

OS POVOS INDÍGENAS ENQUANTO SUJEITOS POLÍTICOS NA RECONSTRUÇÃO DE SEUS TERRITÓRIOS: NOVAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO

Rosely A. Stefanés Pacheco*

RESUMO: Uma compreensão mais ampla dos desafios que os povos indígenas têm enfrentado em relação a seus direitos territoriais na América Latina passa por um desvelar histórico sobre a forma como a questão territorial foi tratada nestes países, tanto administrativamente quanto juridicamente. Os direitos territoriais representam, hoje, um dos pontos centrais da pauta de reivindicação desses povos. Nesse sentido, um dos objetivos deste trabalho é refletir sobre os processos de reivindicações territoriais empreendidos pelos povos indígenas Guarani Kaiowá e Ñandeva, no Estado de Mato Grosso do Sul e os desafios que essas mobilizações têm representado para o direito ocidental, pois elas têm trazido à tona importantes discussões. A ideia é de que um pensamento novo sobre o indígena é enunciado a partir do momento que destoa da visão fatalista, terminal. Existem agora condições para ir além dessa posição. A principal delas é a constatação da sobrevivência física, étnica e cultural dos povos indígenas. Estes povos conseguiram ao longo do processo histórico resistir e agir perante a sociedade envolvente. Para o estudo deste tema buscamos referenciais teóricos em diversas áreas do conhecimento. Dentre elas citamos: a História, a Sociologia, a Antropologia

* Doutoranda em Direito, linha de pesquisa Direito Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC_PR; Mestre em História, linha de Pesquisa História Indígena na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS; Docente no curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. E-mail: roselystefanes@bol.com.br; roselystefanes@hotmail.com.br

e o Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Povos Indígenas; Direitos; Territórios.

NATIVE PEOPLE AS A SUBJECT IN POLITICAL RECONSTRUCTION OF THEIR AREAS: NEW IMPLICATIONS FOR LAW

ABSTRACT: A wide comprehension of the challenges that native people have faced for their territorial rights in latin america, it goes through a historical unveiling on the form as the territorial question was treated in these countries, in such a way administratively as legally. The territorial rights represent, today, one of the central points that these people claim. In this direction, one of the objectives of this work is to reflect on the processes of territorial claims undertaken by the natives Guarani Kaiowá and Nandeva, in the state of Mato Grosso do Sul/ Brazil and the challenges that these mobilizations have represented for the occidental right, therefore they have brought up important discussions. The main idea is that, a new thought on the natives is stated, from the moment that fatalistic, terminal view distune. There are now conditions to go beyond this position. The main one is the finding of physical, ethnic and cultural survival of the native people. These people had resisted throughout the historical process and had acted before the involving society. For this research it was searched theoretical references in many knowledge areas. Amongst them it can be mentioned: History, Anthropology and Law.

KEYWORDS: Native People; Law; Territories.

INTRODUÇÃO

Sabemos que, ao longo da história do contato, os povos indígenas nunca se curvaram ao domínio europeu. Os povos indígenas, mesmo sob uma relação assimétrica de poder, conseguiram agir e reagir perante a sociedade envolvente. Devemos levar em consideração que esses povos sempre elaboraram estratégias de resistência em defesa de seus territórios, conseguindo importantes conquistas, até mesmo no que diz respeito ao ordenamento jurídico. Entretanto, esses direitos, muitas vezes já consagrados nas legislações, não são respeitados. Isso faz com que os povos indígenas lancem mão de estratégias próprias de cada grupo e reivindiquem seus direitos. Dentre essas estratégias citamos as reivindicações territoriais que os Guaraní Kaiowá tem empreendido no Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que a pressão da sociedade envolvente e a situação a que foram submetidos, ainda no início do século XX, com a demarcação de minúsculas áreas de terra, não lhes restou outra alternativa senão a demandar por territórios que consideram de ocupação tradicional. Constroem assim novas alianças e lançam reflexões a serem consideradas e efetivadas nas diversas áreas do conhecimento. Dentre elas cita-se o direito, que por sua matriz ocidental, tem colocado uma série de empecilhos no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

2 UMA BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA

Desde fins do século XVII, os direitos dos povos indígenas passaram a ser objeto de leis que lhes asseguravam certa proteção. Porém, entre os projetos expressos nas leis e a prática há uma grande distância, uma vez que o reconhecimento legal não constituiu de fato em uma medida segura e protetora dos territórios de ocupação tradicional indígena.

No tocante às terras indígenas, por um lado, pode-se notar que, desde a época colonial, já se fazia presente a ideia de que aos povos indígenas deveriam ser concedidas porções de terras para sua sobre-

vivência física e sua integração com o mundo colonial e que sobre essas terras eles teriam prioridade de uso e posse. Por outro lado, em maior ou menor extensão, desde o período colonial, a política institucional em relação aos indígenas manteve-se indissociável da política territorial. Podemos perceber que, no século XVII, a legislação portuguesa fornecia inequívocas provas da ligação entre essas duas políticas. A Coroa Portuguesa via e agia como se as terras do Brasil fizessem parte de seu patrimônio, embora muitos juristas da época não considerassem o “direito da conquista como um direito sobre as terras e bens conquistados” (CUNHA, 1997, p. 10).

Ensaia-se uma retórica de proteção aos direitos indígenas que se repetiria em leis, cartas, decretos e alvarás, durante todo o período colonial, monárquico e republicano; situação que somente começaria a mudar com a Constituição Federal de 1988, passando-se do plano teórico para a tentativa de efetivação dos direitos indígenas.

Enfatizamos que a proteção aos direitos territoriais indígenas era retórica, porque, embora algumas legislações tenham conferido direitos territoriais aos indígenas, estas não tiveram efetiva aplicação.

Mesmo com a Lei de Terras de 1850, que passou a regular a propriedade no Brasil, essa Lei desconsiderou os povos indígenas. Ela deu início a uma política de despojamento de terras tradicionais indígenas no Brasil. Um mês após a sua publicação, o Governo Imperial determinou a incorporação aos “nacionais”, que não eram os indígenas, as terras das aldeias de índios dispersos e que estivessem mesclados na massa populacional, denominada civilizada.

De acordo com Cunha (1992), essa atitude representou um duro golpe para os povos indígenas, uma vez que o Governo havia, durante mais de um século, favorecido à ocupação de terras próximo às aldeias indígenas, ou mesmo dentro delas, com claro objetivo integracionista, e agora tratava de incorporar essas terras aos não-indígenas.

Com as próximas legislações e inclusive a lei máxima, a Constituição Federal, praticamente todas as constituições republicanas (1891, 1934, 1946, 1967, 1969) com exceção da Constituição Fe-

deral de 1988, passaram a dedicar o mesmo tratamento tanto para os povos indígenas, quanto para seus territórios de ocupação tradicional. Uma das explicações para esse comportamento, é que os indígenas eram vistos como seres transitórios que, aos poucos, iriam integrar-se aos considerados nacionais, civilizados.

No caso específico dos Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul, já no início do século XX foram demarcadas oito áreas indígenas, para onde todos os indígenas da região deveriam ser conduzidos. Nesse processo, muitas áreas tradicionais foram dispersas. Essa dispersão e expropriação ocorreram inclusive com a atuação do órgão indigenista, no caso, o SPI (Serviço de Proteção ao Índio), criado em 1910 e depois substituído nos anos 60 pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio). Devemos enfatizar que não raras vezes utilizou-se a violência para retirar dos antigos territórios e aldeias os indígenas que resistiam (PACHECO, 2004).

Nesse sentido, as legislações e as ações administrativas sempre foram no sentido de desterritorializar as comunidades indígenas, retirando-as para dar espaço para as frentes agropastoris que estavam em marcha sobre as terras que eram consideradas “vazias”. Para fundamentar as ocupações pelos não-indígenas dos territórios indígenas e para justificar toda a ação administrativa e jurídica surgem noções no início do século XX, tais como: sertão, vazío demográfico, terra de ninguém. Agregadas a estas as de ordem e progresso, que até hoje são utilizadas para justificar a falta de reconhecimento das terras indígenas¹.

2.2 A DINÂMICA DAS MOBILIZAÇÕES SOCIAIS E AS ALIANÇAS ESTABELECIDAS

As sociedades indígenas, no decorrer dos últimos cinco séculos, experimentaram diversas formas de enfrentamento e resistência. Nessa trajetória do contato conquistaram muitas vitórias, em espe-

¹ Nesse sentido verificar o que está ocorrendo atualmente com o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC entre o Ministério Público Federal e a FUNAI, no qual se prevê a identificação de várias áreas no Estado de Mato Grosso do Sul ainda no ano de 2009.

cial no que se refere às leis que lhes reconhece o direito às terras, sobretudo a Constituição Federal de 1988. Porém, as leis não têm sido suficientes para garantir-lhes tais direitos na medida em que estes são constantemente violados. Para lutar contra essas violações e para fazer com que o Estado assegure suas terras tradicionais, alguns povos indígenas acabam lançando mão de seus próprios meios: reocupam territórios que consideram seus.

Nesse sentido, a dinâmica que as sociedades indígenas não só do Brasil como também da América Latina empreenderam, deve, em grande parte, seus sucessos e sua persistência à capacidade de estabelecer alianças entre diferentes etnias e povos com outros movimentos sociais, com ONGs e com movimentos de solidariedade internacional.

E como nos esclarece Oliveira (1999, p. 196), “é preciso retirar as coletividades indígenas de um amplo esquema dos estágios evolutivos da humanidade e passar a situá-las na contemporaneidade e em um tempo histórico múltiplo e diferenciado”. O autor também nos alerta para o fato de que, muitas vezes, os indígenas foram (e são, em muitos casos) caracterizados como artefatos do passado, verdadeiros *fósseis vivos* e que, ainda, a representação mais comum sobre o índio desloca-o para o passado (OLIVEIRA, 1999), mas o que a realidade aponta é que não é mais possível, principalmente ao Estado, continuar a ignorá-los.

Nesse processo de reivindicação, devemos considerar a questão da identidade étnica, uma vez que ela é utilizada há algumas décadas para dar conta da exigência de certos grupos culturais que compartilham histórias, tradições, costumes, visões de mundo, linguagem, dentre outros elementos². Significa que a construção dessas identidades não se realiza em um “vazio” social e cultural, são na realidade, o embricamento do partilhamento de símbolos e de valores.

Segundo Stavenhagen (1996, p. 25), a identidade é entendida como um processo em construção, uma invenção ou um elemento

² Isso não significa que tenham uma estrutura estanque sem dinâmica; ao contrário, apesar de compartilharem de projetos comuns, compartilham também com outros grupos as diferenças.

imaginado em circunstâncias particulares e por razões específicas, de caráter contingente ou transitório. Tanto a cultura de uma sociedade como sua identidade são resultados de processos que transcorrem em contextos políticos, econômicos e sociais concretos, que ampliam ou restringem a capacidade autodefinidora de um grupo.

O surgimento de mobilizações e manifestações indígenas no Brasil está diretamente relacionado com os movimentos étnicos que, a partir da década de 1970, emergem em diversos países da América Latina. No Brasil, foi basicamente a partir desta década (1970) que as diversas mobilizações indígenas alcançaram repercussão junto à opinião pública nacional e internacional. Nesse momento, alguns setores da sociedade acreditavam que o fim desses povos era eminente. Foi nesse contexto e na expectativa de se insurgir contra todo esse quadro desfavorável, que os povos indígenas iniciaram um intenso e profundo processo de articulações, fortalecimento da autoestima e organização das lutas. E um dos principais motivos dessas mobilizações foi a luta pela terra.

Neves (2003), ao analisar as formas de mobilização e de organização indígena, aduz que o surgimento de mobilizações e manifestações indígenas no Brasil está diretamente relacionado com os movimentos étnicos que, a partir dos anos 70, emergem em diversos países da América Latina. Acrescenta que os anos setenta representam o período das *assembleias indígenas*, marcados por descobertas mútuas e trocas de informações sobre os contextos interétnicos enfrentados pelas sociedades indígenas. As alianças e as discussões efetuadas entre índios e setores da sociedade civil propiciaram às condições políticas para a criação de entidades representativas das sociedades indígenas.

A vida brasileira da década de 1980 foi marcada por inúmeras mobilizações reivindicando o fim do período autoritário e a volta ao “estado de direito”. As manifestações e lutas políticas desencadearam profundas mudanças que se estenderam ao indigenismo, resultando em alterações na correlação de forças entre os atores sociais envolvidos no trato da questão indígena.

O processo constituinte transcorreria sob uma conjuntura complexa. Por um lado, com tentativas marcantes de defesa da ideia, sempre pronta a ser retomada, de que *há muita terra para pouco índio*. Por outro lado existia um grupo *pró-índio* atuando na Constituinte, que teria vitórias significativas no tocante ao capítulo que aborda os povos indígenas.

Tanto na esfera nacional quanto na esfera internacional podemos perceber alguns avanços em termos do reconhecimento de direitos coletivos indígenas. No plano internacional, devemos enfatizar que, em 1989, a Conferência Internacional da OIT concluiu uma discussão de três anos, com a participação de inúmeros representantes de organizações indígenas e governamentais, aprovando a Convenção nº 169. Esta, diferentemente da Convenção nº 107, onde os indígenas não foram ouvidos, representou um enorme avanço no reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescritíveis. Esta Convenção procura definir detalhadamente, além dos direitos dos povos indígenas, os deveres e as responsabilidades dos Estados na sua salvaguarda. A revisão das normas internacionais sobre os povos indígenas coincidiu com o processo de revisão da legislação constitucional brasileira, que, de maneira geral, partilham dos mesmos propósitos. Nessas conquistas de direitos, enfatizamos a Declaração das Nações Unidas aprovada em setembro de 2007, que também vem trazer luz às questões que dizem respeito aos direitos dos povos indígenas.

2.3 AS REIVINDICAÇÕES TERRITORIAIS

A partir do quadro esboçado, com o aldeamento compulsório em pequenas áreas dos Guarani Kaiowá, constatam-se investidas reivindicatórias mais incisivas desses indígenas no tocante a reocupação de seus territórios tradicionais. Esse grupo indígena passou a estabelecer novas estratégias para reivindicar a conquista de terras que consideravam suas e, em ritmo próprio, tiveram avanços sig-

nificativos³. Ademais, os povos indígenas e suas organizações têm mostrado, não apenas uma grande e histórica capacidade de resistência, mas uma vitalidade e criatividade que vêm surpreendendo a todos, projetando-se no cenário público, deixando suas marcas em conquistas importantes na Constituição de 1988, traduzindo-se na construção de espaços plurais de representação de atores coletivos hoje reconhecidos como interlocutores válidos no cenário político nacional.

Nesse contexto, mencionamos que entre os Guarani Kaiowá e Ñandeva teve início, na década de 1980, uma revitalização de suas assembléias, as *Aty Guasu*, que, em poucas palavras, podemos traduzir como grandes reuniões, onde discutem os problemas que mais os afligem. E, naquele momento, a questão principal versava sobre a terra, ou seja, naquele período dos anos 80 os Guarani em Mato Grosso do Sul tiveram seus territórios reduzidos a ínfimas áreas que não contemplavam os mínimos direitos à sua existência.

A partir desse quadro os Guarani Kaiowá e Ñandeva iniciaram seus processos de reocupação territorial, de áreas que foram obrigadas a abandonar em um passado recente⁴. Assim, com o intuito de compreendermos de forma destacada as reivindicações territoriais dos Guarani Kaiowá, destacamos a importância de levarmos em consideração o processo de desterritorialização, fato que ocorreu no final do século XIX e início do século XX, com a implantação da Cia Matte Laranjeira⁵ e posteriormente com o avanço das frentes agropastoris. Por *desterritorialização* podemos entender os efeitos de extermínio, de expropriação, de deslocamento forçado e ruptura das relações sócio-históricas, que destroem a integridade da relação entre a base material e imaterial das populações sobre as quais se aplicam.

3 Alguns grupos, ainda no final dos anos 70 e mais incisivamente na década de 80, empreenderam verdadeiras marchas, deslocando-se de áreas longínquas para atingirem seus territórios tradicionais, seus *tekoha*, lugar de origem. Processos estes que ainda estão em curso.

4 Algumas áreas indígenas foram expropriadas na década de 70, quando da implantação das grandes empresas agropecuárias.

5 A Cia Matte Laranjeira instalou-se em MS, no início do século XX, obtendo concessão do Estado para explorar os ervais nativos dessa região.

No processo de reconstrução de seus territórios, as ações das diversas comunidades, aparentemente isoladas, transformam-se em eventos políticos capazes de aglutinar populações de várias comunidades alterando significativamente a maneira como, até então vinha sendo tratado o direito destas comunidades às suas terras (PEREIRA, 2003).

Na tentativa de compreensão dos elementos que compõem esse fenômeno e utilizando as palavras de Oliveira (1998), temos a noção de *territorialização* que é definida como um processo de *reorganização social* que implica: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; 4) a re-elaboração da cultura e da relação com o passado.

3 OS GUARANI KAIOWÁ E ÑANDEVA E A RELAÇÃO COM A TERRA - NOÇÃO DE TERRITÓRIO

Os Guarani fazem parte da família linguística tupi-guarani e hoje podem ser, no Brasil, classificados em três subgrupos: os Kaiowá (ou Paĩ-Tavyterã), os Mbya e os Ñandeva. Ocupavam, em séculos passados, uma vasta região compreendendo os estados meridionais do Brasil e áreas limítrofes do Uruguai, Argentina e Paraguai.

Para uma melhor reflexão sobre os processos de reocupações empreendidos pelos Guarani Kaiowá em determinadas áreas é necessário levar em consideração como o território é pensado e o que ele representa para esta sociedade. Segundo Almeida (2001), para os Guarani um território é pautado por referenciais que não são os mesmos que imperam na sociedade não-indígena. Os Guarani Kaiowá e Ñandeva desejam *obter terra*, mas isto não é entendido da mesma forma que na sociedade ocidental-envolvente onde a terra é concebida como capital ou mera entidade econômica. A terra para os Guarani é considerada como totalidade e como instituição divi-

na oferecida pelo Deus-Criador, e, portanto, não deve ser vendida, comprada ou privatizada. Para um Guarani não é a terra que lhe pertence e, sim, ele que pertence a terra. O valor da terra é mensurado e qualificado por referenciais sagrados, cosmológicos, espirituais. A natureza não é exterior a eles, não é *objeto*, mas um conjunto de vida que se relacionam, dependentes e integradas no movimento e ritmo mais amplo dos ciclos naturais. O território não contempla simplesmente uma *res extensa*; esta, porém, faz parte de uma rede de relações socioculturais e ambientais muito mais significativas.

Os Guarani Kaiowá procuram, com suas demandas fundiárias, recuperar o máximo possível os espaços territoriais da antiga ocupação. De acordo com Almeida (2001), este processo ocorre com o intuito de tornar os espaços que reocupam familiar e etnicamente exclusivos, favorecendo, dessa maneira, um bom relacionamento com a terra, mantendo em equilíbrio o mundo. Agindo desta forma, estão objetivando evitar eventos apocalípticos, que, em última instância, poderiam vir a dar-lhes fim.

A noção de território parte de variáveis que não podem ser agrupadas através de um único indicador, como se associasse um indivíduo a um dado montante de terra, ou seja,

Os fatores que um grupo étnico considera como básicos e necessários para integrar seu território decorrem de coordenadas culturais e particulares, provenientes de seu sistema econômico, da sua forma de parentesco e organização social, de sua vida cerimonial e religiosa, de sua experiência histórica singular (OLIVEIRA, 1998, p. 59).

De acordo com pesquisas de campo, pode-se observar que os Guarani Kaiowá têm uma noção muito clara da terra de que necessitam para sobreviver, mantendo um equilíbrio entre o número de pessoas e o de hectares. Nesse contexto, não é qualquer terra que serve para os índios, pois não se trata de mercadoria que pode ser adquirida e vendida livremente. Incorre em erro quem pensa que

pode oferecer aos índios outras terras em substituição às terras tradicionais.

Ao contrário de uma concepção ocidental, a terra assume um sentido especial para os indígenas, “esta não pode ser considerada como parcela ou propriedade cuja posse estaria nas mãos de um indivíduo ou conjuntos destes (ALMEIDA, 2001, p. 31).

Conforme destaca Hierro (2005), a territorialidade é um dos eixos *conceptuais* da plataforma das reivindicações indígenas, não unicamente em sua condição de direito coletivo indispensável, senão, como uma verdadeira dimensão existencial de cada povo. Seu tratamento jurídico reveste-se, por isso, de uma importância determinante para o exercício dos demais direitos que os povos indígenas demandam.

Sem dúvida, a noção de territorialidade constitui um dos pontos mais conflitivos entre os direitos indígenas e o direito ocidental. É muito difícil para um direito com conceitos jurídicos ocidentais que orienta a maioria dos Estados americanos, que, por sua vez, têm como parâmetro de direito uma descrição do real como modelo abstrato, adequar-se a novas posturas. Porém, devemos considerar que o conceito de territorialidade pode contribuir para superar as limitações do paradigma fragmentado do olhar técnico convencional, redirecionando-o para uma visão de complexidade onde espaço físico e dimensão sociocultural se articulam (LITTLE, 2002).

Assim, a conflituosidade ocorre porque os conceitos que orientam os Estados efetivam-se por meio da propriedade individual em detrimento da propriedade coletiva, que se encontra regida por outros parâmetros. A propriedade tem um regime legal próprio, construído historicamente e expressivo de valores culturais determinados, pouco coincidentes com os valores e as formas de uso que os povos indígenas dão a seu território.

O território, ainda que possa ser entendido “como a morada física do índio [...], o contato com a mata, com as águas, e com a terra, indispensáveis à extração dos produtos da sua economia interna” (BASTOS, 1998, p. 498), vai além de mera expressão de uma reali-

dade espacial preexistente. O território carrega, além das condições acima destacadas, uma representação coletiva, onde “natureza e cultura se fundem” (MALDI, 1997). Portanto, trata-se de um espaço onde uma sociedade reproduz suas relações sociais, exercendo sobre ele um controle político, jurídico, econômico.

Diante dessa territorialidade, apresenta-se o conceito de *direitos territoriais*, em sentido amplo, no lugar de *direitos sobre as terras* em seu sentido mais limitado, sendo de grande importância para as estratégias de demandas e manejos dos recursos dos povos indígenas.

4 A QUESTÃO DA PROPRIEDADE

Conforme aponta Lewin (2005), a terra e suas formas de dominação social, desde o início da colonização portuguesa configurou-se em uma complexa questão que tem sido responsável pelas desigualdades sociais e políticas que demarcaram, durante séculos, a *facies* da sociedade brasileira.

Os conflitos de terra sempre marcaram o perfil das relações sociais e econômicas que se estabeleceram no Brasil. Contudo, essas manifestações nem sempre ocorreram de forma aberta ou visível devido à pressão e repressão exercida pelo poder dominante. Siqueira (1990) ao estudar a formação territorial da região nordestina, argumenta que, no Brasil, terra significa honra e poder patriarcal. Significa espaço onde se arregimenta *compadres* e *acumula* poder político e econômico reservado exclusivamente à administração das elites locais que aportaram nesses ares através das benesses européias colonizadoras.

Este perfil oligárquico foi formador da estrutura de poder regional configurador de uma formação fundiária concentradora e antidemocrática, baseada na propriedade privada e alicerçada por uma de suas instituições pilares, a família (SIQUEIRA, 1990). Percebemos que tais referências apontadas pelo autor, alusivas ao caso nordesti-

no, também se fazem presentes no Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, a concentração de terras no Brasil não é um fenômeno recente, mas pode-se dizer que ainda hoje faz parte da estrutura fundiária. Essa concentração tem raízes históricas na forma de ocupação e colonização do território, ou “grilagem” que consiste na apropriação indevida de terras. Esse quadro de desigualdade fundiária de certa forma tem gerado concentração de renda e poder por parte dos grandes proprietários, o aumento de conflitos pela luta dos camponeses e as reivindicações indígenas de seus territórios tradicionais.

5 A “CONSTRUÇÃO” DA PROPRIEDADE E O DISCURSO JURÍDICO

Para refletirmos sobre a construção e o discurso jurídico da propriedade devemos levar em consideração alguns cuidados metodológicos, pois uma das primeiras distorções efetuadas na área do direito e a interpretação por parte dos “aplicadores” decorre da compreensão do passado como uma simples passagem do presente ou como uma continuidade do que se tem hoje.

Com esse referencial, a propriedade acaba por ser entendida como uma construção praticamente imutável, estática, o que implica em eliminar a historicidade própria do conceito. Outra grave distorção que decorre dessa falsa noção de linearidade é apresentar o direito moderno de propriedade como fruto da constante “evolução” das relações sociais, das teorias e dos institutos jurídicos, deixando ocorrer a ilusão de que os “tempos atuais” são melhores que o passado e a humanidade caminha em direção ao “progresso”. A concepção individualista e potestativa de propriedade é absolutizada e imunizada de qualquer reflexão crítica, é como se já nascesse pronta e acabada.

Portanto, devemos evitar a armadilha de compreender o passado de forma linear, como se tudo fosse uma relação pura e simples de causa e efeito. Abandonando o discurso linear e progressivo, verifica-se que a construção da propriedade como um direito abstrato,

individual, praticamente absoluto de usar, gozar e dispor, consagrada no movimento de codificação (especialmente no Código Civil Francês) é uma invenção moderna.

Outro cuidado metodológico na análise histórica da propriedade e das propriedades é compreender que estas noções e a sua regulação no âmbito do direito não são apenas um conjunto formal de normas e regras devidamente arrumadas. A compreensão do direito de propriedade como um complexo de regras é resultado de uma armadilha do moderno direito burguês, um direito monopolizado pelo Estado e praticamente reduzido à figura da Lei, que, muitas vezes, prima pela exclusividade da lei sobre todas as outras fontes do direito⁶.

O direito, na concepção ocidental e “evolutiva”, tal qual é pensado na modernidade, assume um ponto de vista privilegiado para a compreensão da artificialidade e convencionalidade do mundo moderno e de suas contradições, uma vez que o ato constitutivo do Estado moderno reside na decisão de construir, estabelecer uma ordem para a convivência a partir de uma perspectiva individualista que tem o indivíduo como sujeito de necessidade e com desejo de posse ilimitada.

Conforme já enunciado anteriormente, para uma melhor compreensão da noção de propriedade e como essa se individualizou necessário se faz refletirmos sobre a *conquista da autonomia de vontade e individualidade* construídas na modernidade. Nesse sentido, Barcellona (1996) aponta que, na conquista de autonomia e individualidade proposta pela modernidade, surge um sujeito *atomizado, anonimizado* e mecanizado, cuja vida se instrumentalizou em todas as esferas sociais. Porém, esses sujeitos relativizam as capacidades cognitivas da ciência moderna e denunciam o não cumprimento das promessas iniciais da modernidade.

Diante dessa proposta da modernidade, requer-se a abstração do sujeito moderno e a abstração da propriedade privada, uma vez que todos os indivíduos já considerados livres podem pleiteá-la. Assim, esse caminho passa a abolir a propriedade-relação, que define forma

6 Nesse sentido verificar os processos judiciais de demandas indígenas possessórias.

e dependência entre senhor e servo. Nesse pensamento deve-se fazer da propriedade um objeto de direito, mercadoria para o mercado, coisa que possa ser livremente posta em circulação e alienada. Há, portanto, uma abstração do sujeito e, para que se efetive o intento, torna-se necessário que a propriedade seja abstrata de domínio individual e solitária.

O surgimento do indivíduo se opera em sua percepção como um sujeito com capacidade para dispor e de ser sujeito proprietário. A propriedade se firma como a medida da capacidade individual de ter um poder excludente sobre sua pessoa e as coisas que possa adquirir, ajustando-se às condições gerais da competência daqueles que são livres. Ela é pessoal enquanto seu titular deverá ser sempre um indivíduo que não reconheceria limitação alguma a seu direito, que se declara “absoluto, sagrado e inviolável”.

Há a construção de um saber, onde a ciência, a partir do momento em que legitima o fato de que o Estado se encontra efetivamente do lado da racionalidade - assim como tem o “Direito a seu lado” o Estado tem também a razão, que vai de certa forma disciplinar e ordenar os indivíduos, em função do sentimento de propriedade individual.

Uma análise da propriedade e da forma que lhe é dada pelo direito positivo é importante, pois, a partir desta abordagem, podemos entender porque os conceitos jurídicos postulam pela *neutralidade científica*. Porque os aplicadores desse direito tentam ocultar todas as influências “extrajurídicas” que inevitavelmente lhes constituíram. E, conforme propõe Caldas, *la propiedad es considerada por el sistema jurídico occidental moderno como atemporal, universal, científica, general y abstracta*.

A autora ainda acrescenta que:

Hoy es posible identificar como los juristas contemporáneos usualmente utilizan el argumento romanista para forjar la perennidad de una categoría que se pretende explicar. En este sentido se percibe cómo la justificación histórica puede tener

la función ideológica de proveer la idea de universalidad (CALDAS, 2004, p. 52).

Felizmente, os grandes discursos e narrativas que deram fundamentação a certos institutos jurídicos passaram por questionamentos radicais, por múltiplas definições e por realidades emergenciais. Assim, vários institutos jurídicos caíram em desuso e novos paradigmas surgiram para acompanhar as mudanças históricas e atender aos anseios da sociedade (WOLKMER, 2003).

Entre essas mudanças encontram-se as que dizem respeito à propriedade privada que, com as transformações da sociedade e a visão crítica que se construiu sobre o tema, despiu-se de seu caráter absoluto e individualista e passou a ensinar um novo conceito, que visa ao interesse do bem comum.

6 OS DIREITOS INDÍGENAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 ampliou, explicitou e detalhou de forma sistemática os direitos dos povos indígenas, positivando no texto constitucional o reconhecimento dos direitos originários dos indígenas às terras, impondo uma nova dimensão para o conceito jurídico de terras indígenas. Conceituando terra indígena nos seguintes termos:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos

ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 reconhece aos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Por originário quer significar que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei (SOUZA FILHO, 1999). Esta solução jurídica, posta na Constituição, esconde a realidade de um direito muito mais profundo dos povos, que é o direito ao território. Conforme evidenciamos anteriormente, o território não pode se confundir com o conceito de propriedade da terra, tipicamente civilista: o território é jurisdição sobre um espaço geográfico, a propriedade é um direito individual garantido pela jurisdição.

A análise da categoria jurídica *terra indígena*, que encontra seu amparo legal no dispositivo constitucional (artigo 231, parágrafo 1º), é vista a partir da atuação do Judiciário, juntamente com os preceitos constitucionais à medida que estes preceitos fornecem os diversos elementos que compõem o conceito de terra indígena no Brasil.

Porém, estas garantias constitucionais não garantem que interpretações equivocadas não sejam feitas, uma vez que os interesses que estão “em jogo” são divergentes.

Um dos preceitos constitucionais que deve ser considerado diz respeito ao conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, tendo em vista que este conceito tem provocado equívocos quanto a sua interpretação. Silva (1993, p. 827) ressalta que a base do conceito acha-se no art. 231, § 1º da Constituição Federal, fundado em quatro condições, todas necessárias, a saber:

serem por eles habitadas em caráter permanente;
serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas;
serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar;
serem necessárias a sua reprodução física e cultural de acordo com costumes e tradições.

Assim, o conceito de terras indígenas tradicionais não se amolda ao conceito civilista de propriedade. Os argumentos no sentido da exigência da ocupação atual e efetiva dos índios sobre suas terras, para o reconhecimento da tradicionalidade, não encontram respaldo no texto constitucional.

A expressão tradicionalmente não revela uma “circunstância temporal”, uma suposta originalidade pré-colombiana, e, sim, o modo como os indígenas se relacionam com a terra, enquanto *habitat* que lhes assegura a sobrevivência física e cultural de acordo com a tradição, usos e costumes.

O termo permanente refere-se ao futuro, à garantia de que as terras tradicionais indígenas destinam-se para seu *habitat*, sendo essas terras inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Silva (1993) observa que a tradicionalidade não tem como pressuposto posse imemorial ininterrupta. Basta que existam remanescentes da comunidade indígena para que seja reconhecida a ocupação tradicional das terras. O atual texto da Constituição operou “um deslocamento dos debates jurídicos do plano da antiguidade para a forma de ocupação” (CUNHA, 2000, p. 118). Se assim não o fosse, grande parte das sociedades que tiveram suas terras espoliadas não poderiam ter seus direitos territoriais protegidos pela Constituição.

Há uma forte argumentação por parte, principalmente, dos representantes do Ministério Público Federal e de representantes do órgão indigenista que, diante de uma ocupação tradicional atual ou pretérita, atesta que os títulos dominiais são nulos e extintos, não produzindo efeitos. Da mesma forma é nulo e não produz efeitos qualquer ato que visa à ocupação, ao domínio e à posse das terras indígenas tradicionais conforme dispõe (art. 231, § 6º, Constituição Federal de 1988).

Seguindo esta premissa, alguns julgados têm decidido, recentemente, que, ao saírem da terra por motivo alheio ao seu interesse, os indígenas não perdem a posse sobre elas, porque essa posse é permanente e imprescritível. Principalmente porque a Constituição

Federal de 1934 já garantia essa posse. Assim, a posse dos ocupantes não-indígenas é precária e nula e a posse dos indígenas é permanente, *originária e congênita*, como propunha Mendes Júnior (1912).

7 CONQUISTAS E GARANTIAS

No tocante ao respeito aos direitos indígenas, o Estado contemporâneo e seu Direito sempre negou a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos. Souza Filho (1992) aponta que, ao mesmo tempo em que a construção do Direito brasileiro manteve como inexistente qualquer manifestação jurídica das sociedades indígenas, foram sendo construídos institutos próprios para eles, cujo conjunto se convencionou chamar de direito indigenista.

Nesse sentido, cabe esclarecer que, ao tratarmos de Direito Indígena, referimo-nos ao direito que o Estado brasileiro reconhece aos índios - também tido como direito indigenista, e não ao direito dos índios propriamente dito, este já compreendido como o conjunto de normas próprias que regulam a conduta interna de cada sociedade indígena no Brasil (SOUZA FILHO, 1999).

O Estado brasileiro, de certa forma, admite que os povos indígenas possuam direitos próprios, porém, de caráter inferior, pois este deve se pautar pelos referenciais estabelecidos pelo sistema jurídico nacional ou pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁷. A questão das especificidades culturais não são levadas em consideração. Ainda se pratica a política da homogeneização cultural.

Nesse sentido, a existência de sociedades diferenciadas, com realidades e direitos específicos, causa estranheza ao raciocínio do direito estatal tal qual está posto. Entre as indagações mais complexas temos, por exemplo, a questão de como enquadrar a ideia de ter-

⁷ Foi discutida no decorrer do ano de 2008 uma nova proposta de Projeto de Lei que visa substituir o Estatuto do Índio de 1973. Esta nova proposta tem como premissa maior a livre determinação e autonomia dos povos indígenas.

ritório indígena aos limites individualistas do direito de propriedade e à questão de soberania, dentre outros.

A legislação brasileira, apesar do que dispõe a Constituição Federal, não criou normas concretas que permitam o reconhecimento efetivo de regras de conduta interna dos diferentes povos no país. Assim, no tocante aos direitos indígenas, pelo que está posto, ainda não se consolidou um direito indígena e, sim, um direito indigenista, à medida que sempre se adotou para os povos indígenas um sistema jurídico ocidental, imaginado como um conjunto de valores universais. Apesar de alguns Estados latino-americanos incluírem em suas Constituições o reconhecimento de sociedades plurais, isso não tem se revelado suficiente para afirmar que se trata de direitos indígenas, pensados pelas próprias sociedades indígenas. Dentre esses direitos citamos a questão dos sistemas administrativos e jurídicos indígenas.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desses novos cenários que surgem a partir das ações políticas empreendidas pelos povos indígenas, em um processo de organização e instrumentalização das demandas e reivindicações por territórios, que, por conseguinte, revelam sua busca por autonomia e livre determinação, torna-se necessário apontar os diferentes usos do direito enquanto construção de novas formas de espaço e mediação. Conforme enfatiza Gomez (2004, p. 101), *“la ficción jurídica de una sociedad homogénea no se puede sostener más”*.

De qualquer modo, é certo que as leis, como se apresentam, já não conseguem conter os direitos indígenas que, cada vez mais, se apresentam como propostas viáveis em nosso país, e que as crescentes demandas e reivindicações deles pelos territórios de ocupação tradicional e pela autonomia e livre determinação para gerirem esses territórios, apresentam-se como uma realidade a ser considerada pelo Estado.⁸

⁸ Apesar de relevância, não trabalhamos especificamente sobre as questões

Os povos indígenas têm saberes e modos de vidas próprios, há projetos de sociedades que emanam de suas vivências. Suas existências são movimentos de re-existência, posto que não só lutam para resistir contra os que invadem seus territórios, desmatam e matam, ao contrário, lutam por uma forma de existência, por modos diferenciados de viver, ver, sentir, pensar, agir e de seguirem construindo seus direitos.

E uma das principais tarefas do investigador que intenta trabalhar nessa seara conflituosa dos direitos e da cultura, não é a de adaptar, ou mesmo simplesmente possibilitar a mútua compreensão das linguagens de saberes. É, sobretudo, possibilitar a emergência dos múltiplos significados, provocando a reflexão sobre as cristalizações, as conceituações, seus fluxos e não esquecer dos jogos de poderes que estão aí inseridos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rubem Ferreira Thomaz de. **Do desenvolvimento comunitário à mobilização política: o Projeto Kaiowá - Nandeva** como experiência antropológica. Rio de Janeiro, RJ: Contra Capa Livraria, 2001.

BARCELONA, Pietro. **El individualismo Proprietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. (Colección Estructuras y Procesos- Série Derecho).

conceituais sobre o direito à livre determinação/autonomia, que têm seus aportes tanto na legislação nacional quanto na internacional e se entende como base a uma série de direitos específicos relacionados com os âmbitos de decisões políticas, econômicas, sociais e jurídicas no interior das comunidades das quais fazem parte os povos indígenas, e que, portanto, devem ser respeitados pelo Estado brasileiro para garantir as expressões de identidades dos povos indígenas brasileiros e de pessoas indígenas que se auto identificarem como tais.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1998.

CALDAS, Andressa. **La regulación Jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes**. Bogotá, Colômbia: ILSA, 2004.

CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. **O atual regime jurídico das terras indígenas**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, BA: UFBA, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **Legislação Indigenista no século XIX**. Uma compilação 1808-1889. São Paulo, SP: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio, 1992.

_____ (Org.). Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, São Paulo, 1997. p. 09-24.

GOMEZ, Magdalena. La Reforma del Estado y la Pluralidad Jurídica. In: BEUREN, Ingrid Van; BADILLO, Oscar Soto. **Derechos Humanos y Globalización alternativa: una perspectiva Iberoamericana**. Puebla México: Universidad Ibero Americana, 2004. p. 85-112.

HIERRO, Pedro García. **Racimos de Ungurahui**. Lima, Peru: [S. n.], 2005.

LEWIN, Helena (Coord.). **Uma nova abordagem da questão da terra no Brasil: O caso do MST em Campo dos Goytacazes**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. 7 Letras, 2005.

LITTLE, Paul. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil:** por uma Antropologia da territorialidade. Brasília, DF: UNB, 2002. (Serie Antropologia).

MALDI, Denise. De confederados a bárbaros: a representação da territorialidade e da fronteira indígenas nos séculos XVIII e XIX. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 40, n. 2, p. 31-47, 1997.

MENDES JUNIOR, João. **Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos.** Edição fac-similar. São Paulo, SP: Typografia Hennies Irmãos, 1912.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos dos Sul (do Sul): lutas Civilização Brasileira contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2003. p. 60-68.

OLIVEIRA João Pacheco de (Org.). **Indigenismo e territorialização:** poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro, RJ: Contra Capa Livraria, 1998.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **Ensaio em Antropologia Histórica.** Rio de Janeiro, RJ: Contra Capa, 1999.

PEREIRA, Levi Marques. O movimento étnico-social pela demarcação das terras guarani em MS. **Revista Tellus**, Campo Grande, ano 3, n. 4, p. 32-45, 2003.

SIQUEIRA, Antônio Jorge de. Terra e Poder no Nordeste. In: **URBANIZAÇÃO, Poder e Políticas Públicas no Nordeste.** Recife, PE: PIMES, 1990. p. 43-67. (Comunicações 34).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.**

9. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Textos clássicos sobre os direitos dos povos indígenas**. Curitiba, PR: Juruá; NDI, 1992.

_____. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba, RJ: Juruá, 1999.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Ethnic Conflicts and the Nation-State**. Nova York: UNRISD, 1996.

STEFANES PACHECO, Rosely A. **Mobilizações Guarani – Kaiowá Ñandeva e a (Re)construção de Territórios: (1978-2002) Novas Perspectivas para o Direito Indígena**. 2004. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

Recebido em: 15 Julho 2009
Aceito em: 19 Fevereiro 2010