada a respeito da estrutura jurídico-normativa configuradora das políticas públicas, reflexão inicial que permite a mobilização de ferramentas jurídicas para a garantia de direitos e da legalidade.

2 Citamos como centros de ação a Casa Civil, o Congresso, os tribunais, inclusive e sobretudo superiores, a Funai, o Ministério Público, a Defensoria Pública, MMA, MS, MDS, o CNPI, Ong's indigenistas e indígenas.

2. Direitos Indígenas, Política Indigenista e Discrecionabilidade³

A primeira parte da nossa hipótese é que o estabelecimento de uma arquitetura de princípios e valores faz parte da política das políticas públicas. A constituição é expressão normativa que organiza essas escolhas societárias. Assim, deve-se considerar que a constituição posiciona (os atores interpretam as Constituições e seus desdobramentos de formas variadas), divide os atores entre escolhas de princípios e valores alternativos (as interpretações formam sujeitos políticos diferentes) e integra os jogos políticos possíveis (as diferenças gravitam ideias comuns expressadas no texto constitucional).

Valorar a liberdade, a igualdade de oportunidades, a igualdade de resultados, a equidade, a inclusão social, a cultura como formação, a cultura como patrimônio, a cultura em sentido antropológico, as diferenças, o reconhecimento de povos indígenas e comunidades tradicionais etc. significa fazer escolhas complexas. Embora esse rol de palavras corresponda a ideias e valores fortemente carregadas de imprecisões, permitem a interpelação e a distribuição dos atores entre projetos políticos alternativos. A política faz escolhas e compõem as opções. As políticas públicas, entretanto, têm lógica ligeiramente diversa.

A segunda parte da hipótese é que as políticas públicas são normas primárias que obrigam o poder público a atuar de determinada forma. Em geral, são organizadas em ações coordenadas, com programações orçamentárias aprovadas pelo legislativo, com objetivos, público-alvo e beneficiários definidos.

A terceira parte, são os agenciamentos e operações práticas das políticas, o que se faz de forma coordenada com os diferentes atores, como as ações são implementadas gerando efeitos, resultados, desempenhos e alterando as posições relativas dos agentes em função dos objetivos compartilhados.

O reconhecimento do uso de princípios e valores de forma ordenada para justificar as políticas públicas também implica reconhecer a importância dos sentidos e de processos de legitimação e justificação para as políticas públicas. No entanto, apenas essa camada de significado não oferece todas as justificativas necessárias para a avaliação e para a interpretação dos sentidos das políticas públicas. Ao contrário, muitas vezes de associam de forma arbitrária com os desempenhos e sentidos efetivos das políticas públicas dando margem a diferentes ponderações avaliativas bem como de conexões entre descrição e uso normativo da interpretação. Os níveis analíticos divergem e se conectam com os fatos, com a experiência, de múltiplas maneiras, daí a pluralidade interpretativa.

Pode-se dar um exemplo com as diferentes interpretações dos sentidos dos orçamentos públicos. O orçamento é peça central das políticas públicas e expressa intencionalidade e objetivos. Sua associação com conteúdos específicos contemplados em processos de planejamento, na escolha de diretrizes, objetivos, metas, indicadores, prazos, táticas e estratégias, liga o orçamento a desenhos e concepções estabilizadas, compartilhadas e produzidas pelo agenciamento que os atores fazem da ação pública nas diferentes áreas. A presença dos orçamentos, ou do tão enfatizado “limite do financiamento”, “sub-financiamento” ou a simples discordância da centralidade dos recursos financeiros na produção de políticas públicas, oferece contextos argumentativos concretos.

3 Reflexão resumida, publicada como BARBOSA DA SILVA, FREDERICO AUGUSTO; SANTOS, J. E. S.; ANDRADE, A. M. Hans Kelsen: um olhar para uma teoria supostamente pura In: A teoria jurídica de Hans Kelsen.1, 2018, v.01, p. 195-225.

As conexões entre capacidades estatais e orçamento são concretas e múltiplas; as ênfases nas capacidades de atuação direta do Estado, de transferências de recursos para implementação de ações por parte de terceiros, a descentralização para entes federativos ou mesmo para órgãos descentralizados expressam diferentes opções políticas e formas de orçamento. Esses elementos foram descritos nos relatos dos entrevistados da Funai. Ou seja, os dilemas estão lá: a Funai deveria implementar todas as políticas, ou deveria coordená-las, ou deveria coordenar as ações de forma compartilhada com entidades da sociedade civil e povos indígenas. Claro, cada tipo de ação pode ser objeto de diferentes considerações: demarcação e reconhecimento de territórios, gestão territorial, saúde, educação, assistência social e segurança alimentar tem diferentes desenhos e expressões nas formas de financiamento e estratégias de implementação. Voltaremos a esse ponto de forma geral.

Em termos das escolhas políticas mais gerais, ou seja, em função da gestão dos orçamentos e das políticas fiscais os recursos, podem ser represados ou contingenciados, como já foi exaustivamente demonstrado para o caso de diferentes políticas públicas no Brasil e, então, elas, as políticas públicas, podem sofrer descontinuidades e ressignificações, exatamente pela sua posição relativa num conjunto de escolhas políticas. Nesses casos, a determinação das políticas públicas pelas áreas financeiras (ou fiscais, por exemplo) dos governos é mais uma dimensão das relações entre políticas setoriais e políticas econômicas ou globais. A orientação para a minimização do Estado e priorização das forças de mercado tem consequências não desprezáveis para a ideia de Estado Social, para as políticas sociais e para as políticas indigenistas.

As inabilidades dos gestores, a insuficiência de capacidades e de recursos também oferecem desafios para a interpretação do desempenho das ações públicas. Essas questões não invalidam os limites que procuramos estabelecer, ao contrário, deveriam impor-nos a atenção para a configuração e previsões normativas das políticas públicas, bem como para as relações entre norma de política e efetividade, condições irrefutáveis para qualquer país com pretensões republicanas. As políticas públicas são de realização obrigatória (no sentido do dever normativo, isto é, quando previstas em lei ou outro nível normativo⁴) e devem prever meios (nas programações orçamentárias e financeiras) para o atingimento de objetivos.

Então, os critérios que utilizamos para definir as políticas públicas referem-se à presença de uma estrutura tecnoburocrática que identifica as obrigações de atuação do setor público. O ponto fulcral é que as políticas públicas se configuram por previsões normativas que obrigam e vinculam a ação do poder público, embora não garantam em definitivo e materialmente a realização da previsão política e administrativa. Diretrizes não têm essa natureza, ou seja, não obrigam e nem vinculam.

Na verdade, as diretrizes são amplas o suficiente para acomodar disputas e permitir composições entre interesses e orientações diferentes. Sob a mesma arquitetura de diretrizes e outras ideias de maior generalidade coisas muito contraditórias podem estar acontecendo. A ideia geral une o diverso e cria a falsa impressão de atingimento dos objetivos, o que, aliás, sequer poderá ser contrastado empiricamente, a não ser que se acredite em relatórios oficiais com a lista do que foi feito e de ações implementadas.

4 A previsão normativa (do direito) não implica na realização factual, seja por decisão, omissão ou por causas materiais (causas físicas, econômicas, institucionais, organizacionais, psicológicas etc.). Como afirma Neil MacCormick: “esse “deve” não é o “deve” da necessidade causal ou da necessidade lógica. É o “deve” da obrigação.” ver MACCORMICK, N., “Argumentação Jurídica e teoria do direito”, Editora Martins Fontes, SP, 2006, página 41.

Nosso único critério seria, nesse caso, o de que os valores declarados foram realizados, sem possibilidade do contraditório. Diga-se, essa é uma vantagem política e não uma vantagem da institucionalização de políticas públicas. A estrutura argumentativa dedutiva é capaz de evitar qualquer contraditório.

Dessa forma, o sistema de políticas públicas deve prever normas, estabelecer hierarquias e objetivos e, portanto, primazia de um conjunto de ações sobre outras. Também deve prever mecanismos destinados a solucionar conflitos, tanto internos a cada conjunto temático de ações, quanto entre os conjuntos. Por outro lado, é possível imaginar o exercício da capacidade de experimentação social e de usos criativos de recursos disponíveis não apenas de forma a alinhar os sentidos das ações com ideia genéricas, mas para potencializar mudanças culturais e sociais a partir das práticas.

Portanto, são necessários certos mecanismos de precaução em relação ao uso dos recursos destinados às políticas públicas. Deve-se prezar pelo uso adequado dos recursos e que esses usos possam ser potencializados, atingindo um número razoável de objetivos e pessoas. Mesmo que se organizem esses mecanismos de precaução, eles devem ser razoáveis em termos de energia dispensada e de recursos alinhados a eles. Por outro lado, devem considerar a natureza da política pública e seus agentes singulares.

Existem muitos debates a respeito da ideia de “seguir as regras” e do que a norma garante ao ser descrita como parte dos direitos ou norma jurídica⁵. Para um autor como Hart, por exemplo, o direito é respeitado não pelo medo das sanções, mas pela sua autoridade. É o contrário de Kelsen que situa o direito no campo do monopólio da violência, que o identifica, ao direito, com o Estado e com as possibilidades de sanção. Para Hart existem outras regras jurídicas que dizem como certas coisas devem ser feitas, mas que não envolvem sanções (o exemplo é a mudança de status jurídico advindo com o casamento, a certificação, a diplomação etc.). Possivelmente, já se pode falar de uso performativo aqui, mas de outros elementos que induzem comportamentos que também poderiam ser chamados de jurídicos, como os incentivos tributários ou isenções fiscais, por exemplo. Outras normas ainda estabelecem competências, possibilidades de organização e decisão institucional. Esses aspectos da regra [ou norma] impõem uma leitura de que elas são internas aos processos decisórios e argumentativos. Elas têm um excedente de significado que chama os “princípios” para o processo interpretativo e para a necessidade da motivação e justificação argumentativa de decisões, ações e de seus resultados por parte dos atores públicos.

Os limites da decisão se relacionam com os limites da linguagem, de cálculos estratégicos e dos jogos de linguagem mobilizados. Portanto, não se pode, partindo da descrição do direito como um conjunto de jogos complexos de linguagem, jogos que fazem um pêndulo entre crenças comuns compartilhadas, internos e externos, com o Estado imaginar linearidade na interpretação das relações entre regra e “seguir a regra”. Em verdade, as regras explícitas, tais quais as “regras jurídicas”, são partes ínfimas, porém

5 COMETTI, Jean-Pierre « Qu'est-ce qu'une règle », *Éducation et didactique* [En ligne], vol 2 - n°2, septembre 2008; REYNAUD, Bénédicte *Pour une approche wittgensteinienne des règles économiques*, Presses Universitaires de France, *Revue de métaphysique et de morale*, 2005/3 n° 47, pages 349 à 374;

MACKENZIE, Donald *Produire des comptes : finitisme, technologie et application de la règle*, *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2009/2 Vol. 3, n° 2 pages 207 à 232. BOURDIEU, Pierre, *Da regra às estratégias*, in *Coisas Ditas*, Editora Brasiliense, SP, 1990.

importantes, das regras encontradas nas práticas sociais (Kuhn, 222)⁶ Seja como for, as normas de políticas públicas têm de fato textura aberta, exigindo ou deixando que muita coisa seja objeto de decisão das autoridades administrativas, ajustando as normas às circunstâncias, especialmente aquelas referidas a interesses conflitantes e a diferentes interpretações sobre a conduta desejada.

A maior pretensão no âmbito das políticas públicas é ser orientada por normas precisas, com diretrizes e objetivos claros, evitando os excessos da discricionariedade e potencializado a continuidade e amadurecimento da ação pública. As decisões flutuantes e cambiantes a cada caso são uma verdadeira tortura para administração e atores com elas envolvidas, mobilizando muita energia e trabalho social e causando muito desgaste institucional. A presença de decisões e de previsibilidade das decisões e seus desdobramentos na implementação estão associadas a duas noções, a de norma e de autoridade. Mas essa presença deve ser objeto de interpretação já que os atores se relacionam com as normas com diferentes níveis estratégico e com diferentes valores, aceitando-as, recusando-as ou ponderando sobre elas. A partir de agora passamos à interpretação do significado político de termos uma arquitetura normativa coerente composta pela Constituição de 1988 e normas de políticas públicas, com orçamento, planos plurianuais, políticas, programas, instituições indigenistas especializadas e com objetivos enunciados formalmente, instituições de participação e cogestão entre Povos Indígenas e Estado.

O Estado democrático de direito tem como uma de suas principais características a delimitação da estabilidade do jogo político através de regras de decisão e de delimitação de objetivos institucionais. Não é estático e, por essa razão, também prevê regras para a mudança de regras. Entretanto, enquanto as regras são válidas, às instituições devem ser garantidas as condições de realização de objetivos e direitos previstos.

Os problemas enfrentados pelas instituições são sempre complexos e por essa razão há uma margem para que elas justifiquem o não atingimento ou atingimento insuficiente dos

6 Nos valem do trabalho de PIREs, Álvaro Penna (1993, página 141-42) para explicitar a complexidade da idéia de regra e norma, a partir de John Searle: «En effet, Searle (1969, pp. 72-94) distingue deux types de règles: les règles normatives et les règles constitutives. La distinction, dit-il, est fondée mais ne se laisse pas aisément clarifier. Selon lui, les règles normatives gouvernent des formes de comportement pré-existantes ou existantes de façon indépendantes. Les règles de politesse, par exemple, gouvernent des relations interpersonnelles qui existent indépendamment des règles elles-mêmes. Elles disent que l'on doit agir de telle ou de telle manière, mais il arrive que l'on puisse agir ainsi même si de telles règles n'existent pas. Par contre, les règles constitutives n'ont pas une fonction simplement normative, elles créent ou définissent des nouvelles formes de comportement. Ainsi, par exemple, les règles du football ou du jeu d'échec ne disent pas seulement comment on joue aux échecs ou au football, mais elles créent pour ainsi dire la possibilité même d'y jouer. Jouer aux échecs ou au football sont des activités constituées par l'application des règles à ce jeu. Comme le remarque Searle, en un sens il est trivial de dire qu'une règle quelconque rend possible une nouvelle forme de comportement, en l'occurrence le comportement qui obéit à cette règle. Ce n'est pas là le sens qu'il donne à sa remarque. Selon lui, lorsque la règle est purement normative, on peut donner la même description ou la même réponse à la question qu'a-t-il fait? au comportement qui obéit à cette règle, que celle-ci ait existé ou non, à condition que la description ne fasse pas référence à la règle. Illustrons ce point. Supposons la règle (normative) de politesse suivante: il faut envoyer les invitations aux réunions au moins quinze jours à l'avance. Il est possible de répondre à la question qu'a-t-il fait?, en l'occurrence il a envoyé les invitations quinze jours avant la réunion, que cette règle existe effectivement ou non. Supposons maintenant que dans mon club sportif le football soit un jeu qui se joue d'après certaines règles. Il est alors impossible de répondre à la question qu'ont-ils fait?, en l'occurrence ils ont joué au football, si de telles règles n'existent pas». PIREs, Álvaro Penna. La criminologie et ses objets paradoxaux: réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme. In: Déviance et société. 1993 - Vol. 17 - N°2. pp. 129-161.

objetivos formal e legalmente estabelecidos. Seja como for, o dever do poder público de fazer e garantir direitos e a vinculação da ação dos agentes públicos à legalidade das regras estabelecidas constitui-se em parte dos valores daquele tipo de Estado.

Sabe-se que as normas podem ser divididas em diferentes tipos. Princípios, regras e normas de política pública constituem-se no suporte normativo da ação pública e são objeto de diferentes tipos de controvérsia dada a abertura semântica diferencial de cada tipo normativo. Em todo caso, todas os tipos vinculam os agentes às suas determinações e condicionamentos, mesmo que disposições de ação e as compreensões a respeito do que são e do que determinam as normas sejam objeto de debate e ações aparentemente contraditórias.

O texto a seguir explora a relação entre políticas públicas e seu suporte normativo, pretendo delinear o espaço de delimitação da vinculação do agente público ao dever de respeito às previsões constitucionais, legais e institucionais. Se a coerência normativa não oferece todo o enquadramento da ação, que excede a premissas formais do direito, é no contexto global da estrutura normativa que as divergências entre atores, suas orientações de ação e os níveis de discricionariedade da ação devem ser justificadas.

Ademais, se há divergências a respeito do funcionamento das instituições, como por exemplo, proteção do meio ambiente, políticas de reconhecimento e resgate de culturas objeto de discriminação étnico-religiosa, proteção universal da saúde, garantia de políticas universalistas que ofereçam oportunidades educacionais iguais, políticas de comunicação estruturadas no valor da verdade e da crítica das informações, políticas prestacionais ancoradas em direitos que exigem organização e bom funcionamento da administração pública, elas deveriam se movimentar no plano da discussão racional dos programas partidários, no âmbito do legislativo, do executivo e através de controles adequados de constitucionalidade e legalidade do conjunto de instituições, estruturas sociais dotadas de recursos e capacidades específicas e objetivos próprios segregados

A parti daqui discutiremos as possibilidades de interpretação das relações entre direito e políticas públicas. As formas jurídicas das políticas públicas não se configuram em padrões jurídicos uniformes, sistemáticos, convencional e claramente interpretáveis. A prática institucional oferece interpretações híbridas e multiformes. Assim coloca-se o problema da vinculação dos agentes públicos ao dever de respeitar padrões normativos jurídica e institucionalmente estabilizados. Nossa questão tangencia os limites da discricionariedade como problema homólogo.

Para tal reflexão é necessário lembrar que há diferentes possibilidades de pensar a interpretação jurídica e, assim, de descrever o direito e seus funcionamentos. A descrição convencionalista⁷ do direito pressupõe a existência de um campo jurídico autônomo onde se compartilham visões de mundo e sentidos para os jogos sociais. Uma parte destes jogos envolve a focalização de problemas jurídicos colocados no quadro da própria linguagem jurídica e de seus repertórios tradicionais. Quase todos eles podem ser referidos a regulações normativas, mas não reduzidos a elas em todos os momentos e contextos. Os atores agem, fazem, pensam e se movimentam estrategicamente no espaço social, mas suas disposições para tais práticas nem sempre são determinadas por argumentos ou motivos jurídicos. Outra parte dos jogos sociais foge ao domínio dos argumentos formais

7 A descrição convencionalista é a mais próxima do que podemos chamar positivista ou formal ou normativo. A pragmática, segundo Ronald Dworkin, é criativa e visa a construção de quadros de interpretação e a ideia do direito a ser levado a sério, descreve-o como processo interpretativo aberto a princípios, regras e normas de políticas.

e se dobram no mundo do cotidiano, das normas políticas, culturais, sociais e morais. Os balanços ou intercâmbios entre estes planos dependem da avaliação situacional, das possibilidades e viabilidade das ações e do atingimento de objetivos.

Os fenômenos sociais colocam problemas ao direito, demandando articulações argumentativas e discursivas que coloquem aqueles problemas em forma jurídica e, contrariamente ajustando o próprio campo jurídico às novas necessidades e realidades da ação pública. O direito permite que os administradores e gestores de políticas públicas ajustem estratégias e direções adequadas coordenando, compatibilizando ações, recursos e objetivos a partir dos instrumentos jurídicos. Entretanto, a linguagem e os instrumentos jurídicos têm alcances limitados e apresentam problemas específicos ao gestor e ao político. Adiante-se que o principal entre os problemas que desejamos enfrentar é o da baixa adesão social às normas, a especialização da linguagem e a estruturação setorial das políticas.

O direito, pensamos sempre no ideal da *teoria pura* de Hans Kelsen, uma das referências da reflexão jurídica no campo democrático, portanto não na totalidade do direito, se construiu e representou a si mesmo como direito autônomo, formal e, portanto, afastado da política e das suas lutas, pelo menos enquanto tomado como científico. A política pública dessa perspectiva pode ser tratada no contexto da teoria geral do Estado, nos vários ramos do direito, no direito administrativo, no direito financeiro, no direito tributário, no direito constitucional, previdenciário, sanitário, educacional, ambiental, cultural, para citar alguns exemplos de um rol muito amplo.

Entretanto, uma aproximação ao direito como campo mostra contradições entre as representações do direito positivo, com suas pretensões de objetividade e cientificidade, e o direito como um espaço de lutas simbólicas, jurídicas e políticas a uma só vez. A pirâmide normativa, metáfora imprecisa do pensamento presente na teoria pura, que teria no seu ápice a norma fundamental hipotética, expressada como pacto político fundamental, com sua dimensão subjetiva e objetiva, portanto com inscrições da legitimidade da tradição da cultura jurídica e da efetividade do direito, sustenta um sistema hierarquizado, formal e complexo de normas.

Essa descrição dá conta do funcionamento do processo decisório interno ao mundo jurídico, mas não dos processos concretos das políticas públicas. As políticas públicas são dinâmicas e o campo jurídico, pensado em termos de sua autonomia formal, e apesar da sua complexidade interna, nem sempre dá conta das relações entre direito e políticas públicas e dos múltiplos processos e interações que os envolve. Obviamente não se trata aqui apenas de chamar pela interdisciplinaridade. As relações entre direito e política públicas e entre as duas e a política, são complexas e carecem de uma redescrição.

O primeiro ponto a se chamar a atenção é para os componentes da descrição do Estado presentes nas representações que o campo do direito faz. Fala-se de um paradigma do estado liberal e nos deslocamentos provocados pelos direitos sociais e culturais nesse paradigma. Basta dizer, que os paradigmas contêm uma dimensão, vamos dizer ontológica, pois afirmam algo sobre o que constitui o mundo, ao mesmo tempo dizem algo a respeito de como esse mundo deve se comportar. Há, portanto, ali presente uma dimensão descritiva e normativa simultaneamente. Interessante notar que a ideia de liberdade compõe os paradigmas, mas é articulada de formas diferenciadas.

A ideia das liberdades públicas é o centro semântico das descrições do Estado liberal. As liberdades deveriam ser protegidas contra um Estado com muitos apetites. Esse deveria ser um Estado neutro em relação às distribuições de renda, oportunidades, capacidades, recursos etc. Por outro lado, a partir de certo momento, e muitos autores relacionam-no

com o da construção dos direitos sociais, o Estado deixa esta posição e passa gradualmente a intervir, atuar, prestar serviços, paradoxalmente em nome da liberdade. O Estado passa então de uma posição abstencionista à obrigação de fazer.

Não importa aqui a qualidade da interpretação histórica e nem o grau de generalidade que essa ganha. O fato é que a neutralidade ou não do Estado em relação às distribuições é um divisor de águas entre paradigmas e, assim, entre representações a respeito do que deveriam ser os papéis do Estado e das liberdades públicas.

As políticas públicas por sua vez passam a ser instrumentos de concretização de direitos (na formulação dos direitos sociais, humanos e fundamentais, a depender do autor) ou simplesmente expressam o mais avançado grau de garantia de direitos. Os direitos vão servindo de apoio e garantia para que os modos de organização política sejam capazes de se contrapor às forças de desagregação e exclusão promovidas pelos dinamismos econômicos.

QUADRO 2: GERAÇÕES DOS DIREITOS.

TIPO DE DIREITO	CATEGORIA	ENUMERAÇÃO DOS DIREITOS
PRIMEIRA GERAÇÃO	LIBERDADES INDIVIDUAIS	DIREITO DE EXPRESSÃO, ASSOCIAÇÃO, MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DEVIDO PROCESSO.
SEGUNDA GERAÇÃO	IGUALDADES SOCIAIS	DIREITOS PRESTACIONAIS: ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (PREVIDÊNCIA, SAÚDE, EDUCAÇÃO, HABITAÇÃO, TRABALHO, CULTURA ETC.)
TERCEIRA GERAÇÃO	CAPACIDADES INDIVIDUAIS E SOCIAIS TRANSGERACIONAIS	DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO, BIODIVERSIDADE E AO DESENVOLVIMENTO.

ELABORAÇÃO DOS AUTORES

No campo jurídico a narrativa histórica descreve a crescente complexificação do rol de direitos e de atribuições do poder público. O número de direitos é cada vez maior. Os desafios aos papéis do Estado são crescentes e as respostas a eles demandam recursos cada vez mais importantes.

Os temas relacionados à efetividade do direito e das suas garantias multiplicam-se. As discussões sobre as relações entre desenvolvimento e políticas públicas se desdobram para revisitar antigos e reinventar novos dilemas, o principal deles é gerar potencialidades econômicas e, por decorrência, capacidades políticas e financeiras à realização dos direitos sociais.

Daqui decorrem discussões a respeito dos papéis do direito no desenvolvimento, do desenvolvimento ou para o desenvolvimento, mas também, de forma menos discursiva, no papel da estrutura jurídica no desenho e coordenação de medidas que conectem políticas econômicas e sociais, mas também ação intersetoriais.

As novas formas de organização tecnológica, os padrões de produtividade, as interdependências econômicas também colocam desafios. Os sistemas de proteção a direitos são exigentes em termos de estruturas institucionais e de capacidades financeiras e de planejamento dos Estados e, então, discutem-se as implicações desses dispêndios nos processos e dinamismos econômicos. O que se dá com uma mão, pode ser retirado com a outra. O que se retira na forma de imposto, pode impactar na poupança e nas decisões de investimento. Por outro lado, o investimento social tem potencial impacto positivo na

produtividade e no dinamismo econômico. Tudo se conecta. Selecionar causalidades não é algo trivial no mundo social.

A discussão não é fácil e, não há pontos de equilíbrio. As escolhas são agônicas e, por que não, trágicas. Enfim, podemos sintetizar que as narrativas do campo jurídico descrevem o aumento dos direitos e demandas de cidadania. Associam-nas ao incremento da presença do Estado e a um novo papel do constitucionalismo. Associam o incremento de direitos à ideia de Estado intervencionista ou ao Estado social. Há também ênfase na ideia da força vinculante bem como da efetividade do conjunto normativo presente nas Constituições. Isso tudo se movimenta em meio a grandes complexidades institucionais. As práticas são completamente diversas e não apenas analiticamente.

As políticas de intervenção do Estado na economia não são sinônimos de políticas sociais, aliás, essas também não se identificam com o Estado Social. São coisas diversas. As mediações para que se pense a efetividade das constituições são inúmeras. As culturas jurídicas, associadas às realidades econômico-sociais diferenciadas impõem enormes dificuldades para se pensar a força vinculante e a efetividade das constituições. Nada é muito trivial do ponto de vista empírico e histórico. Tudo está aparentemente no seu lugar do ponto de vista normativo e doutrinário. Inclusive, pode-se argumentar em torno de “estruturas de garantias”, “realização progressiva de direitos”, “programas não vinculantes”, sobre o status do direito, quanto à possibilidade de exigir a ação do Estado em juízo, diante de tribunais, isto é, se “direito subjetivo” ou “direito objetivo”, sobre a “natureza das prestações” (proteção, prestação propriamente e procedimento) etc.

A reflexão torna-se cheia de mil nuances, torna-se aberta aos cálculos que tomam como referências processos extrajurídicos, o caráter normativo ou a Constituição como programa político salta à atenção. Dessa forma a constituição é transformada em primeira camada de uma discussão político-jurídica ou jurídico-discursiva. Seguem-se outras de onde decorrem as expressões jurídicas das políticas públicas. Como afirma Bucci, as políticas públicas têm distintos suportes legais⁸. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, com decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviços público. Também podem ser expressos em políticas, planos, programas, ações, projetos e atividades.

As políticas (ou cada elemento da enumeração anterior) também podem ser associadas a objetivos definidos (metas, impactos, resultados), diretrizes e estratégias estabelecidas para serem realizadas em prazos determinados. Também podem ter delimitados públicos e territorialidades, mecanismos de monitoramento, avaliação e produção de informações, bem como os órgãos que serão encarregados de formular, implementar e avaliar.

Outra questão que faz parte da tradição própria ao campo jurídico são as teses, sempre formuladas em termos normativos, a respeito da separação dos poderes. Nesse sentido, discute-se de forma exaustiva questões relativas ao controle judicial, judicialização e juridicização das políticas. Dessa maneira, a resposta a questões que se referem à definição do suporte legal das políticas é fundamental. O que é objeto de controle judicial nas políticas públicas? Problemas similares dizem respeito à legitimidade do judiciário na formulação de políticas. O mesmo problema apresenta-se na questão da discricionariedade do poder executivo. Ora, se um orçamento e PPA foram discutidos e aprovados entre legislativo e executivo, com um conjunto de diretrizes, metas,

⁸ Bucci, M. P. D. *O conceito de política pública em direito*. In: Bucci, M.P.D. (org.) “Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico”. Editora Saraiva, SP, 2006.

indicadores e recursos não seria razoável esperar sua implementação e quando não atingido os objetivos enunciados, não seria adequado justificá-lo?

Bucci (2006) desenvolve duas linhas de argumentação. A primeira linha parte de uma distinção retirada de Comparato e implica em definir a política como programa de ação⁹. A política pública não é uma norma e por isso se separa da realidade jurídica. O passo seguinte é afirmar que a política engloba os componentes jurídicos como elementos e que eles se voltam para o atingimento de fins determinados. Então, aponta a separação entre política pública como atividade, entre o que é próprio das atividades políticas assim definidas e unificadas pelas finalidades e o que é próprio do direito, em sua “ontologia” própria, normativa, formal. Em suma, uma política pode ser considerada inconstitucional, o que significa que descumpra normas ou diretrizes constitucionais pelas suas finalidades, mas o conjunto estruturado de atos e normas daquelas políticas pode ser interpretado como perfeitamente legítimo à luz da constituição.

O movimento seguinte é trazer o conceito de atividade para o campo dos fatos e atos jurídicos, afirmando que as políticas públicas são parte da administração pública e assim estariam relacionadas ao tema conhecido como controle da discricionariedade administrativa, sendo que a disciplina legal e formal é a mais própria ao tratamento jurídico (ao lado de critérios subjetivos e materiais). Dessa forma, o conceito de atividade não acrescentaria algo diferencial para o estabelecimento das relações próprias ao controle de políticas públicas.

Outra linha de raciocínio seria tratar a política pública como categoria normativa, segundo a mesma autora (Bucci, 2006, página 25). Para tal, Bucci se vale de Dworkin quando este afirma “chamo política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo para ser atingido, geralmente uma melhoria de caráter econômico, político ou social na comunidade (...) e princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá proporcionar ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão de moralidade”. Nesse sentido, as políticas encontrariam um lugar específico no âmbito do direito.

Assumem um espaço intermediário entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, um espaço de concretização de princípios e normas. Por isso seriam padrões que se prestam a transformar realidades, puxando, na sua articulação, elementos morais e de princípios. Nesse caso, o problema da exigibilidade da política em juízo aparece com intensidade e, se o direito é subjetivo, aparece com força o problema dos contornos da judiciabilidade. Elas são programas de ação com diferentes formas e com escopo substantivo, então, o que nelas é exigível? Os direitos ou os resultados? E, nesse caso, que resultados são esses? Prestações individuais ou coletivas? Coletivas universais ou segundo necessidades? Etc. Parece-nos que as relações entre direito e política ainda permanecem em estado de opacidade. Mas há outros desdobramentos que devemos seguir.

Na literatura, a questão do caráter programático das normas constitucionais também é um problema e se relaciona com a efetividade imediata, da eficácia limitada ou plena. Se as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante. O debate é longo e tem fundamentos doutrinários.

⁹ Idem, páginas 23 e seguintes.

De qualquer maneira, o objetivo do suporte jurídico em política pública é vincular o gestor à realização dos seus objetivos. No fundo, o ponto é resolver e estabelecer deveres ao Estado, portanto, desenhar uma forma de ação pública, especialmente relacionada à política e aos valores que ela deve seguir, a exemplo da garantia de direitos e objetivos sociais e da participação nas decisões; por outro lado, também é problema referir a ação e deveres para os legisladores, condicionar a legislação e as decisões a respeito da constitucionalidade, estabelecer limites para a interpretação jurídica, condicionar as atividades da administração e do próprio judiciário, criar condições jurídicas subjetivas¹⁰.

Trata-se de estabelecer premissas políticas para o funcionamento do direito, trata-se de estabelecer a política para o direito e elementos discursivos e doutrinários para o Estado, executivo e judiciário. Seguem-se consequências em especial a proibição de omissão dos poderes públicos na realização dos direitos sociais, mesmo que com a reconhecida e problemática questão da limitação de recursos e do fato inequívoco de que a vinculação é muito mais política e sociológica do que jurídica.

De qualquer forma, a questão pode ser simplificada da seguinte forma; todos querem a realização de uma sociedade mais igualitária e republicana, a constituição programática permite a construção de uma imagem-objetivo interessante e tem desdobramentos políticos, pois vincula os atores a certas interpretações políticas. Os direitos econômicos, sociais e culturais nesse caso não podem ser negados, mas resta em causa a questão das condições substantivas para a sua realização factual.

É nesse sentido que a Constituição passa a ser um *actante* capaz de conectar redes discursivas amplas, bem como interpelar e constituir outros atores-rede. É o que se faz ao associar discursos e estratégias várias à Constituição, o que se pode chamar de constitucionalização de direitos.

O hiato reconhecido entre direito e políticas públicas permite afastar a possibilidade de que a política seja tratada como atividade restrita de normação jurídica e que seja pelo menos pensada como arranjo complexo, típico das atividades político-administrativas. Obriga também a que o direito seja capaz de tomá-las como objeto e as trate a seu próprio modo.

Embora esse modo ainda não seja claro podemos tatear uma interpretação, o direito deve estabilizar regras que permitam a segurança na ação dos atores, mas que também sejam aptas na resolução de impasses.

Indiscutivelmente, o direito não pode mais ser tratado como conjunto normativo que se aplica a casos, a execução de regras, mas como um conjunto de normas de diferentes níveis que deve ser aplicada de maneira criativa para solucionar impasses relativos à normação social em sentido amplo. O direito não é uma atividade que apenas diz qual lei deve ser seguida e como, ou que promete uma sanção contra comportamentos desviantes. O foco é integrar a capacidade de dar soluções e formas jurídicas claras e adequadas às práticas e objetivos instituídos, sejam eles políticos ou administrativos. Talvez ele, o direito, seja um recurso como outros e não parte de uma estratégia global de manutenção de certas estruturas de proteção do Estado contra a anomia moral ou da sociedade contra o arbítrio estatal.

Aqui precisamos de uma nova descrição e de um novo posicionamento do direito em relação às atividades públicas. Ou quem sabe, careçamos de tratar o direito de forma a restituí-lo à posição de atividade de resolução de quebra-cabeças jurídicos e não de um

10 Bucci (2006), página 29, citando José Afonso da Silva.

sistema formal com a pretensão de vincular, ou melhor, controlar, toda a atividade política.

Enfim, essa tensão decorre da visão dos papéis do direito e do enunciado jurídico na implementação de políticas. Ao executivo e legislativo caberia indicar os valores últimos, aonde chegar, referenciar conflitos e como superá-lo através da disputa por palavras, das distribuições de poder e na administração das expectativas ao longo do tempo. Ao direito caberia dar expressão jurídico-institucional aos planos de ação pública. Entretanto, tudo é mais complicado. Os órgãos de controle do executivo também têm papel na guarda da legalidade¹¹.

Não há política pública sem suporte legal. No caso brasileiro não há política pública sem inscrição no plano plurianual, nas leis de diretrizes orçamentárias e na lei de diretrizes anuais. Nada ali escapa aos ramos do direito administrativo, tributário, fiscal etc. Entretanto, a análise jurídica da política deve funcionar de modo a dar operacionalidade à política (Bucci, pág. 37).

A ampliação e consolidação da ação pública dependem do aumento de recursos, da consolidação de estratégias e de universalização de ações e de argumentos que permitam o estabelecimento e estabilização de coalizões sociais na defesa dos direitos e das políticas. Dessa forma, nem o direito pode ser visto como uma gramática ou conjunto de normas sistêmicas, formais, que pressupõem o domínio prático de regras discursivas sem peso social, nem as políticas públicas podem ser vistas como adequação linear e mecânica de meios e fins.

As políticas públicas são espaços de mediação e luta simbólica e dependem de mobilização de recursos materiais, mas também cognitivos, ou seja, de qualidade de produção técnica de sentidos que, estabilizados à maneira de normas, sejam capazes de coordenar as ações e os atores. Portanto, para além de presumir campos autônomos, do direito e das políticas públicas, com suas questões e jogos específicos, é possível dizer algo a respeito das possibilidades de diálogos e de formulações que associem direitos, princípios, regras e normas de políticas em modelos argumentativos e práticos densos, que se apoiem mutuamente, mesmo que em certas ocasiões, de forma antagônica e conflitiva, no espaço de conversação pública.

Mesmo que se reconheçam tradições jurídicas específicas, relacionadas a campos e realidades políticas e sociais específicas, não se deve imaginar que essas distinções são natureza, mas sim resultados históricos das relações sociais e institucionais. O direito, ou sua “teoria pura”, se construiu historicamente a partir do esquema gerador fato e valor, descrição e moral, ciência e política. Esses pares de oposição homólogos não são absolutos, mas se revelam como parte de um projeto específico de ciência jurídica e se constroem por oposição à política, às suas lutas entre valores particulares e às ciências sociais.

No entanto, se se pode apontar que a purificação do direito, o seu distanciamento das lutas jurídicas do ídolo dos valores, construção que afasta a reflexão jurídica das práticas ou

11 ARANTES, R. B., Loureiro, M. R., Couto, C., & Teixeira, M. A. C. (2010). Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV. OLIVIERI, Cecília. Monitoramento das políticas públicas e controle da burocracia: sistema de controle interno do executivo federal brasileiro, in Loureiro, M. R.; Abrúcio, F.L. & Pacheco, R.S. Burocracia e política no Brasil – desafios para a ordem democrática no século XXI, Ed. FGV, RJ, 2010.

tratam-na como aplicação de códigos ou execução de normas, também é possível dizer que as tradições jurídicas reconhecem densidades argumentativas diferenciais e posições argumentativas diferenciadas na estrutura institucional do direito. O direito não fala o direito a partir de posições genéricas e universalizantes. A teoria pura é um caso participar da teoria jurídica.

Seja como for, a própria teoria pura envolve a reflexão a respeito da democracia e do lugar dos direitos no jogo político, na luta entre valores e no controle da discricionariedade. A teoria pura não é pura. O problema da estabilidade semântica da argumentação jurídica atravessa as ciências sociais, dentre elas o direito. Envolve a possibilidade da realização de análises controladas e de argumentação embasada empiricamente. O uso de analogias selvagens e de retóricas sem fundamentação empírica rigorosa do ponto de vista interpretativo são problemas no direito e nas ciências sociais.

Se valores, conceitos, problemas e taxinomias devem muito às condições sociais de produção e reprodução, o discurso democrático, a nosso ver, não deve excluí-los por premissa, mas levá-los a sério tornando-os acessíveis ao controle reflexivo e intersubjetivo. Então qual o papel dos conceitos e depois de normas específicas no processo de formulação e depois de implementação de políticas? Tentaremos tatear por estas questões a seguir.

Para finalizar, uma síntese. O texto toma o direito como espaço discursivo da legitimação. Nessa configuração, o Estado mobiliza recursos materiais e conforma instâncias de produção e distribuição de bens e direitos. Portanto, o Estado abriga e traduz o conjunto complexo de relações sociais e simbólicas estruturadas, espaço de produção de significações e de delimitação de formas de violência sublimada, a violência simbólica legítima apontada pelo sociólogo Pierre Bourdieu. O direito compõe este conjunto, além de oferecer razões e argumentos técnico-jurídicos para a aplicação de regras aos casos específicos, sejam relações privadas ou públicas, além de orientar a atuação do Estado nas garantias para a realização de direitos individuais e sociais.

O grande desafio deste trabalho foi interpretar as relações do direito no processo de formação e implementação de políticas públicas. Restou colocado que, as políticas públicas enquanto resultado de escolhas racionais, constituem-se em *outputs* da organização governamental, numa articulação com a administração e a teoria de organizações; como resultado de negociações políticas, habitam a esfera de ação e discussão de políticos e sociólogos e economistas. Entretanto, mais importante, o direito é um instrumento de estabilização da relação entre os atores e do funcionamento das instituições.

Para um autor clássico como Hans Kelsen, o campo do subjetivo que afeta as políticas públicas não estaria sujeito a uma avaliação científica, e por isso, não deveria fazer parte do campo de discussão do direito. Entretanto, a discussão ganha novos contornos quando se presume que qualquer arquitetura jurídica esta embebida por valores, nas discussões e disputas de interesses que atuam na formação dessas políticas. Considerando que as políticas, sejam elas distributivas, redistributivas ou regulatórias, todas deverão ser plasmadas na norma, não há como fugir do positivismo jurídico para a garantia dos direitos que delineiam. O tema da discricionariedade, papel da Constituição e do conjunto normativo das políticas públicas é central.

Não há como fugir da qualificação da norma, enquanto resultado de escolhas subjetivas que, estabilizadas, limitam a discricionariedade, se as políticas públicas são resultado das ações governamentais racionalmente moldadas dirigidas para a realização de direitos e objetivos sociais e juridicamente relevantes para a sociedade.

Os países democráticos e constitucionalmente direcionados permitem a seus cidadãos participar das decisões dos governos e exercer influência nas escolhas da aplicação dos recursos públicos. Essas escolhas acolhem valores, motivações, interesses, ideologias e o peso das instituições, num movimento relacional dinâmico, assim como as decisões internalizam cálculos complexos em relação à posição dos atores. Esses aspectos conferem valor qualitativo à norma que delineia as políticas. Uma identificação do direito como campo mostra as contradições entre as representações do direito positivo, com suas pretensões de objetividade e cientificidade, e o direito como um espaço de lutas simbólicas, jurídicas e políticas.

Os Povos Indígenas eram constituídos por aproximadamente 820 mil pessoas em 2010¹², sendo que a maior parte dos territórios indígenas se localizam em áreas rurais (aproximadamente 62%) e as demais em regiões urbanas. Em suas comunidades, centenas de povos indígenas vivem momentos de recuperação de seus contingentes populacionais, sendo que a população indígena cresce a taxas de 10% ao ano, ao mesmo tempo em que ocorrem movimentos de recuperação identitária. Esse crescimento gera importantes desafios para as diferentes políticas públicas. As demandas de cuidados de saúde, educação e segurança alimentar são crescentes, pressionando orçamentos e recursos institucionais. Os povos indígenas estão presentes na totalidade das instituições de políticas sociais, participando das políticas públicas ambientais, de produção, educação básica, saúde, assistência, ciência e tecnologia entre outras.

Existem aproximadamente 305 etnias e cerca de 274 línguas, com grupos populosos e outros em riscos de extinção. Além da identificação censitária em 2010 desta pluriculturalidade indígena em território nacional, registrou-se em 2018 a referência de 114 indivíduos/grupos indígenas isolados, projetando o Brasil como o país como o maior número de povos indígenas isolados. Inseridos numa política pública específica de não contato e, submetidos os registros a procedimentos de estudo de campo, estão confirmados até o momento apenas 28 referências.

A realidade dos povos indígenas brasileiros é muito heterogênea, exige diferentes formas de implementação da ação pública que se adeque às múltiplas realidades e que considere os modos de vida e as culturas locais. Os elementos que unem todas as questões relacionadas aos 305 povos indígenas são a participação social na definição das políticas e a questão fundiária. A regularização do território é estruturante para a manutenção das condições de existência dos modos de vida e saberes e a participação social, um direito que resguarda a consulta na formulação das políticas indigenistas.

Os povos indígenas enfrentam problemas crônicos relacionados à invasão de seus territórios, degradação territorial e ambiental, exploração sexual, exploração do trabalho, mendicância, além de todas as mazelas de correntes de problemas de saúde associadas à pobreza forçando-os às migrações internas em busca de melhores condições de vida nas cidades, o que se nota pela sua presença nas cidades, em geral, em condições precárias.

A Constituição de 1988 instituiu o paradigma do respeito à pluralidade étnica como direito, estabelecendo a proteção legal e criando instrumentos e garantias para a promoção de direitos coletivos dos povos indígenas. Também reforçou o prazo de cinco anos para que os territórios tradicionais indígenas fossem demarcados, embora a ausência de vinculação legislativa às ações governamentais tenha impedido a efetividade da política insculpida desde a elaboração do estatuto do índio, ainda na década de 70.

12 Censo Demográfico IGBE, 2010.

Ao longo destas últimas décadas, o governo federal tem se empenhado para enfrentar a questão promovendo ações transversais entre órgãos, organizações não governamentais e indígenas. O Conselho Nacional de Políticas Indígenas - CNPI é atualmente um relevante instrumento na articulação e concertação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas, envolvendo órgãos do governo federal e representantes indígenas de todas as regiões do país. A exemplo de ações interministeriais, elaborada em atuação conjunta com o Ministério do Meio Ambiente, tem-se a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI), além de procedimentos de proteção dos direitos e coordenação do ponto de vista indígena nos processos de licenciamentos ambientais de empreendimentos como hidrelétricas, rodovias, linhas de transmissão e distribuição.

A Funai é a principal instituição gestora da realização das políticas que garantem a efetividade dos direitos reconhecidos aos povos indígenas, tendo sofrido mudanças e reformas nos últimos anos que potencializaram sua atuação. A materialização de garantias que promovam condições de reprodução física e cultural de povos indígenas é constantemente desafiada a manter e mesmo ampliar as capacidades de implementar e coordenar diferentes ações, sobretudo por meio de políticas de proteção territorial, como a regularização, a fiscalização e o monitoramento, combatendo os usos ilícitos de recursos ambientais, invasões e violência em TI's.

No entanto, sem um acompanhamento das ações concretas para o desenvolvimento das capacidades e de desempenhos institucionais, de forma a realizar os preceitos constitucionais, a execução das atividades encontra obstáculos e contrariedades, em função do desconhecimento de vulnerabilidades e necessidades. Em referência a esse contexto, analisamos o destaca-se o PROGRAMA 2065 - PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.

3. A Funai, a Proteção e a Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas e as Capacidades Estatais¹³

A Fundação Nacional do Índio (Funai), desde sua criação em 1967, é ainda o principal órgão do executivo atuante dentro dos territórios indígenas. Dentre os programas relativos aos povos indígenas que integram o modelo brasileiro de planejamento de políticas públicas, vinculando a execução do orçamento público, destaca-se o PROGRAMA 2065 - PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.

O programa é um dos principais mecanismos de coordenação das ações de política indigenista. Ao lado da Funai, tem atuação no referido programa a Secretaria Especial de Saúde Indígena Ministério da Saúde (SESAI/MS), responsável pelo Subsistema de Saúde Indígena do SUS e por ações de saneamento, o Ministério do Meio Ambiente (MMA), que desenvolve ações de gestão ambiental em terras indígenas, e outros que atuam no campo da cultura, educação e direitos sociais.

O quadro 3 apresenta a composição do PROGRAMA 2065 PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, organizado em 5 objetivos e 7 ações.

13 Versão modificada do texto de Subsídio para Mensagem Presidencial 2019.

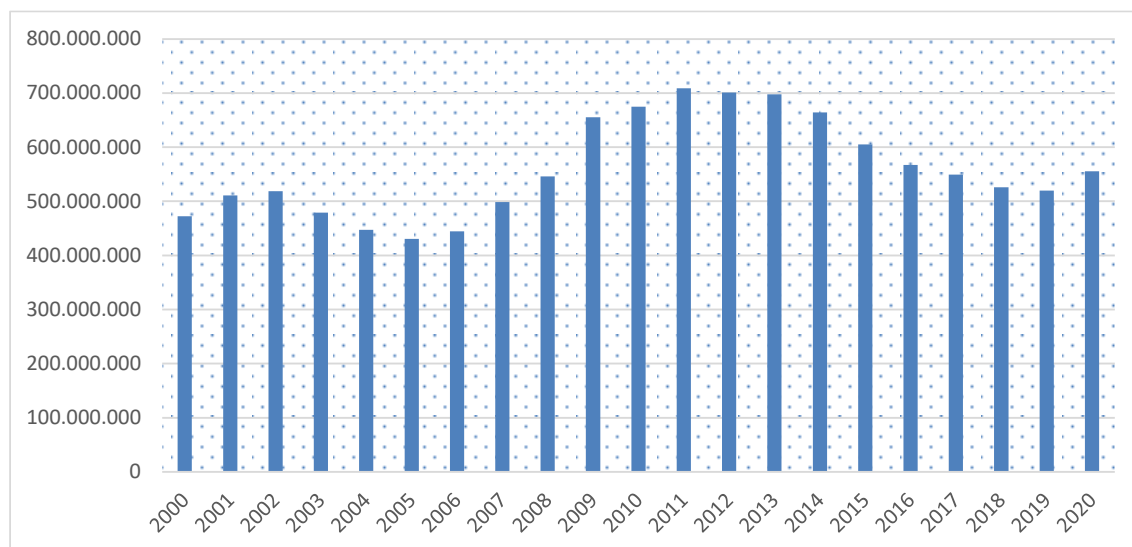
Quadro 3: Síntese do Programa 2065 Proteção e Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas.

OBJETIVO - 1014 - Garantir aos povos indígenas a posse plena sobre suas terras, por meio de ações de proteção dos povos indígenas isolados, demarcação, regularização fundiária e proteção territorial A ação 20 UF – Demarcação e fiscalização de TI's e proteção dos Povos indígenas isolados OBJETIVO – 0962 - Promover a atenção à saúde dos povos indígenas, aprimorando as ações de atenção básica e de saneamento básico nas aldeias, observando as práticas de saúde e os saberes tradicionais, e articulando com os demais gestores do SUS para prover ações complementares e especializadas, com controle social. A ação 20YP Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde Indígena é de responsabilidade da SESAI/MS e tem as maiores execuções do programa 2065. A ação 7684 Saneamento Básico em Aldeias Indígenas para Prevenção e Controle de Agravos é a terceira ação em termos de montantes do programa 2065. OBJETIVO - 1013 - Promover a gestão territorial e ambiental das terras indígenas. Ação 215O Gestão Ambiental e Etnodesenvolvimento OBJETIVO - 1012 Promover e proteger os direitos sociais e culturais e o direito à cidadania dos povos indígenas, asseguradas suas especificidades nas políticas públicas. Ação 215Q Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas de Recente Contato A ação 2384 Direitos Sociais e Culturais e à Cidadania OBJETIVO – 1015 - Preservar e promover o patrimônio cultural dos povos indígenas por meio de pesquisa, documentação e divulgação de suas línguas, culturas e acervos, prioritariamente daqueles em situação de vulnerabilidade. Ação 8635 – Preservação Cultural dos Povos Indígenas

Elaboração dos autores

O gráfico 1 apresenta a evolução do orçamento pago da FUNAI e a tabela 1 a participação dos recursos financeiros no PROGRAMA 2065 - PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2018.

Gráfico 1: Evolução dos Recursos Financeiros da Funai, 2000/2020 (Valores Base=2020).



Fonte: SIOPEs, Unidade orçamentária 30202- FUNAI, deflacionados pelo INPC médio anual
Elaboração dos autores

Os valores cresceram até 2002, decrescem até 2005 e voltam a crescer gradualmente tendo seu ápice em 2011. Volta decrescer até 2019. Em 2020 voltam a um patamar mais elevado, mas próximo aos de 2008. A média do primeiro governo Lula é inferior em 10% aos três últimos anos do segundo Governo de FHC. O segundo governo Lula eleva as médias de gastos em são superiores em quase 20% em relação ao segundo FHC e 32% em relação ao primeiro governo Lula. O primeiro Governo Dilma apresenta elevação de gastos de 17% em relação ao ciclo governamental anterior. O segundo governo Dilma conhece queda constante em todos os seus anos, tendência acentuada nos 2 anos do Governo Temer.

O primeiro ano do Governo Bolsonaro (2019) tem nível de financiamento similar ao de 2002, com elevação no seguinte a níveis de 2008/2009. A partir de 2009 as despesas com pessoal e encargos passam a se constituir em uma parcela significativa das despesas totais em decorrência de concursos e reposição de pessoal. A partir de 2015 essa despesa passa a ser superior a 75%. Entretanto, mesmo essas despesas são declinantes o que resulta em um ligeiro aumento das despesas finalísticas: em 2020 voltam aos níveis de 2008/2009 e as finalísticas são um pouco superiores às de 2015.

Tabela 1: Programa 2065 - Proteção e Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas, 2018.

Ações	2016	2017	2018	2019	Variação % 2019/2016	Variação % 2019/2018	Variação absoluta 2019/2018
20UF - Demarcação e Fiscalização de TI e Proteção dos PI's Isolados	18.315.389	21.264.371	56.371.087	38.641.960	211	69	-17.729.127
20YP - Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde Indígena	1.442.340.638	1.986.505.480	1.717.189.728	1.688.134.370	117	98	-29.055.358
2150 - Gestão Ambiental e Etnodesenvolvimento	9.059.532	13.881.862	16.472.561	19.418.179	214	118	2.945.618
215Q - Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas de Recente Contato	557.570	515.137	1.380.201	1.941.297	348	141	561.097
2388 - Direitos Sociais e Culturais e à Cidadania	15.324.802	17.156.862	16.307.046	19.915.047	130	122	3.608.001
7684 - San. Básico em Aldeias Ind. p/ Prevenção e Controle de Agravos	38.177.507	55.412.186	59.076.489	43.623.154	114	74	-15.453.334
8635 - Preservação Cultural dos Povos Indígenas	4.655.496	4.206.664	4.206.371	2.099.139	45	50	- 2.107.231
Total Geral	1.528.660.559	2.098.942.562	1.889.242.596	1.813.773.147	119	96	-75.469.449

Fonte: Orçamento Fiscal e da Seguridade Social/SIOPE.

Os recursos crescem no período (2016-2019), sendo são maiores em 19 pp. Entre 2019 e 2018 Há uma queda de recursos na ordem de R\$ 75,4 milhões. A ação de saúde indígena compõe a grade parte dos recursos do programa, mais de 90%.

Analisando o quadro financeiro do Programa 2065, esse revela a redução de capacidades e os desafios na gestão da Funai no que toca às ações de proteção, fiscalização e monitoramento de TI's.

É, portanto, questão desafiadora para a atuação e proteção de inúmeros povos indígenas, a perda de recursos financeiros e da capacidade de implementação das ações indigenistas e a alocação centralizadora dos recursos orçamentários.

Junto a esse fato, a deterioração das condições ambientais e de vida dos Povos Indígenas, com invasões, degradação ambiental e da qualidade do saneamento e da água geram inúmeras necessidades e demandas de ações e saúde. Agrega-se a esse contexto, o saliente acompanhamento da expansão de atividades agropecuárias numa economia baseada na venda de commodities, com óbvias consequências observadas no aumento de riscos ambientais, com perda de áreas de floresta e contaminação da água, além das questões fundiárias decorrentes (acentuada valorização fundiária e conflitos possessórios).

Atualmente, nem a FUNAI nem o IBAMA, responsáveis pelas áreas que são objeto de grilagem, invasões, desmatamento, e garimpo ilegal, têm pessoal e orçamento para fiscalização e gestão.

É no quadro de reorganização das relações entre capacidades institucionais e problemas socioeconômicos a serem enfrentados que despontam, ganhando proeminência, as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Por isso, o aumento dos recursos da ação 20YP “*Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde Indígena*” relaciona-se à garantia de direitos, à estruturação do subsistema da saúde indígena, mas também se relaciona às demandas decorrentes dos riscos produzidos nas relações entre sociedades indígenas e frentes de expansão econômica.

O saneamento básico envolve serviços, infraestrutura e instalações para abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza, manejo de resíduos sólidos e águas pluviais, sendo determinante para a prevenção de doenças e promoção da saúde. A deterioração do meio ambiente e das relações dos Povos Indígenas com agentes da expansão de atividades econômicas terá impacto importante nas condições e modos de vida demandam a consolidação do subsistema de saúde indígena.

Em geral, os povos indígenas têm como característica epidemiológica a presença de doenças infecciosas e parasitárias, sendo que em muitas situações constituem-se na principal causa de mortalidade. Entre os problemas que se deve destacar como estratégico é o da qualidade da água consumida e a proteção ambiental de nascentes, córregos e rios. Embora esforços sejam recorrentemente realizados para a melhoria da qualidade da água para consumo através de ações e serviços públicos de saneamento, os esforços ainda são insuficientes o que, somado à contaminação decorrente de atividades econômicas, entre elas a atividades agropecuárias e minerárias, muitas vezes associadas a práticas de desmatamento, agrava os riscos de adoecimento por patologias veiculadas pelo consumo de água contaminada por patógenos, agrotóxicos e metais.

Os indicadores de saúde têm melhorado, mas os Povos Indígenas se encontram entre os segmentos populacionais com piores indicadores para a mortalidade infantil e perfil nutricional de crianças. É sabido que há estreitas relações entre saneamento, situação nutricional e ocorrência de doenças infecciosas. Alguns povos indígenas apresentam taxas significativas de mortalidade por suicídio. As Taxas de Mortalidade Infantil (TMI) são maiores do que as taxas da população brasileira. A tuberculose e a malária alcançam em terras indígenas indicadores que estão acima da média nacional. A ocorrência dessas patologias se associa com a presença de condições de vulnerabilidade socioeconômicas, insegurança alimentar e deficiências nutricionais. As ações de saúde têm aumentado seus recursos impactando positivamente na reestruturação do subsistema de saúde indígena. Entretanto, esse subsistema convive com a complexidade das determinações sociais da saúde

Os desafios das ações de saúde indígena são inúmeros e relacionam-se à implementação de políticas públicas que ofereçam alternativas produtivas sustentáveis no âmbito da gestão ambiental e territorial. Especialmente nas políticas de saúde, são necessárias estratégias capazes de compor e associar explicações culturais às ações biomédicas, respeitando as tradições culturais e considerando os possíveis desencontros de perspectiva entre os profissionais da saúde biomédica e a saúde indígena, desencontro que tem impactos importante na resolutividade das ações e serviços e saúde.

Resta evidenciar, por fim, que outras ações são realizadas, tanto no âmbito na educação, atribuindo garantias ao acesso à educação básica e superior, quanto nas políticas assistenciais associadas a iniciativas relacionadas à moradia, segurança alimentar e

nutricional, renda, promovendo o acesso ao conjunto de políticas públicas como o BPC (Benefício de Prestação Continuada), PBF (Programa Bolsa Família), aposentadorias, entre outras. Contudo, a ausência de uma caracterização orçamentária específica coadunada aos povos indígenas, impossibilita um monitoramento e análise do orçamento executado que, de fato, tenha alcançado as realidades comunitárias indígenas.

No que se refere ao conjunto de ações transversais, a coordenação de ações que garantam princípios constitucionais com direito ao território, meio ambiente, saúde e educação, além de segurança alimentar, é parte do problema de organização de agenciamentos pragmáticos na defesa não apenas de Povos Indígenas, mas de modelos de desenvolvimento inclusivos, que levem em conta os desafios globais no que toca à preservação ambiental, sustentabilidade, mudança de padrões da matriz energética, novas tecnologias e graus mais elevados de equidade social.

Os desafios de regularização e proteção territorial dos povos indígenas permanecem e se somam à necessidade de integração de ações e recursos de órgãos federais, estaduais, municipais e demais organismos da sociedade civil que respondam de forma efetiva às transformações econômicas sociais e políticas de forma compatível com os direitos indígenas.

A redução e imprevisibilidade de recursos, bem como sua descontinuidade, é um sintoma das opções administrativas e políticas. As dificuldades da gestão territorial, ambiental e da saúde intercultural convivem com falhas importantes relativas à questão das terras, questão estruturante para os direitos dos povos indígenas e que repercute globalmente na garantia de seus direitos.

Deve-se assinalar, seguindo as entrevistas com os funcionários da Funai, que os governos brasileiros têm envidado esforços, mas esses não têm se mostrado suficientes para garantir compromissos constitucionais de respeito aos modos de vida, justiça e dignidade dos povos indígenas e, mais importante, têm falhado no compromisso de demarcar e proteger as terras indígenas, conforme previsto no Artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Algumas ações não tem plena visibilidade no programa descrito, assim vale uma pequena descrição das fontes normativas e iniciativas do governamentais no campo indigenista O fortalecimento de capacidades administrativas e funcionais dos órgãos governamentais e a ampliação da participação dos povos indígenas através de seus órgãos representativos, de consulta e deliberação como o CNPI e as Conferências Indígenas e no campo da “modernização administrativa” aparece, como vimos nas entrevistas, a controversa reforma de 2009, Decreto nº 7056/09, foram estratégias e resultados de uma concepção e métodos específico de governo.

O quadro faz uma síntese de parte da rede normativo das políticas da área, nem todas elas expressas na orçamentação do programa 2065, como visto anteriormente, por razões de método do PPA e por outras razões de desenho institucional, como as despesas com educação indígena.

Quadro 3: Normativas Seleccionadas que Estruturam a Política Indigenista.

- A) **EDUCAÇÃO VOLTADA PARA OS POVOS INDÍGENAS:** LEI Nº 9394/1996, LEI Nº 10172/2001, DECRETO Nº 26/91, PORTARIA INTERMINISTERIAL MJ/MEC Nº 559/91, LEI 10558/2002, LEI Nº 11096/2005, DECRETO Nº 7778/2012: ESSAS LEGISLAÇÕES ESTABELECEM QUE A FUNAI NÃO POSSUI COMPETÊNCIA DIRETA PARA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO ESCOLAR E SUPERIOR INDÍGENAS, CABENDO AO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E ÀS SECRETARIAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE EDUCAÇÃO;
- B) **SAÚDE INDÍGENA:** LEI Nº 8080/90, PORTARIA Nº 254/2002, LEI 12.314/2010, DECRETO Nº. 7.336/2010, DECRETO Nº 7778/2012: TAIS LEGISLAÇÕES ESTABELECEM QUE COMPETE À SECRETARIA DE SAÚDE INDÍGENA, VINCULADA AO MINISTÉRIO DA SAÚDE, EXECUTAR A POLÍTICA DE ATENÇÃO BÁSICA À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS, SENDO AS ÁREAS DE MÉDIA E ALTA COMPLEXIDADE RESPONSABILIDADE DE ESTADOS E MUNICÍPIOS, NO SISTEMA DE COMPARTILHAMENTO DE ATRIBUIÇÕES DO SUS. ASSIM, CABE À FUNAI O PAPEL DE MONITORAR E FISCALIZAR AS AÇÕES DE SAÚDE DESEMPENHADAS PELA SESAI, ESTADOS E MUNICÍPIOS.
- C) **POLÍTICA NACIONAL DE GESTÃO TERRITORIAL E AMBIENTAL DE TERRAS INDÍGENAS** – PNGATI POR MEIO DO DECRETO Nº 7747
- D) **PROJETOS EM TERRAS INDÍGENAS DE FOMENTO A ATIVIDADES PRODUTIVAS,** COM APOIO DO PROGRAMA PILOTO PARA A PROTEÇÃO DAS FLORESTAS TROPICAIS DO BRASIL – PPG7, DO BANCO DE DESENVOLVIMENTO ALEMÃO – KFW E DO GLOBAL ENVIRONMENT FACILITY – GEF, A EXEMPLO DO PROJETO DEMONSTRATIVO DE POVOS INDÍGENAS – PDPI, OS PROJETOS DEMONSTRATIVOS – PDA, O PROJETO INTEGRADO DE PROTEÇÃO ÀS POPULAÇÕES E TERRAS INDÍGENAS DA AMAZÔNIA LEGAL – PPTAL, O PROGRAMA CARTEIRA INDÍGENA

Fonte: <http://www.funai.gov.br/index.php/todos-presidencia/2901-politica-indigenista-no-brasil-avancos-e-desafios>

Por fim, resta enfatizar a obrigatoriedade dos governos na realização da consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas em todos os atos administrativos que venham os afetar, segundo a OIT 169.

A participação social dos povos indígenas na elaboração e execução de políticas públicas que ganhem execução específicas em seus contextos culturais é assegurada não apenas no âmbito individual, como, sobretudo, coletivo. A formulação conjunta, baseada em métodos interculturais, é um caminho a ser trilhado na superação de políticas indigenistas integracionistas ou assistencialistas e a consequente adequação governamental aos atuais ditames de direitos humanos internacionais.

A capacidade de dialogar, ouvir, convencer, deliberar é ponto fulcral nesse processo, mas pareceu-nos, a partir dos relatos que também é uma prática sitiada. Todos essas qualidades envolvem formações específicas, o que demanda formação adequada e experiência. Por essa razão elaboramos uma pequena descrição do quantitativo da força de trabalho da Funai, algumas de suas características e composição.

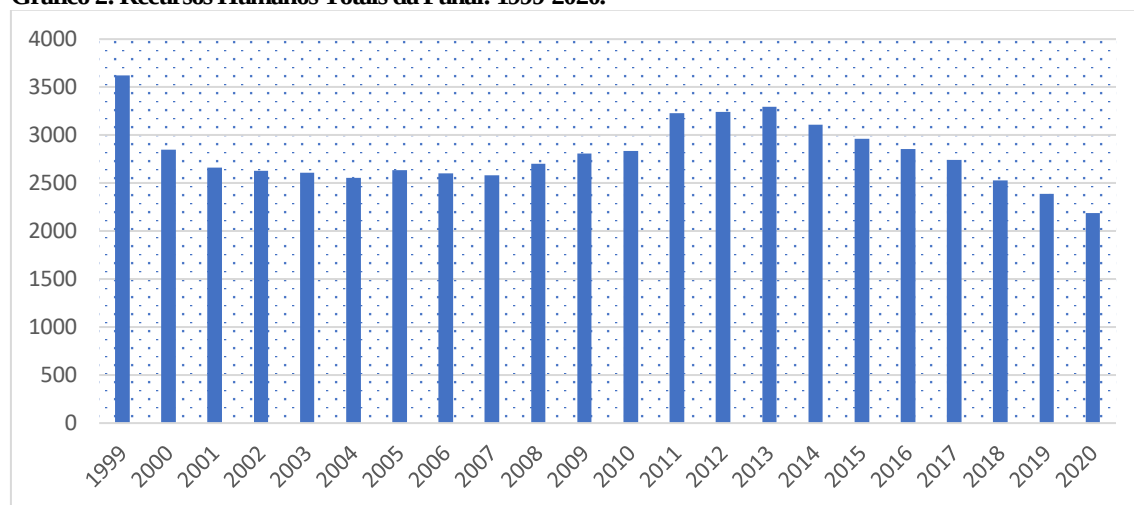
A movimentação e a composição dos recursos humanos

O gráfico 2 apresenta a evolução dos recursos humanos totais da Funai. Mostra o ápice em 1999 e declínio até 2004, retomada lenta até 2011 e, em seguida uma recomposição até 2013, ano a partir do qual começa a sofrer perdas importantes até chegar ao seu mínimo em 2020.

Os ativos permanentes respondem por mais de 80% da composição da força de trabalho até 2007, nos anos seguintes ficam abaixo dessa média, declinando depois de uma solução de crescimento entre 2010 e 2013. A partir de 2011 a composição da força de trabalho

muda em termos de escolarização. Mais de 30% da força de trabalho da Funai passou a ter formação na educação superior, percentual que chega, com toda a movimentação dos recursos humanos a 45% em 2020.

Gráfico 2: Recursos Humanos Totais da Funai: 1999-2020.



Fonte: SIAPE

Elaboração dos autores

O número de pessoas requisitadas é crescente a partir de 2004 (14) e chega a se constituir em 91 em 2020. Os nomeados em cargo comissionado, participação percentual apenas relativamente estável (variação de 11 a 19% da composição total a força de trabalho), mas que chega ao seu máximo, em termos absolutos, em 2011, com 430 e logo depois declinam em mais da metade para 234, em 2020. O número de cedido chega a 68 em 2011 e declina para 42 em 2020. A participação de estagiários a partir de 2008 é de 5,8% e 8,2% no ano seguinte, minguando para 3,9% em 2020. A participação da cooperação técnica é de 57 pessoas em 2010, cai para 4 em 2016 e não aparece mais nos anos seguintes.

Referências

ARANTES, R. B., Loureiro, M. R., Couto, C., & Teixeira, M. A. C. (2010). Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV.

BARBOSA DA SILVA, Frederico; Augusto; LUNELLI, Isabella Cristina, Subsídio ao relatório Brasil sobre o cumprimento da convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (2003-2017): povos indígenas, IPEA, Brasília, 2019

BARBOSA DA SILVA, Frederico Augusto; SANTOS, Júlio Edstron; ANDRADE, A. M. Hans Kelsen: um olhar para uma teoria supostamente pura In: A teoria jurídica de Hans Kelsen.1, 2018, v.01, p. 195-225.

BÍGIO, Elias dos Santos, Programa (s) de índio (s) – falas, contradições, ações interinstitucionais e representações sobre índios no Brasil e na Venezuela (1960-1992), Tese Departamento de História, UnB, Brasília, 2007.

BOURDIEU, Pierre, Da regra às estratégias, in Coisas Ditas, Editora Brasiliense, SP, 1990.

_____. Razões práticas – sobre teoria da ação, Papirus Editora, Campinas, SP, 1996.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: Bucci, M.P.D. (org.) “Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico”. Editora Saraiva, SP, 2006.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Índios no Brasil – História, Direitos e Cidadania, Claro Enigma, SP, 2012.

COMETTI, Jean-Pierre « Qu’est-ce qu’une règle », Éducation et didactique [En ligne], vol 2 - n°2, septembre 2008;

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. Visita a Kelsen. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n64/a10n64.pdf> acesso em 10 junho de 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. O que é justiça? São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. O problema da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LANDAU, David, Abusive Constitutionalism (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper N°. 646.

MACCORMICK, N., “Argumentação Jurídica e teoria do direito”, Editora Martins Fontes, SP, 2006.

MACKENZIE, Donald Produire des comptes : finitisme, technologie et application de la règle, Revue d'anthropologie des connaissances, 2009/2 Vol. 3, n° 2 pages 207 à 232.

OLIVIERI, Cecília. Monitoramento das políticas públicas e controle da burocracia: sistema de controle interno do executivo federal brasileiro, in Loureiro, M. R.; Abrúcio, F.L. & Pacheco, R.S. Burocracia e política no Brasil – desafios para a ordem democrática no século XXI, Ed. FGV, RJ, 2010.

PIRES, Álvaro Penna. La criminologie et ses objets paradoxaux: réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme. In: Déviance et société. 1993 - Vol. 17 - N°2. pp. 129-161.

REYNAUD, Bénédicte, Pour une approche wittgensteinienne des règles économiques, Presses Universitaires de France, Revue de métaphysique et de morale,, 2005/3 n° 47, pages 349 à 374;

SCHPPELET, Kim. (2018) "Autocratic Legalism," University of Chicago Law Review: Vol. 85: Iss. 2, Article 2.

STIBICH, Ivan Abreu, Esforços para a implantação de uma “nova política indigenista” pelas gestões petistas (2003-2016): etnografia de um processo com foco na Fundação Nacional do índio (FUNAI), Tese, Departamento de Antropologia, UnB, Brasília, 2019.