

ADRIANA BILLER APARICIO

**DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A
ANTROPOLOGIA — O CASO DA TERRA GUARANI "MORRO DOS CAVALOS"**

Florianópolis

2008

ADRIANA BILLER APARICIO

**DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A
ANTROPOLOGIA — O CASO DA TERRA GUARANI “MORRO DOS CAVALOS”**

Dissertação submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Thais Luzia Colaço

Florianópolis

2008

ADRIANA BILLER APARICIO

**DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A
ANTROPOLOGIA — O CASO DA TERRA GUARANI “MORRO DOS CAVALOS”**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis, 27 de março de 2008.

Banca Examinadora:

Presidente: Professora Doutora Thais Luzia Colaço

Membro: Professor Doutor Antonio Carlos de Souza Lima

Membro: Doutora Maria Dorothea Post Darella

Membro e Coordenador do Curso: Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer

Dedico este trabalho à minha avó **Rosalina Biller Brandão**, que tem muito de Guarani, muito de Caiçara, e muito de mim.

AGRADECIMENTOS

Os Agradecimentos são muitos, e feitos cotidianamente; mas seguindo a praxe acadêmica e correndo o risco de imperdoáveis esquecimentos, devo iniciá-los, por aqueles que me colocaram nesta louca e apaixonante nave: Roseli Biller Aparicio e Justo Aparicio Canelas (Tito). Pais apaixonantes e apaixonados, nunca foram capazes de negar meu acesso ao conhecimento, ainda que isto implicasse em mais gastos, e menos ganho material.

Agradeço à minha irmã, Sheila Biller Aparicio, pelo incentivo nas horas difíceis e por amar-me como sou. Também por trazer para nós o furacão do oriente, amado Kauê. A meus tios e tias, primos e primas, que sempre torceram por mim. Ao avô Gerson (*In memoriam*) e *abuela* Maria (*In memoriam*), pelo afeto, meu saudoso agradecimento.

Agradeço à minha orientadora Thais Luzia Colaço, pela percepção intuitiva de minhas fraquezas e necessidades, por acreditar no meu trabalho, por colocar-me sempre em boas mãos. Agradeço, principalmente, sua generosidade na caminhada.

Ao mestre Antonio Chaves de Camargo (*In memoriam*), professor da “carrancuda” Faculdade de Direito do Largo São Francisco, pelas conversas simples e divertidas em qualquer ocasião. Ao Professor Antonio Carlos Wolkmer, por nunca esquecer de brindar seus alunos com os frutos de suas experiências na América Latina. Ao Professor Jesus Antonio de La Torre Rangel, pela atenção na leitura do primeiro projeto de pesquisa.

À Maria Dorothea Post Darella, antropóloga do Museu Universitário da UFSC e à Analúcia Hartman, procuradora do Ministério Público Federal em Florianópolis, pela disposição em ajudar no entendimento do caso Morro dos Cavalos. Aos servidores do Ministério Público Federal de Florianópolis e da UFSC, pela facilitação de nossa pesquisa.

À comunidade Guarani do Morro dos Cavalos, pela disposição em receber-nos, e ao Nuno (Orivaldo Nunes Jr.), pela “ponte” estabelecida. À Rosana Bond pelas conversas amigas na Ponta do Sambaqui.

Aos companheiros das Arcadas, ainda muito presentes: Ricardo Stanziola Vieira, Aline Sueli de Salles Santos, Manoel Fernando (Mané), Milton Ohata (Miltinho), Dairson Mendes (Dadá), Erich Castilhos, José Fábio Maciel, Ilka Yoko-Veltman, Priscila Akemi, Fábio Cesnik e Daniela Skromov de Albuquerque.

Aos amigos de Porto Belo: Geraldo, Adriana, Dona Maria, Seu Ari, Gabriel e Daniel. Aos amigos de navegação: Denise e Capitán Jorge. À Vera Regina e sua filha Carol. Aos conterrâneos Evandro Brito e Erick Casarin Sciasi. À família Costa. Às companheiras do Mestrado: Marina, Clarissa Dri, Lígia e Melissa. À Naiara, pela parceria e sugestão do tema.

Ao meu amor Alexandre da Silva (*In memorian*), seu fiel escudeiro Evandro (*In memorian*), e a todos rapazes que partiram no Catarina, pelos momentos da alegria marinheira.

Ao meu amor Nino (Amilton dos Santos), presente da vida que se renova.

À CAPES, pelo fomento desta pesquisa, sem o qual não teria sido possível.

RESUMO

O trabalho trata dos direitos territoriais indígenas. Aborda-se o tema a partir dos novos direitos indígenas e do pluralismo jurídico, que traz à tona o paradigma da alteridade e da participação dos novos atores na produção de juridicidade. Parte-se da hipótese de que a falta de diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Antropologia constitui-se em óbice à realização dos direitos territoriais indígenas. A análise é feita a partir de uma abordagem dedutiva, com ampla revisão bibliográfica e estudo de caso. Inicialmente desenvolve-se o estudo do percurso histórico e legislativo dos direitos indígenas, com atenção especial às conseqüências derivadas da perspectiva assimilacionista com relação aos direitos territoriais. Com a mudança para o paradigma da alteridade, a partir da atuação dos novos atores, verifica-se a necessidade do diálogo com a Antropologia, que faz a tradução do que pensam os povos indígenas sobre seu território. Na segunda seção desenvolve-se a análise do regime jurídico das terras indígenas e o do fundamento dos direitos territoriais, a originariedade dos povos indígenas. Do ponto de vista antropológico desenvolve-se as categorias das identidades étnicas e dos processos de territorialização e busca-se estabelecer uma ponte para uma fundamentação dos direitos indígenas com base no pluralismo jurídico e fundiário existente no Brasil. Ao final, empreende-se o estudo da demarcação da terra Guarani do Morro dos Cavalos, em Santa Catarina, analisando a concepção de direitos territoriais em diversos atores, com o intuito de verificar se a falta de visão interdisciplinar também ocorre no plano fático da demarcação. Ao final, reconhece-se que o isolamento do Direito na definição de terras indígenas é o primeiro obstáculo a ser superado para a realização dos direitos territoriais indígenas.

Palavras-chave: Direitos territoriais indígenas. Demarcação. Pluralismo Jurídico. Novos Atores.

ABSTRACT

This work focuses on indigenous territorial rights. The theme is based on the vision of the new indigenous rights and the legal pluralism that highlights the paradigm of otherness and the participation of the new actors in the production of legality. The hypothesis is that the lack of communication between Law and Anthropology constitutes an obstacle to the realization of indigenous territorial rights. Using literature and a case study, a deductive analysis has been formed. Firstly, the historical and legislative study is developed about the indigenous rights in order to seek the consequences of the integrationist perspective related to the indigenous territorial rights. As the paradigm of otherness has gained force, due to the new actors participation, the communication with Anthropology is necessary to translate how the indigenous people think their territory. At second session, the analysis of the law regime of indigenous territorial is developed and forms the foundation of indigenous territorial rights: originality of indigenous people. From the anthropological perspective the categories of ethnic identities and processes of territorialization are developed. In this way, a password key based on legal and fundiary pluralism in Brasil is established. At the end, the study case of regularization of Guarani land Morro dos Cavalos in Santa Catarina is developed in order to analyze the conception of indigenous territorial rights in several actors and verify if the lack of interdisciplinary also happens in the regularization land process. In conclusion the research realizes that the isolation of Law in the definition of indigenous lands is the first obstacle to overcome in order to bring indigenous territorial rights to reality.

Keywords: Indigenous territorial rights. Land regularization. Legal Pluralism. New actors.

LISTA DE SIGLAS

ABA	Associação Brasileira de Antropologia
CEPIN	Conselho Estadual dos Povos Indígenas de Santa Catarina
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
FATMA	Fundação do Meio Ambiente
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GT	Grupo Técnico
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
OIT	Organização Internacional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS	15
1.1 Jusnaturalismo e política colonial de aldeamento.....	15
1.2 Dos ideais liberais de "civilização" à restrição do acesso à terra.....	24
1.3 Positivismo e "proteção fraternal" aos povos indígenas.....	30
1.4 "Novos" direitos indígenas e a perspectiva do direito à diferença.....	39
2 TERRA INDÍGENA: O DIREITO E A ANTROPOLOGIA	48
2.1 Originariedade: fundamentação jurídica	48
2.1.1 Regime jurídico: breves considerações dogmáticas.....	48
2.1.2 Fundamentação das terras tradicionais no contexto monista.....	52
2.1.3 Pluralismo jurídico e fundiário.....	57
2.2 Tradicionalidade: a visão antropológica	62
2.2.1 Identidade étnica e afirmação territorial.....	62
2.2.3 Território e processos de territorialização.....	67
2.3 Posse permanente e cosmovisão guarani	71
2.3.1 A permanência como garantia.....	71
2.3.2 Os Guarani e seu território.....	74
3 "MORRO DOS CAVALOS": CONCEPÇÕES DE DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO	80
3.1 Histórico da demarcação.....	81
3.2 Argumento antropológico: relatório de identificação.....	92
3.3 Argumentos jurídicos: diversos atores.....	100
3.3.1 Comunidade Guarani.....	101
3.3.2 Ministério Público Federal.....	106
3.3.3 O Governo do Estado de Santa Catarina e órgãos ambientais.....	111
3.4 Direito e Antropologia na demarcação de terras indígenas.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	124
ANEXOS	134

INTRODUÇÃO

O discurso em defesa dos povos indígenas e a previsão normativa de direitos para os nativos fizeram-se presentes em todos os momentos da história do Brasil. A defesa “genérica” dos direitos indígenas destacada nas obras de Souza Lima foi construída, durante séculos, por atores não-índios que, bem intencionados ou não, deixavam a participação e os interesses indígenas em segundo plano.

A questão indígena ganha a força enquanto movimento social a partir da década de 1990, com o levante das etnias pelo direito à diferença e autodeterminação dos povos. O reconhecimento do pluralismo étnico e cultural feito por diversos Estados em razão da atuação do movimento indígena, trouxe um novo paradigma para os direitos destes povos. Atualmente, os direitos indígenas devem ser pensados e desenvolvidos com a participação dos próprios atores indígenas.

Com o reconhecimento do pluralismo étnico e cultural e a garantia do direito à diferença, conquista feita a partir da ação coletiva dos novos atores sociais, os direitos indígenas na atualidade estão inseridos no quadro do “novos” direitos.

Trata-se, na verdade, de “velhas” demandas, mas que neste momento histórico ganham a força do reconhecimento das identidades culturais, do direito de ser e permanecer índio e da atuação de sujeitos historicamente excluídos da cena pública.

Os direitos territoriais configuram a mais antiga demanda dos povos indígenas. Ainda assim, esta necessidade fundamental precisa ser pensada e garantida dentro do novo marco da alteridade.

A efetividade dos “novos” direitos indígenas depende da superação da cultura jurídica da Modernidade, que opera com a ficção monista, pela qual o Estado é o único produtor de juridicidade.

Os povos indígenas devem ter participação na construção e efetivação de seus direitos pelo Estado, sendo-lhes também resguardo o direito a sua juridicidade própria, bem como cultura e instituições.

Além da participação dos povos indígenas na efetividade dos direitos territoriais, o novo marco de respeito à identidade clama pelo diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Antropologia.

Assim sendo, a dissertação parte do seguinte questionamento: a ausência de uma visão interdisciplinar entre o Direito e Antropologia pode se constituir em óbice à realização dos direitos territoriais indígenas? Em que medida a falta da construção partilhada sobre seu conceito conduz à ineficácia da demarcação?

Os questionamentos levantados serão tratados à luz do referencial teórico do pluralismo jurídico comunitário-participativo apresentado nas obras de Antonio Carlos Wolkmer. Trazido como novo marco para cultura jurídica, o pluralismo jurídico possibilita caminhos para o desenvolvimento de novos fundamentos aos direitos territoriais indígenas, que não se resume à visão construída a partir da produção estatal.

O referencial é escolhido por atribuir a centralidade da produção normativa na atuação dos novos atores sociais, dentre eles, os povos indígenas, e ainda, por tomar a interdisciplinaridade como base de construção teórica do Direito.

A Antropologia, conhecida como a ciência que estuda o homem e sua cultura, tem superado o estigma de abordar o “exótico” para assumir cada vez mais o papel de tradução da alteridade.

A abordagem antropológica do trabalho será feita com base nos estudos de etnicidade e territorialização desenvolvidos por João Pacheco de Oliveira Filho, inserido no que se denomina “Antropologia da Ação”, por buscar contribuir com soluções para os problemas mais urgentes dos povos indígenas, como é a questão da demarcação.

Historicamente expropriados de suas terras desde a Conquista até a atualidade, essa ação sempre foi “justificada” em função de alguma missão redentora.

Busca-se traçar, inicialmente, o percurso histórico da construção dos direitos territoriais indígenas, tradicionalmente voltados à sua assimilação. Fruto de uma visão etnocêntrica, o direito dos povos indígenas às suas terras sempre foi aclamado, porém com a finalidade de inseri-los dentre dos padrões ocidentais.

Neste sentido, a primeira seção do trabalho faz uma abordagem histórico-evolutiva dos direitos territoriais indígenas. Inicia com construção teórica dos teólogos-juristas, influenciados pelo jusnaturalismo cristão, que questionava a legitimidade da anexação das terras Americanas pelos povos ibéricos.

Será analisada a legislação indigenista colonial lusa, influenciada por esta base cristã, que em meio à política de ocupação de terras, guerra justa e aldeamentos, buscava resguardar, retoricamente, o “direito originário” dos povos nativos.

Com a independência política do Brasil, passa-se a vislumbrar os povos indígenas na ótica da formação da nova nação brasileira, inspirada nos ideais revolucionários liberais. Na prática, os povos indígenas eram expulsos de suas terras, com a expansão territorial do Império e a consolidação da Lei 601 de 18 de setembro de 1850 que buscou adaptar o sistema fundiário à produção capitalista.

No período republicano, cuidar-se-á da apresentação dos direitos indígenas no contexto do positivismo e na busca da transformação do índio em trabalhador nacional, com a incorporação de suas terras para agricultura. O discurso em defesa dos direitos indígenas laiciza-se, mas prossegue a tentativa de incorporação mediante a argumentação da “atuação fraternal” do Estado.

Ao final do estudo histórico-evolutivo, os direitos territoriais indígenas serão tratados dentro do seu novo paradigma, o direito à diferença, derivado da atuação do movimento indígena. Apresenta-se, assim, as principais alterações normativas sobre o tema.

A segunda seção terá o objetivo de estabelecer o diálogo entre a perspectiva jurídica e antropológica na fundamentação e concepção dos direitos territoriais indígenas.

Para tanto, será trabalhado o regime e o fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas. A historicidade dos “direitos originários” será

desenvolvida mediante a contextualização da tese defendida por Mendes Junior, que até hoje operacionaliza os juristas na defesa dos direitos territoriais indígenas.

O pluralismo jurídico e fundiário será trazido com objetivo de apresentar caminhos para se pensar novos fundamentos para os direitos territoriais indígenas, com a superação da construção monista de direitos.

A tradicionalidade das terras indígenas será analisada com base na construção antropológica. Será desenvolvida a categoria da identidade étnica e sua relação com a demanda por terras. Na seqüência, apresenta-se a perspectiva antropológica dos processos de territorialização e a dimensão política que envolve a definição do território indígena.

Completando a base teórica que servirá de aporte para a análise do caso, enfoca-se o elemento “permanência” enquanto uma garantia das terras indígenas. A “permanência” será contrastada com a importância cultural, religiosa e política do fator da mobilidade na territorialidade e no modo de ser Guarani.

Após o tratamento dos conceitos que envolvem a questão dos direitos territoriais indígenas, com a escolha do referencial teórico do pluralismo jurídico e das categorias antropológicas estratégicas, passa-se ao estudo de caso. Neste sentido, a pesquisa vale-se da abordagem dedutiva, com a utilização da revisão bibliográfica, permeada por algumas visitas de campo.

Toma-se como fonte principal o Procedimento Administrativo do Ministério Público Federal, também denominado por “Dossiê Morro dos Cavalos”, que acompanha a demarcação desta terra, bem como outras fontes complementares. O estudo de caso na última seção, é feito no sentido de verificar se a hipótese de que a falta de diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Antropologia configurou óbice na realização dos direitos territoriais indígenas no plano fático da demarcação.

Inicialmente será feita a descrição do histórico da demarcação da terra Guarani do "Morro dos Cavalos", para, em seguida, analisar, de forma pormenorizada, o relatório de identificação e delimitação a fim de aprofundar os argumentos antropológicos que sustentam os direitos territoriais indígenas na área reivindicada.

Em atendimento ao referencial teórico do pluralismo jurídico e da centralidade que imprime aos novos atores, a análise jurídica sobre direitos territoriais indígenas será iniciada pela argumentação da comunidade Guarani.

A seguir, coloca-se o foco na atuação e a percepção dos direitos territoriais a partir da visão do Ministério Público Federal. Busca-se verificar em que medida a concepção deste órgão coaduna com a construção antropológica, emitida no relatório, e, ainda, com a territorialidade exposta pelos Guarani ao longo do procedimento.

O posicionamento do Governo do Estado de Santa Catarina e dos órgãos estaduais ligados à defesa do meio ambiente encerram a análise dos atores.

Ao final será possível estabelecer a relação entre o Direito e a Antropologia no procedimento demarcatório de terras indígenas e verificar em que medida a falta de visão interdisciplinar interfere na realização dos direitos territoriais indígenas.

1 DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

1.1 Jusnaturalismo e política colonial de aldeamento

A construção teórica dos direitos territoriais indígenas tem sua gênese na discussão sobre a legitimidade da incorporação da América pelos reinos ibéricos, num contexto de transição para a Modernidade, no qual se destaca a finalidade mercantil das conquistas, sua inspiração religiosa e a centralização do poder no Estado soberano.

A condição jurídica e política dos indígenas e a validade da apropriação de seus territórios foi levantada por teólogos-juristas da Escola Clássica do Direito Natural¹, ou Segunda Escolástica, que se desenvolveu na Península Ibérica e representou a "intermediação e a passagem do Direito natural teológico para a doutrina do jusnaturalismo racionalista²" (WOLKMER, 2006, p.124).

Os representantes do jusnaturalismo cristão partiam da pressuposta ordem sobrenatural para a resolução das questões políticas e jurídicas, mas também recebiam influências do pensamento humanista, reconhecendo o homem como sujeito de sua história (RANGEL, 2005, p.51).

Em função da influência ainda exercida pela Igreja no mundo cristão, era comum aos reinos ibéricos buscarem legitimidade de suas conquistas em sua autoridade, como ocorreu no caso das terras americanas concedidas aos espanhóis pelas Bulas Alexandrinas.³

¹ Antonio Manuel Hespanha (2005) leciona que a idéia de direito natural existia desde os gregos, passando por toda a Idade Média, até a Idade Moderna, com diferentes significados. A Escola Ibérica de Direito Natural desenvolveu as teorias escolásticas de Santo Tomás de Aquino, que acreditava na existência de uma ordem natural das coisas e que o justo poderia ser alcançado com uso da razão humana.

² Ao tratar da crise da cultura jurídica da modernidade, Wolkmer (2001,p.66-67) tece sua crítica aos dois paradigmas político-ideológicos do direito monista: o jusnaturalismo e o positivismo. Sobre a concepção jusnaturalista pondera que suas pretensões de universalidade ocultou os verdadeiros beneficiados das transformações sociais, políticas e econômicas por ela legitimados.

³ Bula *Inter Caetera*, de Alexandre VI (1492-1513) que "concede aos reis da Espanha as ilhas e terras descobertas ou a descobrir para a propagação da fé cristã". Para este e outros documentos da Conquista ver SUESS, Paulo.(Org.). **A conquista espiritual da América Espanhola**: 200 documentos. Petrópolis: Vozes, 1992.

As concessões feitas pela Santa Sé aos espanhóis provocou reações em Portugal, o que levou à assinatura da Capitulação da Partição do Mar Oceano, ou Tratado de Tordesilhas, em 1494, pelo qual "as terras existentes a até 370 léguas a oeste do arquipélago de Cabo Verde pertenceriam a Portugal e as demais à Espanha" (WEHLING, 1994, p.41).

Muito embora a Igreja Católica tivesse proporcionado uma uniformidade cultural aceita pelos reis e senhores da Europa ocidental, neste período já não ocupava o mesmo espaço hegemônico alcançado durante a Idade Média (CROSSMAN, 1980, p.20).

A tese dos poderes temporais do Papa foi contestada pelos teólogos-juristas da Escola Clássica do Direito Natural, especialmente no seu centro irradiador dos debates, a Universidade de Salamanca. Com base na escolástica aquiniana e também no pensamento humanista, seus pensadores contribuíram com a laicização do direito e sua radicação na razão individual (HESPANHA, 2005, p.291).

Segundo Zavala (1971, p.20), a partir do pensamento de Francisco de Vitoria (1483-1546), a discussão sobre a legitimidade da concessão das terras americanas pelo Papa ficou praticamente fixada. Assim manifestou-se o catedrático em Releitura⁴ denominada *Sobre los Índios*:

O Papa não é senhor civil nem temporal de todo o orbe, se entendemos o domínio e a jurisdição civil em sentido próprio.[..]. E se Cristo não teve o domínio temporal, como antes defendemos como o mais provável, e também de acordo com a sentença de Santo Tomás, muito menos o terá o Papa, que é seu vicário⁵ (VITORIA, 1998, p.98-99, tradução nossa).

Rompendo com a dualidade do poder medieval estabelecido entre a Igreja e Império, o dominicano Francisco de Vitoria é considerado o fundador do

⁴ Releitura era uma exposição solene sobre um tema monográfico para a comunidade universitária. As Releituras de Francisco de Vitoria foram obtidas por apontamentos de seus alunos. Tratam da temática da incorporação da América a Releitura *De indís*, pronunciada perto do Natal de 1538 e janeiro de 1539 e *De iure belli*, expressamente pronunciada em 19 de junho de 1539, segundo Luis Frayle Delgado (VITORIA, 2002, p. XXI).

⁵ El Papa no es señor civil ni temporal de todo el orbe, si entendemos el dominio y la potestad civil en sentido propio.[..].Y si Cristo no tuvo el dominio temporal, como antes hemos defendido como lo más probable, y también de acuerdo con la sentencia de Santo Tomás, mucho menos lo tendrá el Papa, que es su vicario (VITORIA, 1998, p.98-99).

direito internacional. O teólogo lançou bases para a construção do conceito de soberania sustentando a tese pela qual nem o Papa, tampouco o Imperador, seriam senhores de todo o orbe, pois ninguém deteria o império da terra por direito natural.

A ordem internacional preconizada por Vitoria (1998, p.96) baseia-se numa sociedade de povos que não se submetem ao poder de um só senhor, o que o leva a argumentar em favor da autonomia e dos direitos territoriais dos povos americanos: “mesmo admitindo que o Imperador fosse senhor do mundo, nem por isso poderia ocupar os territórios dos bárbaros nem estabelecer ali novos senhores, depor antigos e cobrar tributos”.

Apesar da modernidade do pensamento de Vitoria no sentido de reconhecer os direitos indígenas com base no direito natural, sua argumentação ainda deitava raízes na universalização da fé cristã, o que possibilitava a submissão dos povos nativos mediante a catequização, ou por meio de violência aberta da guerra justa:

Se os bárbaros, tantos seus senhores, como o povo, impedirem os espanhóis de anunciar livremente o Evangelho, estes podem predicar mesmo contra a vontade daqueles, sendo a razão disto evitar o escândalo, e podem procurar a conversão daquelas gentes, e se for necessário aceitar a guerra ou declará-la por este motivo, até que dêem oportunidade e segurança para a prédica do Evangelho⁶ (1998, p.141-142, tradução nossa).

A aparente ambigüidade da defesa dos direitos indígenas durante a Conquista, na qual se reconhece a soberania do conquistado para posteriormente negar sua alteridade em razão dos valores cristãos, corresponde ao que Dussel (1993, p.7-8) denomina por "mito da modernidade"⁷.

⁶ Si los bárbaros, tanto los señores mismos, como el pueblo, impidieran a los españoles anunciar libremente el Evangelio, éstos pueden predicar aun contra la voluntad de aquellos, dando antes razón de ello para evitar el escándalo, y pueden procurar la conversión de aquellas gentes, y si fuera necesario aceptar la guerra o declararla por este motivo, hasta que den oportunidad y seguridades para predicar el Evangelio (1998, p.141-142).

⁷ Dussel (1994, p.175-176) apresenta dois conteúdos semânticos para o paradigma da Modernidade. Em sentido positivo, a Modernidade é definida como proposta de emancipação, com base no esforço da razão. No seu sentido “mítico” a Modernidade seria a justificativa da prática irracional da violência. Nesta segunda acepção, a civilização moderna se compreende como a mais desenvolvida, tendo a obrigação de promover o desenvolvimento dos povos bárbaros. Na medida em que estes se opõem ao processo civilizatório, a violência contra eles é “justificável”, transformando as vítimas em culpados.

O filósofo Enrique Dussel reflete que a irracionalidade da violência da guerra ou submissão dos povos é apregoada em função de um ato racional, a emancipação dos gentios.

Apesar do debate sobre a legitimidade da incorporação das terras americanas e dos direitos dos povos indígenas ter se desenvolvido principalmente na Espanha, com destaque para as Juntas de Valladolid,⁸ o imaginário cristão e a racionalidade mercantil estão igualmente presentes na política colonial portuguesa (PERRONE-MOISÉS, 1998, p.115).

Seguindo a tradição jusnaturalista apontada no pensamento vitoriano, Portugal também reconhece, de forma esparsa e casuística, ao longo do período colonial, direitos territoriais aos povos indígenas.

A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (1987b, p.53-54) elucida que a tese da autonomia dos povos indígenas prevaleceu em ambos países ibéricos. Segundo a autora, a doutrina que negava o poder temporal do Papa sobre os infiéis firmou-se tanto na Espanha como em Portugal.

O pensamento espanhol ressoou em Portugal na segunda metade do século XVI por meio do intercâmbio na vida cultural, uma vez que seus teólogos também lecionavam no Colégio de Artes em Coimbra e na universidade jesuítica de Évora (THOMAS, 1982, p.69).

Apesar da construção jusnaturalista dos direitos indígenas, o que se pratica ao longo do período colonial no Brasil é a expropriação de suas terras, a submissão de seu direito (WOLKMER, 2000, p.33) e de sua cultura, segundo os interesses da metrópole lusitana.

A possibilidade da guerra justa⁹ para a prédica do evangelho tornou-se um meio de submissão dos povos indígenas ao domínio de seus conquistadores. Este conceito medieval foi amplamente utilizado pela legislação

⁸ Debate jusfilosófico entre Bartolomeu de Las Casas e Gines Sepúlveda, entre 1550 e 1551, que versou sobre a condição dos índios, no qual o primeiro defendia sua igualdade e segundo legitimava a servidão natural.

⁹ Conceito desenvolvido por Santo Agostinho que a caracteriza por ser emanada por uma autoridade constituída, declarada por um motivo justo (para reparar uma injúria ou recuperar algo arrebatado) e ter uma intenção justa (fazer o bem ou evitar o mal). Foi a base da legitimação da luta contra os infiéis durante a Idade Média.

colonial portuguesa. Segundo Beozzo (1983, p.15) o princípio da guerra justa abriu caminho para legitimação da escravização dos índios, “debaixo da aprovação real e sob a benção da religião”.

Os direitos territoriais dos povos nativos eram pensados a partir dos interesses da metrópole e legislados com a finalidade de assegurar a Conquista, operacionalizando-a por meio de violência aberta, ou mediante a política de aldeamento.

Perrone-Moisés (2000, p.114) destaca que a legislação colonial portuguesa para os povos indígenas foi feita num contexto no qual a conversão era um valor supremo do colonizador. Segundo Wolkmer, (2000, p.42) os valores do colonizador português eram condicionados pelo mercantilismo econômico e pela administração centralizadora burocrática, prevalecendo a racionalidade escolástico-tomista e teses absolutistas.

A catequese da Companhia de Jesus e o humanismo escolástico propagado no Brasil foi a base da formação cultural colonial, inspirando “os contornos da sociedade” (WOLKMER, 2000, p.43). As práticas coloniais, segundo João Pacheco de Oliveira, persistem ainda hoje na política para os povos indígenas. (OLIVEIRA, 1998).

A guerra de conquista, segundo Souza Lima, envolve um exército organizado, um povo que se quer dominar e a posterior administração de seus bens. O autor considera que "a conquista implica em fixação de parte do povo conquistador nos territórios adquiridos pela guerra" e a subsequente "administração do butim" (SOUZA LIMA, 1995, p.49).

Após um período em que o Brasil ficou relegado a mero entreposto comercial, estabeleceu-se um primeiro regime de ocupação das terras brasileiras mediante a concessão de sesmarias:

A ocupação de nosso solo pelos capitães descobridores, em nome da Coroa portuguesa, transportou, inteira, como num grande vôo de águias a propriedade de todo o nosso imensurável território para além mar - para o alto senhorio do rei e para a jurisdição da Ordem de Cristo (LIMA, 1990, p.15).

A legitimidade para conceder as sesmarias foi, a princípio, atribuída a Martim Afonso de Souza em sua primeira expedição colonizadora, em 1530. Reconhecido como capitão-mor do Brasil, deveria tomar posse, organizar o governo e conceder terras (LIMA, 1990,p.36).

Em fevereiro de 1532, D.João III resolve dividir o Brasil em Capitânicas Hereditárias, sem deixar de contemplar Martim Afonso e seu irmão Pero Lopes.

Nesta segunda fase, a instituição de sesmarias poderiam ser feitas pelos donatários das Capitânicas. Posteriormente, com a revogação dos poderes destes, passou a ser atribuição exclusiva do Governador Geral e por fim, a Coroa reservou para si este direito¹⁰ (COSTA, 1999,p.16).

Ruy Cirne Lima (1990, p.40) ensina que para receber terras em sesmarias era necessário dispor de posses para a construção de engenhos de açúcar e de fortificações para defesa contra o gentio. Assim, aponta este instituto como o germe dos futuros latifúndios e da aristocracia econômica no Brasil colonial.

Diante da pouca eficiência do regime de capitânicas hereditárias¹¹ para a colonização, houve então a implementação do primeiro Governo Geral do Brasil.

Ao considerar “colonização” toda a ação que visou assegurar a posse e a expansão das terras do Brasil, entre a descoberta à emancipação política, o Regimento do primeiro Governador Geral do Brasil, de 17 de dezembro de 1548 é apontado por Rita Heloísa de Almeida (1997, p.53-88) como um “roteiro de procedimentos” após a Conquista.

A nova situação administrativa não mudava a situação dos povos originários, tentava tão somente frear a escravização indiscriminada que impedia os objetivos da colonização, que eram a conversão do gentio, o aumento da população e do comércio¹² (BEOZZO,1983, p.21).

¹⁰ A Resolução de 17 de julho de 1822 põe fim ao regime de sesmarias no Brasil.

¹¹ Wehling entende que não há elementos para afirmar que houve um fracasso no projeto de Capitânicas Hereditárias. Segundo o autor (1994, p.69), o governo geral pretendeu melhorar a coordenação da colonização.

¹² Objetivos esposados no Regimento de Tomé de Souza de 1548.

Com a finalidade de colonizar, o Regimento do Primeiro Governador Geral do Brasil, de 17 de dezembro de 1548, determinava a formação de aldeamento de índios convertidos perto das povoações das capitanias e operava com a idéia de estabelecimento de relações de aliança ou de guerra com os povos nativos, conforme aceitassem ou não o jugo do colonizador.

A conversão dos indígenas mediante os descimentos foi atribuída pela Coroa à Companhia de Jesus. A Lei de 26 de julho de 1596 estabelece que os religiosos deveriam convencer os índios pelos "bons meios", declarando aos gentios que seriam livres e senhores de sua fazenda como o são na serra (BEOZZO, 1983, p.100).

Paralelamente à ocupação de terras mediante o regime de sesmarias, havia, de acordo com a tradição jusnaturalista, o reconhecimento de direitos territoriais indígenas pela metrópole.

As Cartas Régias de 30 de julho de 1609 e 10 de setembro de 1611 são apontadas como marcos dos direitos territoriais dos povos originários (CUNHA, 1987b, p.58).

Assim dispõe a primeira Carta Régia, o que se repete na segunda¹³:

Hei por bem que os ditos gentios sejam senhores de suas fazendas nas povoações em que morarem, como o são na serra, sem que lhe possam ser tomadas, nem sobre elas se lhe possa fazer moléstia [...] e o Governador com o parecer dos ditos religiosos, aos que vierem da serra, assinalará lugares para neles lavrarem e cultivarem [...] como por suas doações são obrigados e das capitanias e lugares que lhe forem ordenados não poderão ser mudados por outros contra sua vontade (THOMAS, 1982, p.227-228).

No entanto, é sobre o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 que o jurista João Mendes Junior, no início do século XX, construiria a tese do reconhecimento dos direitos originários que se apresenta como fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas ainda hoje, tema a ser abordado na próxima seção.

Considerada de fundamental importância no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, por meio desta lei, a Coroa Portuguesa esclarece que as sesmarias concedidas não atingem os direitos originários dos povos indígenas sobre suas terras (CUNHA, 1987b, p.59).

¹³ Opta-se por fazer as citações com a devida atualização ortográfica.

Gassen (1994, p.131) assinala que o direito de propriedade na época colonial encontrava limites nas áreas indígenas, que não podiam ser distribuídas a particulares pelo sistema sesmarial.

No sentido de reafirmar a autonomia dos povos indígenas, este Alvará proíbe o cativo dos índios, determinando que os presos em guerra justa fossem tratados com prisioneiros e não como escravos:

[...] e sucedendo mover-se guerra defensiva ou ofensiva a alguma nação de Índios do dito Estado, nos casos e termos em que por minhas leis e ordens é permitido: os Índios que na tal guerra forem tomados, ficarão somente prisioneiros como ficam as pessoas que se tomam nas guerras de Europa [...] (BEOZZO,1983, p.107).

Apesar da legislação colonial portuguesa ter reconhecido os direitos territoriais indígenas, a territorialidade imposta pelos colonizadores buscava viabilizar a conversão, "esse pilar da colonização, justificativa primeira de toda a empresa colonial"(PERRONE-MOISÉS,2000, p.113).

Segundo Oliveira Filho (1999b, p.23), as missões religiosas, produto da política estatal, constituíam unidades de ocupação territorial, produção econômica, com a intenção explícita de homogeneização, por meio da catequese e pelo disciplinamento do trabalho.

Colaço (1999, p.118) reflete em sua obra "'Incapacidade' Indígena [...]" que a evangelização dos índios foi um projeto político de integração ao sistema colonial. O aldeamento significava a sedentarização dos índios num mesmo local para favorecer o trabalho de conversão.

O aldeamento dos povos indígenas garantia a ocupação do território, sua defesa e apresentava-se como uma reserva de mão-de-obra para os novos habitantes da América (PERRONE-MOISÉS, 1998, p.120).

Somente ao final do século XVIII é que as idéias iluministas¹⁴ iriam refletir na política indigenista com a influência do Marquês de Pombal, por meio das leis de 6 de junho de 1755, que concedeu liberdade aos índios, de 7 de junho do

¹⁴ Arno Wehling elucida que até Pombal, o conhecimento filosófico colonial foi produzido dentro da "Segunda Escolástica portuguesa". A exemplo da produção hispânica, seguia tradição contra-reformista representada pelos teólogos que revisitavam o pensamento tomista. V.referências, à p.289. Em razão da sistematização deste trabalho, a influência iluminista sobre o discurso indigenista será objeto da seção seguinte.

mesmo ano, que dispunha sobre a secularização das aldeias e o Diretório de 3 de maio de 1757, com diretrizes aprovadas pelo Alvará de 17 de agosto de 1758, o “Diretório dos Índios”.

Este conjunto de leis inseria-se num projeto maior de desenvolvimento econômico, que visava também assegurar os limites territoriais portugueses sobre os espanhóis e a afirmação estatal sobre as demais instituições, principalmente sobre a Companhia de Jesus (ALMEIDA, 1997).

Com relação às terras indígenas, o Diretório dos Índios reitera o Alvará Régio de 1680, afastando porém os religiosos da administração dos aldeamentos, com sua expulsão em 1759. Apesar de sua revogação em 1798, deu início a uma mentalidade desenvolvimentista segundo a qual o índio deveria integrar-se, contribuindo com o ideal da nação:

O Regimento pombalino, longe de introduzir a liberdade dos índios [...] obriga os Principais das Povoações a entregar quantos índios forem requisitados pelos moradores para servir aos seus interesses particulares, erigidos em interesse comum e do próprio Estado, mesmo em detrimento das necessidades dos próprios índios (BEOZZO, 1983, p.66)

Com a influência dos ideais iluministas passa-se a pensar o índio como um selvagem que, muito além de se cristianizar, faz-se necessário "civilizar". Oliveira Filho (1999b, p.23) pondera que: “se as missões [...] conjugavam aspectos que podemos chamar de assimilacionistas e preservacionistas, o seu sucedâneo histórico — o ‘diretório dos índios’ — pendeu decisivamente para a primeira direção”.

Neste sentido, o Diretório prevê uma série de atos de assimilação indígena como a proibição do uso de suas línguas, instrução primária nos moldes ocidentais, atribuição de sobrenome português, disposições sobre moradia, vestimenta, atividades econômicas, tudo em função de um "ajustamento às concepções européias de vida social" (ALMEIDA, 1997, p.130-131).

Embora tenha reconhecido os direitos territoriais indígenas, com o afastamento das missões religiosas, durante o período pombalino, os direitos indígenas condicionavam-se aos ideais de desenvolvimento comercial da Coroa, buscando utilização da mão-de-obra indígena na região amazônica.

A chegada da família real no Brasil inaugura uma política de guerra ofensiva contra os índios. Pela Carta Régia de 13 de maio de 1808, D. João VI autoriza guerra aos Botocudos de Minas Gerais e pela Carta Régia de 5 de novembro de 1808, guerra aos Bugres em São Paulo.

Na reflexão de Manuela Carneiro da Cunha (1987b, p.63), mesmo D. João VI, considerado o mais "antiíndigena dos legisladores", também reconheceu os direitos territoriais indígenas. Segundo a autora, na análise da Carta Régia de 2 de dezembro de 1808, a Coroa reconhecia a titularidade das terras conquistadas dos índios inimigos, uma vez que as declarava devoluta após sua aquisição em guerra justa. Reconhecia, ainda, o direitos territoriais dos índios pacíficos (CUNHA, 1987b, p.63).

O governo luso, com suas características senhoriais, católica e absolutista apontadas em Wolkmer (2000, p.43), adotava a guerra justa e o aldeamento como meios de dominação territorial e política na América.

A conquista espiritual dos gentios era a justificativa apresentada pela Coroa para submeter os povos indígenas ao regime colonial, o que não impedia que reconhecesse, retoricamente, e dentro da tradição jusnaturalista desenvolvida pelos teólogos, a autonomia e os direitos territoriais dos povos conquistados.

1.2 Dos ideais liberais de "civilização" à restrição do acesso à terra

A ascensão dos ideais iluministas que inspiraram a Revolução Francesa e a formação do liberalismo¹⁵ fizeram-se presentes no Brasil entre a elite nacional que desejava o fim dos vínculos coloniais, influenciando também o discurso indigenista.

¹⁵ Segundo Sergio Paulo Rouanet o iluminismo foi a matriz do pensamento liberal. Cita, como exemplos, a doutrina da tolerância em Voltaire, das garantias contra o Estado de Montesquieu e a idéia de progresso em Condorcet. Conforme referências, à p.200.

A implantação do direito português no Brasil durante o período colonial consolidou os interesses da Coroa e proporcionou a formação de uma elite patrimonialista¹⁶ (WOLKMER, 2000, p.71). O liberalismo derivado desta elite apresenta contrastes, como aponta Wolkmer (2000, p.76):

Eram profundamente contraditórias as aspirações de liberdade entre diferentes setores da sociedade brasileira. Para a população mestiça, negra [...] o liberalismo, [...] significava a abolição dos preconceitos de cor, bem como a efetivação da igualdade econômica [...]. Já para os estratos que participaram diretamente do movimento de 1822, o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais.

O liberalismo pátrio, em sua versão contraditória e conservadora, influenciou a formação da cultura jurídica brasileira, com as características do formalismo e da retórica, deixando até os dias atuais a herança do "bacharelismo".

O fenômeno político-cultural assim denominado é descrito como uma situação que se caracteriza pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país. O bacharelismo apresenta em seu cerne uma cultura abstrata, erudita, literária. A ascensão dos bacharéis e dos ideais iluministas por eles propagados espalharam-se pelas instituições jurídico-políticas nacionais e em demais campos de poder, como na produção literária e jornalística (KOZIMA, 2002).

Em raízes do Brasil, Sérgio Buarque de Holanda (1995, p.157) pondera sobre a cultura retórica do bacharelismo: “[...] um amor impronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos”.

Desta forma, é possível compreender como o discurso liberal incorpora-se ao Estado que se desenvolvia com base na mão-de-obra escrava, tanto indígena quanto negra.

A marca do liberalismo retórico brasileiro é visível na Constituição de 1824, que não trouxe normativa sobre o direito dos povos indígenas, apesar das inúmeras discussões que a precederam neste sentido.

¹⁶ O patrimonialismo é apontado como uma das "heranças coloniais" brasileiras, derivado do contexto no qual a Coroa detinha o domínio das terras e monopólios comerciais, com conseqüências na ordem social de classes (FAORO, 1977, p.222).

Dentre os projetos sobre os povos indígenas apresentados à Assembléia Constituinte em 1823, destacam-se os “Apontamentos para a civilização dos índios bravos¹⁷ do Império do Brasil”, de José Bonifácio de Andrada e Silva.

Com a emancipação política surge a preocupação com o projeto político da nação independente, inspirado na visão iluminista¹⁸. Ao lado dos ideais de catequização, esposados pelos jesuítas, os índios deveriam integrar-se, tomar parte na nação brasileira, neste sentido a exposição de José Bonifácio (2002, p.186):

Reflitamos igualmente no que fizeram os jesuítas nas suas missões do Paraguai e do Brasil, e mais teriam feito se seu sistema não fora de separar da comunicação dos brancos, e de os governar por uma teocracia absurda e desinteressada .

O autor sofrera influências das reformas pombalinas, reconhecendo méritos no Diretório de 1758. Atesta que esta lei nunca fora bem executada porque os índios, apesar de gozar de privilégios da "raça" européia, continuavam em situação de miséria e barbárie (ANDRADA E SILVA, 2002, p.188-189).

Na esteira do Diretório Pombalino, o "patriarca da independência" insere a questão indígena dentre as preocupações desenvolvimentistas, considerando que “a civilização dos índios bravos é objeto de sumo interesse e importância para a nação”(ANDRADA E SILVA ,2002, p.189).

Expõe sua preocupação com o crescimento das povoações e a necessidade de incremento na agricultura e na criação de gado, equilibrando, assim, a produção açucareira (ANDRADA E SILVA ,2002).

Os “Apontamentos [...]” de José Bonifácio visavam um projeto de nação, com a incorporação dos índios mediante métodos inspirados na brandura da ação missionária que deveria garantir a assimilação dos padrões europeus.

¹⁷ Sob influência do evolucionismo os índios eram categorizados em bravos ou domesticados, segundo seu grau de civilidade.

¹⁸ Wehling (1994, p.292) aponta que o abandono da tradição tomista na história cultural brasileira, com a adoção de métodos e espírito tipicamente iluministas, será sentida na intelectualidade brasileira somente com José Bonifácio e outros de seus contemporâneos.

Sem deixar de seguir a tradição jusnaturalista e a política indigenista lusitana, o autor considerava os índios como "legítimos senhores" de suas terras. No entanto, dentro de uma perspectiva contratualista, propunha a compra das terras indígenas como solução para sua incorporação, a exemplo do que ocorria nos Estados Unidos da América (ANDRADA E SILVA, 2002, p.190).

Apesar de ter sido recebido somente como uma proposta de instrução e coleta de informações junto às Províncias, no projeto de José Bonifácio está contido o germe dos ideais da proteção fraternal a ser desenvolvida posteriormente no período republicano.

A defesa dos direitos indígenas adotada por Bonifácio delineou a tendência do discurso oficial de proteção indígena, visando a inclusão do indígena na sociedade política, por meio brandos e pacíficos, com base na "perfectibilidade" de sua razão. Para o autor, com a transformação das circunstâncias colocadas aos povos indígenas, seria possível modificar seus costumes considerados bárbaros (ANDRADA E SILVA, 2002, p.186).

No plano fático ocorria o combate e a expropriação de terras indígenas à medida que o Império avançava em suas fronteiras, como no rio Amazonas, Araguaia, Madeira e também no oeste paulista e na zona de colonização nas províncias do Sul (CUNHA, 1998, p.136).

O processo de expropriação das terras indígenas intensificou-se com o Ato Adicional de 1834 que atribuiu às Províncias a competência de promover cumulativamente com os Governos Gerais a catequização indígena e o estabelecimento de colônias.

Com a descentralização administrativa da política indigenista, várias aldeias seriam extintas e expedições ofensivas expulsariam os índios de seus territórios. Tratava-se da expansão das fronteiras do Império, que começa a restringir o acesso à propriedade fundiária aos povos indígenas, negros, libertos e brancos pobres (CUNHA, 1998, p.141).

Seguindo a tendência do Diretório Pombalino e do Projeto de José Bonifácio, a presença de não-índios era estimulada junto aos aldeamentos, objetivando sua "civilização", o que acaba por gerar, na prática, a perda de seus territórios (CUNHA, 1998, p.143).

Após um longo vazio legislativo, o Decreto 426 de 24 de julho de 1845 – “Regulamento das missões”, entrega a administração de aldeias aos Diretores, prolongando o sistema de aldeamentos, confinando os indígenas em pequenos espaços onde poderiam servir como mão-de-obra.

A idéia de que a civilização dos índios deveria ser atingida mediante sua sedentarização em aldeamentos é ainda aplicada no final do século XIX a diferentes etnias, ainda que se tratassem de grupos coletores ou caçadores (CUNHA, 1998, p.136).

A possibilidade de remoção, reunião, aforamento e arrendamento de aldeias, previstas pelo Regulamento das Missões, serviram ao processo de expropriação de terras indígenas.

Além de prosseguir na apropriação de espaços tradicionais indígenas com a expansão das fronteiras do Império passou, ainda, a incorporar as terras indígenas dos antigos aldeamentos.

As terras das aldeias extintas foram objeto de disputa entre os diversos entes políticos até que a Lei 3348 de 20 de dezembro de 1887, em seu artigo 8, parágrafo 3, atribuiu-as ao domínio das Províncias e Câmaras Municipais, que passam a tratá-las como se devolutas fossem.

O final do século XIX é marcado pela transformação do regime de terras, que deixa de ter o caráter tradicional das sesmarias para assumir um valor de mercadoria. Manuela Carneiro da Cunha (1998, p.133) entende, neste período, a questão indígena passa a ser, por excelência, uma questão de terras.

Na esteira das diversas codificações do período, a Lei 601 de 18 de setembro de 1850, “Lei de Terras”, buscou regularizar a situação fundiária que fugia ao controle do órgão estatal, o que acabou por instalar uma política agressiva com relação às aldeias (CUNHA, 1998, p.145).

Esta lei tentou colocar as terras dentro de um quadro normativo mais apropriado ao sistema capitalista, abolindo a posse e a ocupação como modos legítimos de aquisição da propriedade, instituindo a obrigatoriedade da obtenção da titulação formal.

Além de buscar a consolidação da propriedade no mercado fundiário, tratou de estabelecer normas sobre a mão-de-obra livre por meio da imigração, para substituir o trabalho escravo (GASSEN, 1999, p.195).

Silvio Coelho dos Santos (1973, p.58-59) aponta que o empreendimento de colonização por meio da promoção da vinda de imigrantes europeus ganhou impulso com a Lei de Terras, a partir de 1850.

O autor destaca que no sul do Brasil no período entre 1850 a 1867 havia vinte e seis núcleos coloniais, tomando um caráter de frente pioneira, que se expandiria sobre as terras indígenas:

Frente baseada na exploração da pequena propriedade agrícola, que de geração em geração deveria seguir adiante, em busca de novas terras. Nesse movimento, a frente tendia a eliminar o indígena dos territórios em que tinha interesse, pois, ele era obstáculo à sua expansão (SANTOS, 1973,p.59).

A Lei 601 de 18 de setembro de 1850, “Lei de Terras” excluía do conceito de terras devolutas os territórios indígenas, conforme a consagrada interpretação de Mendes Junior, que será discutida no próxima seção.

Contudo, a finalidade desta lei era de estabelecer uma normatização sobre a propriedade privada, inserindo as terras na realidade capitalista e refletindo, segundo Gassen (1994, p.222), a ideologia do Código de Napoleão de 1804.

Manuela Carneiro (1998, p.145) destaca que após a promulgação da Lei de Terras o Império determinou a incorporação de aldeias nas quais os indígenas já se “encontrassem confundidos com a população civilizada”. Segundo a autora, era a primeira vez que a legislação utilizava o critério de identidade étnica para promover a expropriação.

João Pacheco de Oliveira Filho (1999b, p.24) destaca que a apropriação que decorre da Lei de Terras é lembrada pelos *Pankaru* do “Brejo dos Padres”, na região do Nordeste, como o “tempo das linhas”. Para o antropólogo este foi o momento mais radical da “mistura”, termo de fabricação ideológica, mas que demonstra a situação histórica do contato interétnico.

O liberalismo brasileiro manteve o discurso pelo qual os povos indígenas seriam os verdadeiros senhores de suas terras. Na prática, o Império cuidou de consolidar os interesses da elite patrimonialista, com a regulamentação do mercado de terras e da mão-de-obra imigrante.

Os direitos territoriais indígenas permaneciam reconhecidos no plano discursivo e legislativo, mas os povos indígenas continuavam sendo expropriados de suas terras, com a justificativa da integração civilizatória.

1.3 Positivismo e “proteção fraternal” aos povos indígenas

No final do século XIX a repercussão do positivismo entre as elites brasileiras influenciaria os ideais políticos na formação da República, bem como a política indigenista a ser desenvolvida posteriormente pelo Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais, criado pelo Decreto 8072 de 20 de junho de 1910¹⁹.

O positivismo começa a ser divulgado no Brasil por meio de trabalhos apresentados na Escola Militar a partir de 1850, sendo esta instituição um de seus principais centros de propagação (GAGLIARDI, 1989, p.42-43).

Trata-se de um conjunto de novas idéias inspiradas na obra de Augusto Comte²⁰, que também passará a influenciar o pensamento jurídico por todo o país. Wolkmer (2000, p.130) dá conta da adequação do positivismo jurídico²¹ às novas condições econômicas que se iniciavam com a República.

¹⁹ Regulamentado pelo Decreto n.º 9214, de 15 de dezembro de 1911.

²⁰ O positivismo, em termos de concepção ideológica, visa assegurar o equilíbrio social e o progresso da humanidade rumo ao estágio positivo ou científico. Conforme Gagliardi, à p.46, nas referências bibliográficas.

²¹ O positivismo jurídico, que surge com as grandes codificações, principalmente a francesa, também inspirou a doutrina do monismo jurídico, conforme ensina Wolkmer (2001, p.53-54). Em contraposição ao jusnaturalismo, a ideologia do positivismo afasta a metafísica do Direito, pondo em evidência a materialidade coercitiva da norma.

A influência positivista na política indígena republicana é materializada no projeto de Constituição elaborado por Miguel Lemos e Teixeira Mendes. Apesar de não ter sido aprovada, a norma idealizada pelos positivistas esboçava o discurso da proteção fraternal que será reproduzido no período:

Artigo 1 – A República dos Estados Unidos do Brasil é constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto império do Brasil. Compõe-se de duas sortes de estados confederados, cujas autonomias são igualmente reconhecidas e respeitadas segundo as formas convenientes a cada caso, a saber:

I – Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine.

II – Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas hordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistosas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado: e por outro, em garantir-lhes a proteção do Governo Federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio conhecimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido (GAGLIARDI, 1989,p.56).

Na visão dos positivistas o relacionamento do Estado com os povos indígenas deveria pautar-se em princípios de brandura, mediante atuação leiga de seus agentes, com a finalidade de sua proteção e integração à nação brasileira.

A perspectiva integracionista iniciada pela política pombalina ganharia novos contornos com os ideais positivistas e com o evolucionismo social, propugnando que, pela educação, os povos indígenas rumariam a um estágio mais avançado da humanidade.

O evolucionismo social, predominante nas ciências humanas no final do século XIX, presidiu a política indígena ao longo do século XX, não escapando desta visão a definição de seus direitos territoriais.

O "progresso" expressado na bandeira positivista era a meta de todas as correntes que debatiam a questão indígena no começo da República. Tratava-se de valores fundamentais da época, percebidos a partir de um modelo universal cultural, e não enquanto conceitos determinados por uma sociedade hegemônica (SCHWARCZ, 1993, p.57).

Ainda que se vislumbre uma mudança da retórica e estratégia política, o Estado prosseguiria com a prática da eliminação cultural e apropriação das terras indígenas, pois seus direitos continuavam sendo idealizados com base na imposição de um paradigma etnocêntrico e na crença da transitoriedade do índio (SOUZA LIMA, 2005, p.33).

A primeira Constituição republicana de 1891 não abordou a questão indígena, mas acabou por incidir sobre seus direitos territoriais ao transferir aos Estados as terras devolutas²² existentes em seus territórios.

A criação do Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), órgão integrante do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC), representou uma vitória dos ideais positivistas.

Marechal Rondon, primeiro diretor da agência, como os demais integrantes do Ministério, eram membros do Apostolado Positivista do Brasil e representavam a força do exército na dimensão geopolítica que envolvia a questão indígena:

O tenente-coronel Cândido Mariano da Silva Rondon organizaria o aparelho que fora convidado a criar a partir de uma rede de colaboradores extraída dos membros do Apostolado Positivista do Brasil, parcialmente identificada aos integrantes da comissão telegráfica que então dirigia (SOUZA LIMA, 1998, p.159).

Neste período, o Estado nacional expandia-se como forma de organização sobre o território nacional. O reconhecimento das terras indígenas, dentro da concepção positivista significa a territorialização do próprio Estado (SOUZA LIMA, 1998, p.167).

A ação do Estado, por meio do poder tutelar, é analisada por Antonio Carlos de Souza Lima (1997, p.348) como forma reelaborada de Conquista, justificada pelo interesse nacional e exercida com base na estratégia de "pacificação dos povos nativos", pela qual se tornou célebre Cândido Rondon.

O órgão oficial de proteção indigenista surge no contexto da necessidade de superação da crise agrícola ocorrida pós-abolição (SOUZA LIMA,

²² A questão das terras devolutas sempre ensejou apropriação de terras indígenas, contra qual se debateu João Mendes Junior em sua obra "Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos". V.referências.

1998, p.157). Desta forma, a redenção positivista do índio implicaria na sua transformação em trabalhador nacional e na incorporação de suas terras para o desenvolvimento da agricultura.

Conforme indicava o seu regulamento, um dos objetivos da assistência oficial do Serviço de Proteção era, nos termos do artigo 2º, parágrafo 15: “introduzir em territórios indígenas a indústria pecuária, quando as condições locais o permitirem”.²³

A denominada "tarefa heróica" atribuída ao SPI²⁴ ocultava a idéia de que a salvação física dos povos indígenas implicava, na verdade, na supressão dos direitos étnicos, uma vez que sua finalidade era a assimilação (SOUZA LIMA, 1987, p.161).

Apesar dos princípios humanitários tradicionalmente atribuídos às construções positivistas, que dentro de um cenário abertamente hostil aos índios, defendiam sua proteção²⁵, todos os projetos indigenistas visavam abrir terras à colonização e conferir-lhes um papel no desenvolvimento da nação (SOUZA LIMA, 1987, p.174).

Ao tratar dos agentes ligados ao debate indigenista, Souza Lima (1987, p.169) posiciona Rodolpho Miranda, Ministro da Agricultura Indústria e Comércio à época da criação do SPI, dentre os políticos que buscavam compatibilizar a expansão agrícola com o lugar dos povos indígenas na nação que se constituía.

Na visão de Souza Lima (1995), a proteção fraternal dos indígenas e de suas terras eleva-se ao patamar de interesse público, dentro de um discurso genérico de direitos indígenas, independentemente da visão desses povos sobre o seu destino.

²³ BRASIL, Decreto n.º 9214, de 15 de dezembro de 1911. Regulamenta o Serviço de Proteção aos Índios e proteção aos trabalhadores nacionais. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 de julho de 2007.

²⁴ Em 1918, a lei orçamentária 3454 transferiu a tarefa de localização de trabalhadores nacionais para o Serviço de Povoamento, segundo constata Souza Lima em “O governo dos índios sob a gestão do SPI”. Conforme referências ao final.

²⁵ Verifique-se as posições de aberto extermínio dos índios, como esposada publicamente pelo Diretor do Museu Paulista, Herman von Jhering, com relação aos *Kaingang*, em artigo publicado em 1908 na revista desta instituição. Maiores detalhes sobre a polêmica em Gagliardi, p.71-76, conforme referências.

Segundo Gagliardi (1989, p.191), Cândido Rondon defendia a garantia efetiva da posse da terra aos indígenas, dentro do interesse nacional, aceitando mudanças de seu *habitat* para que pudessem viver em outras terras "ainda mais férteis".

Assim, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios, Decreto 9214 de 15 de dezembro de 1911, em artigo 3º, determinava a regularização de terras que estivessem "atualmente ocupadas", ou seja, seriam objeto de proteção na medida em que os povos indígenas tivessem alcançado a primeira fase de fixação, negando-lhes, assim, aspectos importantes de cultura na relação com seu território.

Souza Lima (2005, p.32) esclarece sobre o conceito de ocupação: "Para que, dentro dos marcos evolucionistas, se caracterize ocupação é necessário o grupo ter deixado de ser nômade, deixado de ser uma horda e se fixado num território. É pois daí que advém o atualmente da expressão".

A sedentarização dos povos indígenas era vista como "um passo adiante no processo de civilização". A tarefa de proteção implicava na "descaracterização progressiva de um 'ser original' " (SOUZA LIMA, 2005, p.32).

Para esta finalidade, a atração dos índios era prevista pelo Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios mencionado, em artigo 14:

A diretoria, por intermédio dos inspetores, procurará, por meios brandos, atrair os índios que viverem em estado nômade e prestará aos que se mantiverem em promiscuidade com civilizados a mesma assistência que lhe cabe dispensar aos mais índios²⁶.

Durante os primeiros anos da República o Código Civil (Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916) é promulgado, definindo um regime de tutela aos índios, pelo qual eram considerados relativamente capazes, e a sua proteção cessaria na medida em que se tornassem integrados.

²⁶ BRASIL, Decreto n.º 9214, de 15 de dezembro de 1911. Regulamenta o Serviço de Proteção aos índios e proteção aos trabalhadores nacionais. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 de julho de 2007.

A tutela seria regulamentada em detalhes no Decreto n.º 5484 de 27 de junho de 1928 que estabelece uma categorização dos índios²⁷, segundo seu grau civilizatório, traçado em função de sua relação com a terra, definindo assim o exercício de seus direitos (SOUZA LIMA, 2005, p.32).

Os direitos territoriais indígenas somente ganham *status* constitucional a partir da Carta de 1934, nos termos do artigo 129: "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las".²⁸

A proteção constitucional dos direitos indígenas pautava-se na integração dos índios à comunidade nacional²⁹, prosseguindo na perspectiva etnocêntrica de proteção de terras indígenas, desde que os indígenas estivessem sedentarizados.

Ao longo da vigência do SPI a demarcação de terras indígenas não foi estabelecida de acordo com a cosmovisão indígena. A regularização de terras indígenas não era diferente daquela destinada as demais terras:

[...] não se pressupunha a necessidade de levantamento de dados (à semelhança de identificação) como condição para realizar uma demarcação, passando provavelmente a escolha da terra a ser destinada a um grupo por critérios que não envolviam em absoluto qualquer idéia relativa a um território tribal originário (SOUZA LIMA, 2005,p.34).

Jurandyr Leite (1999, p.104-105) assevera que o paradigma assimilacionista influenciou diretamente no tamanho das terras demarcadas, exemplificando com a pequena dimensão destinada pelo SPI aos Terena e Guarani, no Mato Grosso do Sul. Dentro de uma perspectiva evolucionista, a demarcação visava confinar os índios em pequenos limites e compeli-los a uma relação produtiva com a terra.

²⁷ Numa visão evolucionista o decreto classifica os índios como: i) nômades, ii) arranchados ou aldeados, iii) pertencentes a povoações indígenas ou iv) pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

²⁸ BRASIL. Constituição (1934). Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 de julho de 2007.

²⁹ O artigo 5, inciso XIX da Constituição de 1934, estabelece competência privativa da União para legislar sobre este assunto.

As terras atribuídas pelo SPI para as populações indígenas decorriam do “processo de pacificação” (sedentarização e tutela), conforme esclarece Oliveira Filho (1999a, p.109). O autor indica que não havia preocupação da conexão entre cultura indígena e meio ambiente e, neste sentido, as terras eram muito menores do que aquelas nas quais vivia e transitava a população indígena.

O decreto n.º 736 de 6 de abril de 1936 trouxe novo regulamento ao Serviço de Proteção aos Índios³⁰. Com relação às terras, em artigo 3º, determinava demarcação de áreas habitadas pelos índios, buscando "legalização da posse", impedindo, assim, "que sejam tratadas como se devolutas fossem".

A Constituição Federal de 1937 também reconheceu o direito de posse das terras indígenas, em artigo 154. A Constituição Federal de 1946 não inova com relação às constituições anteriores.

No final da década de 1940, aponta-se o surgimento de uma nova concepção de terras indígenas, que culminaria com a criação do Parque Nacional do Xingu, mediante o Decreto n.º 50.455 de 14 de abril de 1961.

Para Oliveira Filho (1999a, p.108-109) a noção de “território indígena” surge historicamente na ocasião dos debates relativos à criação do Parque Nacional do Xingu, nos quais foram apresentadas propostas de diversos antropólogos como Darcy Ribeiro e Roberto Cardoso de Oliveira. A idéia, pela primeira vez apresentada, era da demarcação de uma parcela extensa do território nacional para que, em função dos recursos naturais existentes, os povos indígenas pudessem viver segundo seu modo de vida.

A nova visão partia de segmentos científicos que demonstravam preocupação com preservação do meio ambiente e a criação de um espaço onde a “aculturação” ocorresse de forma paulatina (SOUZA LIMA, 1998, p.168).

Apesar de encerrar um ideal que refletiria sobre a extensão das terras indígenas, ainda convivia-se com o padrão de confinamento anterior, principalmente em locais onde a ação do SPI era implementada há muito tempo e também onde se fechavam as fronteiras agrícolas (SOUZA LIMA, 1998, p.169).

³⁰ BRASIL, Decreto n.º 736 de 6 de abril de 1936. Aprova, em caráter provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios a que se refere a lei n.º 24.700, de 12 de julho de 1934. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 de julho de 2007.

A ratificação pelo Brasil da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, mediante o Decreto n.º 58.824 de 14 de julho de 1966, reconheceu o caráter coletivo da terra indígena, no entanto, ainda operava com parâmetros assimilacionistas.

A normativa internacional determinava, em seu artigo 12, que os índios não seriam deslocados de seus territórios sem seu consentimento, salvo por motivos de segurança nacional e no interesse do desenvolvimento econômico do país (SUESS, 1980, p.109).

A Lei 5.371, de 5 de dezembro de 1967 autorizou a instituição da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) em substituição ao SPI, extinto em razão da crise gerada por inúmeras denúncias de corrupção e investigações administrativas.

Em 1967 a Constituição Federal outorgada durante o Regime Militar incluiu, dentre os bens da União, em seu artigo 4, inciso VI, as terras ocupadas por silvícolas. Em artigo 8, inciso XVII, alínea "o", atribuiu à União a competência para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. No artigo 168 assegura aos indígenas posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais.

Estabelece, ainda, em parágrafos 1º e 2º, a nulidade e extinção dos atos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos indígenas, sem gerar direito à indenização contra a União ou FUNAI.

Apesar da mudança na orientação com relação às constituições anteriores, pois as terras indígenas passavam a ser atribuídas ao domínio patrimonial da União (SOUZA LIMA, 2005, p.50), ainda predominava a visão etnocêntrica no que dizia respeito à definição destas terras.

Nos "Comentários à Constituição de 1967" de Pontes de Miranda (1972, p.539) entende que a exigência constitucional de permanência para configuração da posse indígena envolve a "habitação", argumentando o autor: "Se lá não habitam, não têm posse. Se lá habitam, têm-na".

A Constituição Federal de 1969 não traria modificações com relação aos direitos anteriormente previstos.

A visão ocidental de território como lugar de moradia, habitação, não abrange a cosmovisão indígena, sua dimensão simbólica e política, trazendo óbices para a concretização de direitos de várias etnias, dentre elas, a Guaraní, que será objeto de estudo na próxima seção.

A previsão do procedimento demarcatório previsto pelo Estatuto do Índio (Lei n.º 6001, de 19 de dezembro de 1973) inaugura a perspectiva dos estudos e levantamento de terras indígenas pelo Estado (SOUZA LIMA, 2005, p.51).

O Estatuto do Índio ainda buscava a integração dos índios à “comunhão nacional”³¹. A perspectiva etnocêntrica vigente à época não permitia analisar a redução do tamanho das terras indígenas ou a transferência de povos indígenas de um local para outro³² como uma interferência no seu modo de vida (SOUZA LIMA, 1987, p.175-176).

Os direitos territoriais indígenas estiveram garantidos no plano constitucional desde a segunda constituição republicana, porém sua efetivação sempre foi voltada aos interesses do Estado nacional, que assumia a tarefa de conduzir os povos indígenas à civilização: "Ora, se há um campo indigenista, ele se 'funda' a partir da inexistência [...] do direito à autodeterminação dos povos indígenas" (SOUZA LIMA, 1987, p.197).

Ao tomar a norma estatal como fonte exclusiva de regulação social, a cultura jurídica impunha aos povos indígenas a condição de realização de seus direitos, a partir de sua própria visão de mundo.

Os ideais positivistas buscavam proteger os índios do completo extermínio, mas ao operar de forma paternalista, não aceitava a visão do “outro” na definição e construção dos seus direitos. O panorama dos direitos indígenas sofreria alterações significativas com a atuação do movimento indígena e seus apoiadores na década de 1980, conforme será abordado na subseção seguinte.

³¹ Assim sendo, foi parcialmente recepcionado pela Constituição vigente. No sentido de adequação da legislação aos “novos” direitos indígenas, ainda tramita no legislativo o Projeto de Lei n.º 2057, de 1991, denominado “Estatuto das Sociedades Indígenas”. O acesso ao PL 2057/91 com seus substitutivos pode ser feito pelo sítio do Instituto Socioambiental. Disponível em <www.socioambiental.org/inst/leg/pib.shtm>. Acesso: 29 de fev. 2008.

³² Souza Filho (1987, p.120) informa que nos anos setenta houve várias transferências de povos indígenas para territórios diferentes.

1.4 “Novos” direitos indígenas e a perspectiva do direito à diferença

O histórico do discurso dos direitos indígenas, que se inicia no protagonismo de atores não-índios, ligados ao jusnaturalismo cristão, passando posteriormente pela influência das doutrinas liberais, e no final do século XIX, pelo positivismo, tem base no monismo jurídico e na figura do Estado soberano.

Em sua obra “Pluralismo Jurídico”, Wolkmer (2001) demonstra que o monismo é o padrão de juridicidade que reflete os ideais de certeza e racionalidade do projeto da modernidade burguês-capitalista. O autor entende que há um esgotamento deste modelo diante das transformações advindas com a crise do capitalismo monopolista a partir dos anos sessenta e setenta (WOLKMER, 2001, p.58):

[..] esta supremacia representada pelo estatismo jurídico moderno, que funcionou corretamente com sua racionalidade formal [...] começa, com a crise de Capitalismo monopolista e a conseqüente globalização e concentração do capital atual, bem como com o colapso da cultura liberal-individualista, a não mais atender o universo complexo dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais.

Wolkmer (2001, p.90) destaca que o colapso desta ordenação de inspiração liberal-burguesa explica-se também pela falta de identificação do Direito com as práticas sociais comunitárias, operando com um “sujeito de direito” abstrato, que não acompanha o ritmo das novas demandas sociais.

A privação de bens materiais e não materiais, gerados pelo modelo de desenvolvimento econômico e pelas transformações na sociedade ensejam a reivindicação de “novos” direitos (WOLKMER,2001, p.90).

Na ótica do Pluralismo Jurídico, as manifestações que objetivam conquistar “novos” direitos, constituem, por si, direitos que “a própria comunidade se outorga, independentemente da produção e distribuição legal, institucionalizada pelos canais oficiais do aparelho estatal” (WOLKMER, 2001, p.91).

As novas demandas também surgem em função de necessidades que são históricas e estão sujeitas a constante criação e redefinição (WOLKMER, 2003, p.11-20).

Neste sentido, os direitos indígenas podem ser denominados como “novos”. Conforme demonstra Thais Luzia Colaço (2003, p.75-97) sempre houve previsão legal sobre os povos indígenas ao longo da história do Brasil, no entanto, buscava-se sua assimilação. Para a autora, os “novos” direitos envolvem a dimensão do reconhecimento dos direitos étnico-culturais.

As demandas indígenas destacam-se na atualidade pela reivindicação do direito à diferença, autodeterminação e reconhecimento da normatividade própria. Os “novos” direitos indígenas, a partir das reivindicações dos seus próprios atores, pautam-se no paradigma da alteridade.

O ideal assimilacionista que vigorou na relação entre o Estado e os povos indígenas³³ foi duramente questionado pelo movimento indígena. Caleffi (2003, p.180) aponta a Primeira Reunião de Barbados de 1971, feita por antropólogos e indigenistas, e sua segunda versão, já com a participação de lideranças indígenas em 1977, como marcos na mudança do paradigma da dependência dos povos indígenas com relação ao indigenismo oficial na tutela de seus direitos.

Com o fortalecimento do movimento indígena no período de abertura democrática na América Latina³⁴, foi que se obteve, o reconhecimento da formação multiétnica e pluricultural do Estado-Nação em diversas constituições no

³³ Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1999, p.62-63) reflete que a cultura liberal-individualista adotada na formação dos independentes Estados latino-americanos não reconheceu as diferenças dos povos indígenas, tratando-os como indivíduos formalmente iguais. O autor aponta que os Estados nacionais surgidos no século XIX foram construídos à imagem de seus colonizadores, com Estado único e Direito Único, reprimindo violentamente as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, dentre outras.

³⁴ Segundo José Bengoa, nos anos oitenta começou o processo de organização indígena e na década de 1990 já havia alcançado quase todos os países da América Latina. A “emergência da questão indígena” para o autor apresenta-se, dentre outros, no sentido de que suas demandas “reinventaram-se”, tomando como central o componente identitário, bem como pelo seu destaque na cena pública a partir desta época. V.referências, à p.23.

início da década de 1990³⁵, trazendo à cena pública uma nova concepção de direitos indígenas:

Ao propor uma sociedade multiétnica e multicultural os indígenas não somente questionaram sua própria situação de pobreza e marginalidade, mas também questionaram as relações de dominação da sociedade latino-americana baseadas na discriminação racial, na intolerância étnica e na dominação de uma cultura sobre as outras³⁶ (BENGOA, 2000, p.27, tradução nossa).

Da atuação do movimento indígena e seus apoiadores consagrou-se, no cenário internacional, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho³⁷ de 1989. Este instrumento jurídico é fundamental porque revisou a Convenção n.º 107 de 27 de junho de 1957, que ainda considerava os povos indígenas como “atrasados”.

A Convenção n.º 169 da OIT destaca a importância do reconhecimento dos direitos étnico-culturais e da autodeterminação dos povos indígenas.

Recentemente foi aprovada na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas a “Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”³⁸. Dispõe a Declaração que os povos indígenas têm direito à livre determinação, o direito de preservação de suas próprias instituições políticas, jurídicas, sociais, sem perderem o direito de participarem, da vida política, cultural, social do Estado ao qual pertencem.

³⁵ Dentre estas constituições encontram-se: A Constituição colombiana (1991), a Constituição mexicana, com as reformas de 1992, a Constituição paraguaia (1992), a Constituição reformada da Bolívia de 1994 e a Constituição peruana (1993). Estas informações constam da obra de Juliana Santilli (2005, p.83). A autora afirma que todas essas Cartas rompem com o paradigma do assimilacionismo cultural.

³⁶ Al proponer una sociedad multiétnica y multicultural los indígenas no sólo han cuestionado su propia situación de pobreza y marginalidad, sino que han cuestionado también las relaciones de dominación de la sociedad latinoamericana basadas en la discriminación racial, la intolerancia étnica y en la dominación de una cultura sobre las otras (BENGOA, 2000,p.27).

³⁷ Ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 143 de 20 de junho em 2002.

³⁸ Aprovada em 13 de setembro de 2007. Disponível em:
<<http://daccessdds.um.org/doc/UNDOC/Gen/n06/s12/10/pdf/NO651210.pdf?openelement>>
Acesso:1 março de 2008.

Caleffi (2003, p.186-188) aborda que a formação do movimento indígena nacional deu-se com o suporte do Conselho Missionário Indigenista (CIMI) na reunião desses povos em diversas assembléias ao longo dos anos setenta, culminando com a criação da entidade nacional, "União das Nações Indígenas" (UNI). Em conjunto com a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), o movimento indígena influenciou decisivamente na elaboração do texto constitucional³⁹.

Juliana Santilli (2005, p. 80-81) considera que a Constituição Federal de 1988 "claramente segue o paradigma do multiculturalismo", reconhecendo direitos culturais aos povos indígenas, quilombolas e outras populações tradicionais. Ao superar o modelo universal, assim como os demais campos do saber, a Constituição e passa a reconhecer o espaço do "outro" (PEREIRA, 2002, p.43).

O conceito de Estado-Nação, tão caro à modernidade tem sido desconstruído não somente pela atuação do movimento indígena, como pelos estudos culturais que o identifica em termos de uma "metáfora narrativa" pela qual é forjado o esquecimento do passado (BHABHA,1990, p.310).

O reconhecimento do pluralismo étnico brasileiro e a garantia de direitos culturais aos grupos diferenciados rompem com o passado assimilacionista que buscava a homogeneidade sociocultural do povo dentro do território do Estado-Nação.

A Constituição Federal de 1988 prescreveu ao Estado, em seu artigo 215⁴⁰, o dever de "garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional". Em parágrafo 1º do mencionado artigo, a Constituição é expressa no sentido de proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras.

³⁹ Santos (1995, p.86) destaca que, no cenário da redemocratização do país, as lideranças indígenas exerceram, com apoio de ONGs e associações científicas, legítimas pressões junto aos constituintes no sentido de que assegurassem sua continuidade enquanto etnias, dando especial ênfase à questão das terras tradicionais.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Atualizada até a Emenda Constitucional nº.31, de 14-12-2000.27.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

A Constituição Federal, em seu artigo 216, amplia a concepção de patrimônio cultural ao reconhecer também os bens imateriais referentes à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Juliana Santilli (2005, p.74) verifica que o texto constitucional valoriza a pluralidade cultural e o espírito de democratização das políticas culturais, na busca de concretizar os direitos culturais.

O artigo 231 reconhece expressamente aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Mas, como destaca Santilli (2005, p.80), não adianta estabelecer a proteção das manifestações culturais sem que se assegure aos diversos grupos diferenciados as condições de sobrevivência física e material.

Os direitos indígenas na atualidade podem ser classificados em direitos territoriais, direitos culturais e direito à auto-organização (COLAÇO, 2003, p.93). São um conjunto indivisível de direitos que fazem referência à identidade cultural de um grupo étnico. Segundo Fernando Dantas (2003, p.121-122), os direitos culturais dos povos indígenas vinculam-se aos direitos territoriais, espaço de vivência da comunidade:

O sentido mais expressivo das lutas indígenas pela efetividade dos direitos diferenciados situa-se na integralidade e interdependência desses direitos. Não é concebível qualquer direito cultural se este não se vincular ao território, ao espaço de domínio e desenvolvimento interno dos valores da vida, da sobrevivência física e cultural de cada povo, relacionado ao contexto mais amplo da sociedade e do Estado nacional (grifos nossos).

Os direitos territoriais integram a cosmovisão dos povos indígenas e, portanto, sua identidade, devendo ser reconhecidos pelo Estado de forma a assegurar o seu desenvolvimento cultural, sob pena de negação dos direitos indígenas como um todo. Com base na visão integral entre território e identidade cultural o artigo 231, parágrafo 1º da Constituição Federal define terras tradicionais indígenas:

[.] 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.

O critério antropológico foi abraçado na definição constitucional de terras indígenas (SANTILLI,1999,p.26). A realização dos direitos territoriais indígenas exige a superação da racionalidade formalista do Direito, que deve estar em constante elaboração interdisciplinar com a Antropologia no atendimento da cosmovisão indígena sobre seu território.

Neste sentido, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho protegeu as terras indígenas de forma ampla, reconhecendo a importância dos aspectos simbólicos e espirituais da territorialidade. Assim dispõe sobre o tema:

Artigo 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo terras nos artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que cobre a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou se utilizam de alguma outra maneira.

Na esteira dos “novos” direitos indígenas, o Decreto n.º 1775, de 08 de janeiro de 1996⁴¹ que regulamenta a demarcação de suas terras determinou, em seu artigo 2º, parágrafo 3º, que "o grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases".

A demarcação de terras indígenas é feita mediante procedimento administrativo de caráter declaratório⁴², que toma por base o relatório de identificação e delimitação realizado por um antropólogo, com base nos estudos de um grupo técnico.

⁴¹ BRASIL. Decreto n.º 1775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em <www.socioambiental.org>. Acesso em nov.2006.

⁴² Em artigo 2, parágrafo 8, o Decreto n.º 1775 de 1996 introduziu o contraditório no processo de demarcação de terras indígenas, prevendo prazo para manifestação dos Estados, municípios em que se localize a terra, bem como de terceiros interessados. Aponta a possibilidade de produção de provas que visem demonstrar vícios do relatório ou pleitear indenizações. Esta disposição mereceu críticas por parte de antropólogos e entidades não governamentais por dificultar e alargar os trâmites de demarcação, conforme indica o documento “Políticas Indigenistas em la Historia”. Disponível em <www.indigenista.org/web/cletus/brasil.pdf> Acesso em jun.2007.

A definição das terras indígenas será feita com base na intermediação antropológica expressada no relatório de identificação e delimitação, que por sua vez deverá ter como substrato a concepção territorial indígena, mediante sua imprescindível participação no procedimento demarcatório.

Os direitos territoriais indígenas, assim como os demais direitos fundamentais, encontram-se num plano de embate político que fazem com que sua concretização não seja viável se analisados tão somente do ponto de vista formal.

O estudo histórico dos direitos territoriais indígenas, com base no referencial crítico do pluralismo jurídico comunitário-participativo e o seu estreitamento com a formulação antropológica busca contribuir tanto para a superação do isolamento científico no qual tem se mantido o direito formal, quanto para o desenvolvimento de uma construção teórica interdisciplinar.

Se a pluralidade de interesses conflitantes no procedimento demarcatório pode obstaculizar a realização dos direitos indígenas, a falta de uma sólida construção entre o Direito e a Antropologia pode configurar-se em seu primeiro obstáculo.

Os "processos de territorialização", categoria desenvolvida pela Antropologia, enseja uma definição de território ligada aos processos sociais e políticos que sujeitam o espaço a uma constante resignificação. Esta categoria antropológica deve confluir com a teoria do pluralismo jurídico, que se coloca como referencial de estudo na produção da normatividade⁴³ a partir dos próprios atores sociais.

Diante da nova perspectiva da alteridade há necessidade de se superar a barreira existente entre a visão antropológica, que admite a dimensão cultural, simbólica e política da territorialidade indígena e os estreitos limites do direito positivista, que perpetua as desigualdades históricas com base no mito da neutralidade e na postura formalista.

Márcio Santilli (1999, p.35) confirma a distância entre a previsão formal de direitos e a dinâmica da realidade política e social:

⁴³ Para diferenciar o pluralismo jurídico comunitário-participativo do pluralismo "desenfreado" da desregimentação neoliberal, Wolkmer (2001, p.181-182) destaca que esta proposta para o Direito deve, nas sociedades latino-americanas, "examinar atentamente o fenômeno Estado, suas modificações funcionais e matizes recentes". Neste sentido, a proposta do Pluralismo deve coexistir com um Estado devidamente "transformado, controlado e ordenado pela sociedade democrática".

[...] o fato de os direitos territoriais indígenas serem reconhecidos como originários e os procedimentos demarcatórios terem caráter jurídico meramente declaratório não garante um curso linear aos processos de identificação e de demarcação das terras indígenas que se limite ao fluxo de providências burocráticas e administrativas.

A visão que parte dos antropólogos têm sobre o Direito e seus procedimentos formalistas justifica-se diante da longa tradição positivista dos juristas, com a pretensão de ser um sistema fechado e coerente de normas elaboradas a partir de um centro único, dotado de racionalidade e neutralidade.

Paulo Santilli (2001, p.193) observa que “[..] o processo judicial se constrói como universo fechado, dotado de lógica própria, a lógica jurídica, que, na maioria das vezes, não reflete as realidades sociais e políticas de que trata.

O desenvolvimento do conceito de terras indígenas é uma tarefa interdisciplinar. Dentro da perspectiva pluralista, o Direito deixa de trabalhar com dogmas para ser um saber dinâmico em imprescindível diálogo com outros campos das ciências humanas.

Fariñas Dulce (2003, p.198-199) critica o racionalismo ocidental que trabalha com a ficção monista, exercendo a função ideológica de ocultamento das diferenças e de imposição dos valores do grupo dominante, buscando estabelecer uma verdadeira hegemonia cultural.

Deborah Duprat Pereira (2002, p.41-47) pondera que a igualdade formal dos ideais iluministas que inspiraram o Direito moderno sofre um processo de questionamento juntamente com os paradigmas do conhecimento científico da modernidade.

A universalidade do Direito não está alheia à experiência da sociedade concreta, nas palavras da autora, “antes de ser universal é contingente, buscando atualidade a cada aplicação” (PEREIRA, 2002, p.43).

Assim como a Antropologia surgiu de uma matriz etnocêntrica (PEIRANO, 1992, p.237), o Direito a acompanhou buscando instrumentalizar a submissão dos povos indígenas aos valores de uma sociedade hegemônica, por meio da tutela indígena e da visão limitada sobre suas terras, buscando sua sedentarização e assimilação.

O pluralismo jurídico comunitário-participativo apresenta-se como um novo horizonte cultural para o Direito, pois atribui a centralidade da produção normativa na atuação dos novos atores sociais. Sem deixar de reconhecer as conquistas positivadas em direitos, vislumbra um deslocamento dos modelos teóricos centrados no Estado para a *práxis* cotidiana dos atores sociais.

No marco pluralista, os direitos territoriais indígenas, assim como a própria produção da juridicidade estatal colocam-se na cena pública pelos atores indígenas para serem debatidos politicamente⁴⁴.

Na definição de terras indígenas, na perspectiva do pluralismo jurídico pode ser colocada ao lado da conceitualização antropológica, para concordar com o argumento de João Pacheco de Oliveira (1998, p.291) pelo qual sua concretização pelo Estado "não pode ser pensada ou descrita segundo as coordenadas de um fenômeno natural".

O diálogo entre o Direito e a Antropologia é fundamental na construção dos "novos" direitos indígenas. Para que seja superada, no plano fático, a mentalidade assimilacionista, a demarcação deve, antes de tudo, encontrar sua legitimidade na participação indígena e no respeito à sua cosmovisão.

⁴⁴ SOUSA SANTOS demonstra como o conceito de cultura tem se tornado um espaço de lutas políticas. Conforme referências.

2 TERRA INDÍGENA: O DIREITO E A ANTROPOLOGIA

Na seção anterior tratou-se da historicidade dos direitos indígenas e do abandono do discurso assimilacionista na relação entre Estado e povos nativos, o que impedia a possibilidade de efetivação dos direitos territoriais, dentro do paradigma da alteridade.

A mudança operada pela normativa internacional e pela Constituição Federal não significa que os direitos indígenas passaram a ser tratados de forma a garantir direitos étnico-culturais. A realização dos “novos” direitos impõe ao Estado o “postulado da inteligibilidade” (PEREIRA, 2002, p.45-46), pelo qual a cosmovisão indígena deve ser observada com a ajuda da mediação antropológica.

Assim como o Direito, a Antropologia também está inserida num contexto sociocultural que influencia sua configuração. Seu foco de estudo é o homem e a cultura, mas conforme leciona Peirano (1992, p.235-250), a Antropologia apresenta várias versões, podendo ser denominada como “Antropologia no plural”.

Assim, na presente seção faz-se a análise dos direitos territoriais indígenas, a partir da visão crítica do pluralismo jurídico sobre a construção monista dos direitos, estabelecendo uma ponte com a perspectiva antropológica da etnicidade ligada aos processos de territorialização, inserindo o território em sua dimensão social e política.

2.1 ORIGINARIEDADE: FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1.1 Regime jurídico: breves considerações dogmáticas

Na abordagem do regime jurídico das terras indígenas faz-se necessário, preliminarmente, estabelecer a diferenciação existente entre os fundamentos jurídicos das terras tradicionais e de áreas reservadas.

A categoria das terras tradicionais são reconhecidas como "direitos originários" dos povos indígenas, encontrando fundamento jurídico no Instituto do Indigenato, que deita raízes ao tempo do Brasil colonial.

As áreas reservadas, previstas no Estatuto do Índio, são espaços estabelecidos pelo poder público visando a posse indígena. Diferentemente das terras tradicionais, não constitui, necessariamente, terras reconhecidas com base em posse indígena originária.

A diferenciação apontada foi estabelecida pela Lei n.º 6.001 de 19 de dezembro de 1973, Estatuto do Índio, que prevê três tipos de terras indígenas: terras ocupadas⁴⁵, áreas reservadas e terras de domínio das comunidades indígenas.

Inserido no contexto integracionista, O Estatuto do Índio trazia a definição de terras tradicionais de forma mais contida do que o faz hoje a atual Constituição.

Em artigo 23 deixava de abranger os aspectos culturais e simbólicos da territorialidade, pois considerava na posse indígena as terras de ocupação efetiva, abrangendo áreas de habitação ou exercício de atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil, de acordo com os usos, costumes e tradições.

Artur Nobre Mendes (2002, p.13), antropólogo e ex-diretor de assuntos fundiários da FUNAI, alerta que as terras indígenas tradicionais correspondem à grande maioria das terras indígenas no Brasil, sendo que as demais categorias configuram exceções à regra, constituindo, segundo o autor, apenas 2% (dois) das terras indígenas existentes.

Historicamente, as áreas reservadas tiveram diferentes objetivos como dar proteção, integrar, aldear. Souza Filho (1999, p.130) aponta que houve a criação de áreas reservadas; onde, na verdade, tratava-se de terras tradicionais indígenas.

⁴⁵ Ao abordar as terras "ocupadas", o Estatuto do Índio, em artigo 25, reconhecia a posse indígena, independentemente da demarcação operada pelo Estado. De tal forma, Souza Filho (1999, p.129) esclarece que a categoria denominada pelo Estatuto do Índio como "terras ocupadas" corresponde ao que a Constituição denomina hoje por "terras tradicionais" indígenas.

As terras de domínio indígena, terceira categoria prevista no Estatuto do Índio, têm seu fundamento na aquisição de titularidade da terra pela comunidade indígena, valendo-se de meios previstos na lei civil, como, por exemplo, a compra e venda.

Apesar dos diferentes fundamentos jurídicos, em se tratando de terra tradicional, área reservada ou domínio indígena, uma vez que sejam caracterizadas como terra indígena, passam a gozar de todos os atributos e garantias previstos na Constituição Federal (SOUZA FILHO, 1999, p.130).

Com base na análise do parágrafo único do artigo 33 do Estatuto do Índio, que veda usucapião nas terras de propriedade coletiva indígena, Souza Filho (1999, p.132) defende que as regras de direito privado tampouco atingem as terras de domínio indígena, estando igualmente sujeitas ao regime jurídico das terras indígenas.

Uma vez estabelecidas as diferentes categorias de terras indígenas com base em seus diferentes fundamentos, e tomando como ponto de partida que todas gozam das garantias constitucionais, passa-se a abordar seu regime jurídico.

Os direitos territoriais indígenas são considerados direitos coletivos, por pertencerem a um grupo determinado de pessoas, unidas por uma relação jurídica base (LOPES, 2006, p.225).

Apesar de ser um direito coletivo, a apropriação da terra será feita de acordo com os usos e costumes dos povos indígenas, em razão de seu direito à auto-organização (Souza Filho 1999, p.122).

As terras indígenas apresentam um regime diferenciado do sistema de propriedade comum, pois integram o patrimônio da União, tendo os povos indígenas o direito à posse permanente.

Os povos indígenas gozam do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos em suas terras, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 231 da Constituição Federal.

Por integrarem o patrimônio da União, as terras indígenas, conforme dispõe o parágrafo 4º do artigo 231 da Constituição, são consideradas inalienáveis, indisponíveis e o direito sobre elas, imprescritíveis.

Aspecto essencial da posse indígena é que esta não se transforma em propriedade pela prescrição aquisitiva e, especialmente, "se opõe de forma absoluta à propriedade de terceiros, desconstituindo-a" (SOUZA FILHO, 1982, p.94).

A Constituição Federal assim prescreve no artigo 231, parágrafo 6º: "são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo".

A desconstituição de títulos de terceiros não-índios prevista na norma constitucional é um ponto nevrálgico para o direito moderno, com sua base fincada na propriedade privada e nos procedimentos formais de aquisição de domínio.

Tratando do tema da validade de títulos de aquisição de terras indígenas por terceiros, ainda sob a égide da constituição anterior, Dalmo de Abreu Dallari (1980, p.10) já esclarecia que tal problema inexistia porque não é possível alegação de direitos adquiridos contra a Constituição:

[...] ainda que se admita que tenha sido regular a aquisição daquelas terras, no momento em que ocorreu, gerando para os adquirentes um direito de propriedade, esse direito não foi ressalvado pela nova Constituição e é contrário a ela. Assim, portanto, não pode prevalecer.

Em razão da previsão constitucional de nulidade, enuncia Dallari (1980, p.10) que alguém que tivesse obtido terras ocupadas por índios mediante qualquer título (compra, herança, doação, permuta) ficaria sem este direito no momento em que a Constituição entrou em vigor.

O regime jurídico das terras indígenas é estabelecido de forma a conferir ampla proteção aos direitos territoriais, independentemente de qual fundamento jurídico derivem, seja em razão de direitos originários, de reservas estabelecidas pelo poder público ou por se tratar de áreas adquiridas pelos povos indígenas por meios civis.

A dificuldade está em fazer com que o Direito, em sua versão monista, aceite a construção do conceito de tradicionalidade, com base na dinamicidade apontada pela Antropologia, como será visto em próxima seção.

Do ponto de vista formal-tecnicista, sem estabelecimento de diálogo com a Antropologia, o Direito ainda reúne o conceito de direitos territoriais indígenas à idéia da imemorialidade da ocupação, já combatida por parte da doutrina, como por exemplo, pelo constitucionalista José Afonso da Silva (1993, p.45-50).

2.1.2 Fundamentação das terras tradicionais no contexto monista

Nos primeiros anos do século XX, em meio às disputas fundiárias desencadeadas pela expansão territorial, o jurista João Mendes Junior, baseando-se no conceito de direitos originários, sustentou a tese de que as terras indígenas estariam resguardadas do regime de sesmarias que fora imposto pelo colonizador.

O conceito de direitos originários, também denominados de direitos congênitos, foi tratado de forma detalhada pelo autor em obras como “Direito judiciário brasileiro” e “O processo criminal”, onde os define em contraposição aos direitos que considera adquiridos.

No entendimento de Mendes Junior, são congênitos os direitos cujo os títulos de legitimidade residem na própria existência do homem. Dentre eles estariam o direito à vida, liberdade, defesa, habitação, locomoção.

Os direitos adquiridos, para Mendes Junior (1954, p.16), encontrariam sua fundamentação em algum título resultante da ação humana, "é sempre um fato estabelecido pelo homem [...] do qual resultam direitos e obrigações".

Marco Antonio Barbosa (2001, p.55) pondera que Mendes Junior teve o mérito de ter sido o primeiro a pensar os direitos territoriais indígenas dentro

da lógica do sistema jurídico ocidental implantado no Brasil, sendo que suas idéias são ainda hoje operacionais para resguardar direitos diante dos tribunais.

A construção de Mendes Junior fez-se veicular por meio de conferências realizadas na Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios, em 1902. Essas conferências foram publicadas em 1912, na obra “Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos”, sendo esta a fonte utilizada neste trabalho.

As conferências de Mendes Junior ocorreram no contexto do surgimento do discurso indigenista oficial no país, no qual se debatiam as correntes positivistas e àquelas ligadas à Igreja Católica.

Os defensores positivistas buscavam a integração do índio pela atuação leiga do Estado e os atores ligados à Igreja entendiam necessária a atuação religiosa, para eles considerada desinteressada. Catequese ou civilização, essa era a grande questão colocada.

Sem deixar de render elogios à iniciativa do Ministro da Agricultura Rodolpho Miranda na criação de um órgão estatal específico de proteção aos índios, Mendes Junior (1912, p.72) seguia a linha adotada pela entidade da qual fazia parte, a Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios, declarando-se partidário da atuação missionária:

Entendo mesmo que os leigos podem também concorrer ao serviço da civilização, certos, entretanto, de que, não só para a Religião, como para outras cousas que exigem tenacidade de sacrifícios, sem um lucro pessoal imediato, essas Ordens são insubstituíveis, posto que não devam ser dispensadas de assistência e inspeção.

Apesar dos diferentes posicionamentos com relação a melhor política indigenista, a defesa dos direitos desses povos pautava-se no paradigma evolucionista, buscando a integração dos índios aos padrões da cultura ocidental.

O evolucionismo social, derivado da revolução darwiniana na biologia, entendia os fatos sociais com base numa relação "simples-complexo", sendo que nessa escala os povos indígenas estariam em fase inicial de desenvolvimento.

Em meio ao universo de teorias racistas, Mendes Junior posicionava-se contrário aos argumentos pelos quais este fator seria determinante das virtudes intelectuais e dos caracteres morais da pessoa.

O autor negava que se pudesse deduzir a capacidade mental e o vigor das raças por meio de análises científicas, com base em estudos sobre o volume ou peso de crânios (MENDES JUNIOR, 1912, p.51).

Fiel à sua condição católica, esposava-se na doutrina tomista, a exemplo dos teólogos espanhóis da Segunda Escolástica, para defender a humanidade do índio:

[...] ocorre que propriamente a potencia intelectual não se transmite pela virtude seminal, mas por uma causa externa [...] e a doutrina católica, deduzida da geogonia mosaica, confirma aquela observação do Filósofo, afirmando que a alma intelectual, em cada individuo é uma criação direta de Deus. (MENDES JUNIOR, 1912, p.51).

Ao mesmo tempo em que Mendes Junior (1912, p.51) buscava afastar-se do cientificismo reinante na época, não deixava de participar da consagração do "tipo nacional", exaltando a riqueza da miscigenação do elemento indígena com o europeu:

A alma do descendente de indígena cruzado com europeu, é tão vigorosa, e às vezes mais vigorosa do que a alma do puro europeu ou do puro indígena; e tem a vantagem de unir a ambição do europeu à longanimidade do indígena, temperando uma pela outra.

Em sua "Historia da inteligência brasileira", Wilson Martins (1977, p.461) aponta que diversos autores levantavam-se a favor da mestiçagem como solução para a questão nacional, dentre eles o diretor do Museu Nacional, o médico João Batista de Lacerda.

Na terceira conferência denominada "Situação dos índios depois da Independência", Mendes Junior constrói, com base no estudo aprofundado da legislação colonial, a legitimação jurídica dos direitos territoriais indígenas, utilizada ainda hoje na fundamentação destes direitos.

Observando o sistema de terras implementado por Portugal na Colônia, o regime das sesmarias, defende Mendes Junior que o Alvará de 1º de abril de 1680 reservou direitos originários aos índios.

Em 1822, com a proibição das concessões de sesmarias, aponta-se para um período do regime de posses no Brasil. Somente no final do século XIX, com a Lei n.º 601 de 1850, "Lei de Terras", o Estado buscou regulamentar o sistema fundiário com base em titulação formal mediante o registro de terras.

A partir desta lei, os denominados "grileiros" pretendiam ocupar terras indígenas com a exibição de registro, o que foi fortemente refutado por Mendes Junior (SILVA, 1993, p.48).

O autor refletia acerca do problema social causado, pois os índios não poderiam praticar, por si, os atos para legitimação e registro de suas terras. Dá conta de que estes foram sendo expulsos mediante uso da força, com "muitas lutas e carnificinas" (MENDES JUNIOR, 1912, p.56-57).

A defesa dos direitos territoriais indígenas traçada por Mendes Junior era no sentido de que a Lei de Terras, que institui o regime de registro como título legítimo de aquisição, não se aplicaria aos índios.

Diante de conflituosa situação fundiária, Mendes Junior sustenta que os direitos territoriais indígenas fundamentavam-se no Instituto do Indigenato, pelo qual a posse das terras indígenas era um direito originário e congênito, independente de qualquer formalidade legal.

Desta forma, a solução jurídica para os conflitos de terra entre índios e posseiros, segundo Mendes Junior, não se resolveria com a base na titularidade formal do registro, mas em fatores como cultura, morada habitual.

Em sua construção teórica, o autor antecipa, em certa medida, os elementos que seriam considerados posteriormente pelo órgão estatal na caracterização da tradicionalidade de terras indígenas.

Seu pensamento é construído com base na legislação colonial e na doutrina do Indigenato pelo qual se entende que deveriam ser resguardados os direitos territoriais dos povos originários, quando submetidos à conquista.

Mendes Junior (1912, p.58) esclarece que o direito à posse aborígine era reconhecido desde os romanos. Aponta que as leis coloniais portuguesas faziam a distinção entre "aborígines" do lugar, a partir dos quais era possível formar um aldeamento, mas não submetê-los à colonização.

O Indigenato, enquanto fundamentação jurídica da posse territorial, é um título que independe de legitimação. Por seu turno, a ocupação é um título de aquisição baseado em fato posterior, que somente pode ter por objeto as *rei nullis* (que nunca tiveram dono) e os *rei derelictae* (coisas abandonadas), estando sujeitas à legitimação.

Neste sentido, as terras indígenas são congenitamente apropriadas, não poderiam ser consideradas abandonadas ou terras sem dono ou, ainda, que estes tivessem ocupando as terras que, na verdade, são-lhes primárias.

Diante da reserva estabelecida pelo Alvará de 1680, da Lei de Terras e seu regulamento, o Decreto n.1318 de 30 de janeiro de 1854, Mendes Junior (1912,p.59) defende que a posse aborígine não se sujeita à legitimação formal.

A construção teórica de Mendes Junior foi importante no sentido de esclarecer que as terras originárias não se confundem com terras devolutas destinadas à colonização indígena (aldeamento), previstas no artigo 12 da Lei de Terras. Neste sentido, a Lei de Terras também seguiu reconhecendo os direitos originários.

O que se verifica no "espírito" e na "letra da lei", nas expressões do autor, é que nem mesmo as terras possuídas por "hordas selvagens" deveriam ser consideradas devolutas (MENDES JUNIOR,1912, p.60).

José Reinaldo Lima Lopes (2002, p.77) destaca que as conferências de Mendes Junior foram proferidas no contexto da transferência das terras devolutas ao domínio dos estados federados (artigo 64 da primeira Constituição Republicana) que passaram a incorporar as terras indígenas, tratando-as como devolutas, por pressão dos grupos econômicos.

Em sua argumentação, Mendes Junior é enfático no sentido de que as terras do Indigenato não poderiam ser tratadas como terras devolutas (1912, p.62):

Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do Indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1960 e por dedução da própria Lei de 1850 e do artigo 24, parágrafo 1º do Decreto de 1854.

Não se pode perder de vista que o pensamento de Mendes Junior (1912,p.68) filia-se ao direito liberal-individualista moderno e que para o autor, os direitos à posse indígena são direitos individuais, caracterizando-os, ainda, como naturais e positivados.

A partir deste importante trabalho, o instituto do Indigenato é tomado como fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas. A Constituição Federal de 1988, na esteira teórica de Mendes Junior, os reconhece como "direitos originários", imprimindo-lhes um novo paradigma: a garantia do direito à identidade cultural.

Este novo paradigma da alteridade deve instar o pensamento jurídico para uma nova fundamentação dos direitos territoriais indígenas. É preciso legitimar o direito à terra indígena não mais numa visão jusnaturalista, na qual o Estado é instituidor das regras jurídicas e sociais, operando a partir de uma ordem anteriormente dada.

Os direitos territoriais indígenas devem ser, ao contrário, pensados e efetivados à luz de uma teoria pluralista, que reconheça as diferentes visões de mundo e dê centralidade aos atores indígenas na produção de seus direitos.

2.1.3 Pluralismo jurídico e fundiário

A fundamentação teórica dos direitos territoriais indígenas foi elaborada em consonância ao ideal de integração desses povos ao padrão cultural ocidental. Ainda que se pensasse num direito indígena anterior à ordem positivada, era no marco estatal e sob a ótica evolucionista que se buscava a demarcação.

Souza Lima (2005, p.33), em artigo que cuida da identificação de terras indígenas enquanto categoria histórica, pondera que ao tempo da criação do Serviço de Proteção aos Índios havia uma "defesa genérica" do direito às terras e à justiça para os povos indígenas do Brasil. A proteção oficial era pensada dentro da perspectiva da transitoriedade do ser indígena.

Do ponto de vista jurídico, os direitos territoriais indígenas ainda carecem de uma análise pluralista, de base interdisciplinar, que tome como objetivo o respeito à alteridade e coloque no centro do procedimento demarcatório os povos indígenas enquanto sujeitos históricos.

O direito à terra é apontado por diversos autores como a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos. (SOUZA FILHO,1999, p.119-120; SANTILLI,1999).

A territorialidade, categoria antropológica que será abordada a seguir, é um elemento próprio de sobrevivência dos povos indígenas, sem a qual ficam sujeitos à perda de suas referências culturais (RAMOS, 1988, p.13).

No direito moderno, o termo "território" assumiu a conotação de espaço sobre o qual o Estado exerce sua soberania, aplicando a norma produzida com exclusividade pela fonte monista.

Desta forma, a categoria jurídica "terra" tem sido utilizada para indicar o espaço vital dos povos indígenas, por repugnar aos juristas tratá-las por território, e aos grupos indígenas, por povos (SOUZA FILHO,1999, p.121).

Ainda que não se trate de soberania estatal na sua acepção moderna, a norma constitucional e internacional asseguram aos povos indígenas o seu direito de autodeterminação e auto-organização.

O jurista Souza Filho aponta a dificuldade da compreensão do significado da terra indígena dentro de uma visão dogmática do Direito. Cláudio Alberto Gusmão Cunha (2000, p.13-14), em dissertação apresentada na Universidade Federal da Bahia, também alerta sobre a dificuldade de tratar os direitos indígenas dentro dos parâmetros genéricos da lei.

Barbosa (2001, p.119) postula que na compreensão da categoria “terra indígena” é imprescindível que se supere o evolucionismo social, que, segundo o autor, ainda é base do pensamento e da análise jurídica.

Esta superação deve ser feita, segundo o Barbosa (2001, p.119), pelos "caminhos atuais da antropologia jurídica, que trabalha com a idéia de sistemas mistos de direito"⁴⁶.

Em dissertação defendida na Universidade de São Paulo, Barbosa (2001, p.121-122) adverte que os direitos territoriais não se afastam da necessidade de reconhecimento e respeito à diversidade cultural.

O autor, advogado militante em direitos indígenas, destaca que os juristas têm procurado fazer valer as regras estatais para garantir o direito à terra, mas entende que é importante a análise meticulosa dos direitos territoriais sob o ponto de vista do pluralismo jurídico (BARBOSA, 2001, p.121-122).

A questão das terras indígenas deve ser pensada, segundo reflete o antropólogo Paul Little (2002), dentro do conjunto da diversidade fundiária existente no Brasil, decorrente da própria diversidade sociocultural que abarca realidades territoriais tão diversas como comunidades quilombolas, povos ribeirinhos, sociedades tradicionais.

As reivindicações territoriais de povos indígenas, das comunidades quilombolas e das sociedades tradicionais têm aberto ao campo antropológico o estudo de diferentes processos de ocupação, destacando, assim, concepções territoriais diversas daquelas determinadas no marco do Estado.

Em “Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade”, Paul Little (2002) busca focar as semelhanças existentes entre os grupos diferenciados dentro do Estado-Nação, vinculando-as às suas reivindicações e lutas fundiárias.

A territorialidade faz parte de todos os grupos humanos, sendo definida como "o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e

⁴⁶ Barbosa (2001, p.15) denomina “sistema mistos de direito” a coexistência no tempo e espaço dos sistemas jurídicos das sociedades tradicionais e da sociedade moderna. Para o autor, a Antropologia Jurídica contribui para desconstrução da idéia de que o sistema jurídico da modernidade, baseado no Estado, é superior ao sistema das sociedades tradicionais.

se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu 'território' ou *homeland*" (LITTLE, 2002).

O conceito de cosmografia ganha destaque no pensamento do autor porque abrange o conjunto de saberes, ideologias e identidades, de que, historicamente situados, vale-se o grupo na definição de seu território. Little (2002) pondera sobre o termo:

A cosmografia de um grupo inclui seu regime de propriedade, os vínculos afetivos que mantém com seu território específico, a história da sua ocupação guardada na memória coletiva, o uso social que dá ao território e as formas de defesa dele.

A existência dos múltiplos territórios sociais no Estado brasileiro enfocada pelos estudos antropológicos tomam por base a pluralidade de concepções fundiárias e podem colaborar na fundamentação dos "novos" direitos territoriais indígenas, que não encontram respostas satisfatórias dentro do enfoque monista.

Se o processo de expansão de fronteiras territoriais impôs como regra a propriedade privada, resguardando apenas os "direitos genéricos" aos povos indígenas, a realidade da pluralidade fundiária apresenta-se como um fato social e político que emerge da reivindicação dos novos atores sociais.

As territorialidades sociais reivindicadas pelos grupos diferenciados, que buscam preservar sua identidade cultural, apoiados em sua relação especial com a terra, devem ser respeitadas e protegidas pelo Estado democrático de inspiração pluralista.

Ao tratar das novas fontes de produção jurídica na perspectiva do pluralismo comunitário-participativo, Wolkmer (2001, p.151) entende que a nova cultura político-jurídica deve buscar legitimidade e eficácia na prática dos novos sujeitos sociais.

O caminho traçado pela doutrina dos direitos originários dos povos indígenas, que propicia que a tradicionalidade se coloque contra o Estado e contra a titulação formal de registros particulares, teve e ainda tem sua importância na efetivação dos direitos indígenas.

No entanto, o princípio pluralista adotado pela Constituição Federal exige um alargamento da visão jurídica para aproximar-se da diversidade fundiária, derivada da realidade pluriétnica e multicultural brasileira.

Na visão de Antonio Carlos Wolkmer (2001, p.152) a produção de juridicidade deve estar ligada às necessidades fundamentais e à convivência das diferenças, ponderando que:

[..] a produção jurídica não pode deixar de retratar o que a própria realidade dimensionaliza, bem como de corresponder às reais necessidades da sociedade em dado momento histórico, moldando-se às flutuações cíclicas que afetam também os demais fenômenos do mundo cultural.

O pluralismo jurídico apresenta-se tanto como referencial de estudo, quanto uma proposta de um novo fundamento para o Direito.

Além de contemplar a positivação de “novos” direitos derivados das demandas dos atores sociais, também prioriza a análise de fundamentos éticos e sociológicos do Direito, em detrimento de critério técnico-formais (WOLKMER, 2001, p.183).

A teoria dos direitos originários, caudatária do jusnaturalismo, ainda é de fundamental importância na defesa dos direitos territoriais indígenas, como apontado por Marco Antonio Barbosa (2001, p.55).

No entanto, ao inserir a demanda indígena por terra no cenário das múltiplas identidades e diversidades fundiárias descrita por Little (2000), verifica-se a necessidade da releitura de seus fundamentos jurídicos, com apoio na visão antidogmática e interdisciplinar proposta em Wolkmer (2001).

O avanço na construção teórica dos direitos territoriais indígenas, já estabelecida a partir da demanda por alteridade feita pelo próprio movimento indígena, pode ser desenvolvido no Direito com apoio interdisciplinar da Antropologia e com a participação constante dos povos indígenas na tradução e produção dos seus direitos, conforme acena o pluralismo jurídico comunitário-participativo.

2.2 TRADICIONALIDADE: A VISÃO ANTROPOLÓGICA

2.2.1 Identidade étnica e afirmação territorial

Ao analisar a historicidade da identificação de terras indígenas, Souza Lima (2005, p.29-32) parte do princípio de que a ação fundiária estatal surgiu com base no ideal integracionista e no marco da tutela.

A identidade étnica, bem como a capacidade jurídica dos diversos povos indígenas, era definida pelo Estado, cuja categorização era traçada a partir de sua relação com a terra⁴⁷.

A construção etnocêntrica atribuía territorialidade aos índios a partir do momento em que deixassem o "nomadismo primitivo". A fixação era vista como um estágio mais avançado que mereceria a proteção estatal. A sedentarização era importante para o Estado integracionista, que objetivava transformar o índio em trabalhador nacional (SOUZA LIMA, 2005, p.32-33).

Em movimento contrário à tradição assimilacionista, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a organização social, a cultura, os costumes e línguas indígenas, admitindo o pluralismo existente no território do Estado-Nação.

Isto trouxe conseqüências na realização de seus direitos, em especial, na demarcação das terras indígenas, que hoje deve ser pensada a partir das reivindicações desses povos, em respeito ao pluralismo étnico-cultural.

Na definição de terras indígenas deve ser considerada a sua cosmovisão sobre seu território. Assim esclarece José Afonso da Silva (1993, p.47) quanto aos elementos de caracterização das terras tradicionais indígenas definidos na Constituição Federal.

A avaliação de elementos como a ocupação permanente, atividades produtivas, reprodução física e cultural, deve ser feita segundo os usos e costumes indígenas, ou seja, dentro de sua tradicionalidade.

⁴⁷ De acordo com o Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928, abordado na primeira seção.

Neste ponto é que se revela que o termo tradicional está intimamente ligado ao modo de ocupação da terra indígena, não se referindo a uma dimensão temporal, ou imemorial de ocupação (SILVA, 1993, p.47).

O termo tradicionalidade resultou de acordo obtido no âmbito da Assembléia Constituinte para superar o embate entre "terra ocupada" e "terras permanentemente ocupadas".

Segundo Santilli (1999, p.26) os adversários dos direitos indígenas tinham a intenção de inserir o critério de antigüidade, por meio da expressão "terras permanentemente ocupadas", o que prejudicaria os índios que tinham sido expulsos de suas áreas.

Ao entendimento do jurista José Afonso da Silva sobre a interpretação dos elementos das terras indígenas segundo a tradicionalidade, junta-se também Márcio Santilli (1999, p.26) para quem "o critério geral que envolve e amarra os quatro elementos [de terra tradicional indígena] é o dos usos, dos costumes e das tradições".

Montanari Junior (2005, p.34), em dissertação apresentada na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina afirma que a tradicionalidade é um dos elementos constitutivos de terra indígena, esclarecendo que esta deve ser vista sob a "ótica antropológica".

Apesar do autor reforçar seu entendimento sobre o sentido da dinamicidade das tradições, que se altera "de acordo com o tempo, lugar e contato com outras culturas" afirma que os direitos originários devam ser garantidos aos índios que "hoje vivam sob a tradicionalidade cultural, e não àqueles que perderam tal traço ou não sobreviveram às agruras do progresso" (MONTANARI JUNIOR, 2005, p.33).

A importância da categoria "tradicionalidade", que tem como consequência jurídica o reconhecimento de direitos territoriais indígenas, merece o aprofundamento no que tange à construção das identidades étnicas.

A relação que se estabelece entre identidade étnica e direitos territoriais é imprescindível para afastar, principalmente do operador do Direito, o risco da reprodução do que Oliveira Filho (1999 b, p.12) denomina por "etnologia das

perdas" e "ausências culturais", que tantos prejuízos trouxeram aos povos indígenas.

Conceitos típicos da ideologia assimilacionista, como "morte cultural" ou "reminiscências indígenas", podem constituir verdadeiros óbices à realização dos direitos de diversos grupos étnicos, cujos costumes e tradições são constantemente revisitados em razão da dinamicidade cultural e de estratégias de sobrevivência.

Cláudio Cunha (2000, p.16) recorda que a identidade étnica foi muitas vezes negada aos índios com a finalidade de afastar pretensões territoriais com base na extinção de "traços culturais", como ocorreu no caso dos *Pataxó* do sul da Bahia.

Viveiros de Castro (1982, p.34) também tece críticas a supostos "critérios de indianidade" nos quais a FUNAI pretendeu basear-se para emancipação da tutela indígena nos anos 80: "Do ponto de vista antropológico, é preciso ser enfático", expõe o autor, "não existem critérios de 'indianidade' em si".

Em elucidativo parecer sobre o tema suscitado acima, o caso dos índios *Pataxó*, Manuela Carneiro da Cunha (1987, p.111) afasta critérios exclusivamente objetivos para configuração da identidade indígena. A antropóloga nega que a atribuição étnica possa ser feita com base em meros "traços culturais" indicando a auto-identificação e hetero-identificação como critério mais adequado:

Na realidade, a antropologia social chegou à conclusão de que os grupos étnicos só podem ser caracterizados pela própria distinção que eles percebem entre eles próprios e outros grupos com os quais interagem. Existem enquanto se consideram distintos, não importando se esta distinção se manifesta ou não em traços culturais (CUNHA, 1987, p.111).

A autora assevera que o critério cultural para definição de etnias deve ser usado adequadamente, o que implica afastar, primeiro, a idéia de cultura como uma característica primária; quando ela é conseqüência da organização do grupo e, segundo, de supor que a cultura partilhada é a cultura ancestral (CUNHA, 1987, p.115).

A naturalização do conceito de cultura promoveu a visão do índio como um ser "primitivo", uma representação que está ligada às manifestações

literárias, artísticas e à política oficial indigenista (OLIVEIRA FILHO, 1999a, p.174-175).

Esta visão constitui, nas palavras de João Pacheco de Oliveira Filho (1999a, p.115), uma verdadeira "maldição" aos povos indígenas, pois uma vez em contato com o "homem branco", deixam de ser considerados "puros", e são tratados como se a identidade indígena tivesse sido perdida.

O antropólogo alerta que esta perspectiva abre um perigoso espaço para que o Estado ceda a pressões de interesses particulares, e, sem o rigor científico, classifique os índios com base em preconceitos (OLIVEIRA FILHO, 1999a, p.116).

Diante de injustiças geradas em função de critérios de identificação étnica imposta pelos Estados nacionais, a normativa internacional encaminhou-se para a adoção do critério da auto-identificação na definição de povos indígenas.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em artigo 1.2, reconhece que o critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam suas normativas deve ser a consciência da identidade indígena.

A perspectiva da primazia da auto-identificação do grupo em detrimento de análise de meros "traços culturais" está de acordo com a concepção de cultura enquanto algo essencialmente dinâmico e constantemente reelaborado por seus atores.

Manuela Carneiro da Cunha (1987a, p.116) conclui que "A cultura, portanto, em vez de ser o pressuposto de um grupo étnico, é de certa maneira produto deste".

A compreensão de que a tradicionalidade apresenta-se de forma dinâmica é fundamental para concretização dos direitos territoriais indígenas. Para Oliveira Filho (1999a, p.111), este é o único critério que a Constituição Federal utiliza para definição da terra indígena, ou seja, o lugar onde "os índios exerçam de modo estável e regular uma ocupação tradicional", isto é, utilizem a terra de acordo com seus usos e costumes.

É fundamental que se compreenda que cada cultura tem uma lógica própria ao seu sistema, e ao contrário do que pensa o senso comum, ela é dinâmica, "porque os homens, ao contrário das formigas, têm a capacidade de questionar seus próprios hábitos e modificá-los" (LARAIA, 2004, p.95).

A cultura deve ser pensada no plural, dentro de uma série de relações entre as diversas sociedades, que não constituem um sistema fechado em si (OLIVEIRA FILHO, 1999a, p.112).

Segundo Laraia (2004, p.96), a dinâmica de transformação interna ao próprio sistema cultural pode ser uma mudança lenta, quase imperceptível aos olhos leigos, mas quando resulta do contato com outro sistema cultural pode apresentar-se de forma mais brusca.

Stuart Hall (2000, p.108) entende que a identidade não é algo essencialista, natural; mas um conceito estratégico e operacional, construído por práticas, discursos, implicando não somente um passado em comum, mas uma visão de futuro, estando sujeita a transformações.

Viveiros de Castro (1982, p.34) explica que a identidade étnica não é uma substância genética, social ou transcendental: "toda identidade é sempre situacional, contextual, contrastiva".

A construção discursiva dos "direitos originários" dos povos indígenas está longe de acompanhar a perspectiva dinâmica dos processos identitários e do levante das etnias, denominado, em oposição ao termo etnocídio, o termo "etnogênese".

Na busca da desconstrução da categoria "índios misturados"⁴⁸, referente a uma suposta inautenticidade de grupos indígenas do Nordeste do Brasil, Oliveira Filho (1999b) demonstra a profunda ligação existente entre etnicidade e territorialização.

A demanda política por direitos, em especial pela terra, proporciona o "levante de etnias", ou seja, processos de etnogênese que abrangem

⁴⁸ Segundo o autor seu estudo tem sido desenvolvido a partir dos anos 90, com relação à população indígena do Nordeste, e com base na bibliografia inglesa e norte-americana sobre etnicidade, antropologia política e nos estudos brasileiros de contato interétnico. Vide referências, "A viagem de volta [...]", p.19.

tanto a emergência de novas identidades como a reinvenção de etnias já reconhecidas (OLIVEIRA FILHO,1999b, p.11).

Partindo de Fredrik Barth, Oliveira Filho (1999b, p.20) pensa o grupo étnico como um tipo organizacional que se vale das diferenças culturais para reelaborar sua individualidade diante de outras sociedades com as quais interage permanentemente.

Manuela Carneiro da Cunha (1987, p.101) recorre ao pensamento processualista⁴⁹ de Barth para relacionar identidade étnica e a autoconsciência de grupos, que envolve a formação de juízos de valor e legitimação dos mesmos enquanto organização social.

Nesta perspectiva dinâmica, afasta-se a explicação do grupo étnico com base no "isolamento no passado" para analisá-lo a partir de "processos identitários", concebidos dentro de uma dimensão política, de posicionamento frente a uma sociedade envolvente.

Com a compreensão da dinamicidade da cultura, e da "invenção das tradições", apontada por Oliveira Filho (1999b, p.15) na leitura de Eric Hobsbawn, torna-se possível superar a etnologia de perdas e ausências culturais, que tende a deslegitimar os povos indígenas como sujeitos históricos.

Para dar conta da contemporaneidade da demanda dos povos indígenas, a Antropologia trabalha com a categoria da tradicionalidade dinâmica, na qual a cultura está sujeita a atualizações constantes pelo grupo, que também reelabora seu território.

2.2.2 Território e Processos de Territorialização

A tradução antropológica realizada no processo demarcatório de terras indígenas, mediante o relatório de identificação e delimitação, além de tratar

⁴⁹ Ao contrário da corrente primordialista que entende a etnicidade como um dado essencial, dentre eles, a ancestralidade em comum, a corrente processualista enfoca a organização do grupo em função de suas interações, segundo esclarece Poutignat e Streiff-Fenart na obra "Teorias da Etnicidade. Seguidos de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth", conforme referências.

da identificação étnica do grupo em questão, veicula como o território é pensado por este no momento presente.

A Antropologia brasileira tem desenvolvido pesquisas sobre as relações entre etnicidade e territorialização, especialmente a partir do grupo ligado a João Pacheco de Oliveira Filho no Curso de Pós-Graduação em Antropologia Social do Museu Nacional do Rio de Janeiro.

Dentro de uma perspectiva dinâmica das tradições e formação de identidades étnicas, João Pacheco de Oliveira Filho (1999b, p.20) expõe que as terras indígenas estão em permanente revisão, em função dos "processos de territorialização":

[..] a noção de territorialização é definida como um processo de reorganização social que implica: i) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora, ii) a constituição de mecanismos políticos especializados, iii) a redefinição do controle social sobre recursos ambientais, iv) a reelaboração da cultura e da relação com o passado.

Buscando compreender os diversos poderes tutelares estabelecidos sobre a população etnicamente diferenciada dentro do Estado-Nação, o autor opta pelo viés territorial, pois, segundo ele: "Administrar é realizar a gestão do território" (OLIVEIRA FILHO, 1999b, p.21).

Oliveira Filho (1999b, p.20) parte do princípio de que um fato histórico, como a colonização à qual foi submetida a população indígena, deflagra uma nova relação desta sociedade com seu território, bem como em todos demais aspectos da vida social.

Sua investigação toma por base a existência de um ato político que constitui o que denomina "objetos étnicos", pelo qual o Estado, de forma arbitrária, classifica e associa um grupo a um determinado limite geográfico.

Como se trata de um processo de "via dupla", a territorialização também significa a transformação deste objeto político-administrativo em coletividade organizada, com identidade própria, que reestrutura suas formas culturais, refletindo também na sua concepção territorial (OLIVEIRA FILHO, 1999b, p.21-22).

Neste sentido, o antropólogo Oliveira Filho (1999b, p.22) prefere trabalhar com a categoria "territorialização", no lugar de territorialidade, explicando que este termo implicaria numa análise desprovida dos aspectos políticos.

Oliveira Filho (1999a, p.108) recorda que a noção "território indígena" utilizada na efetivação de direitos é uma "elaboração dos brancos", tendo surgido historicamente nos anos 50, ao tempo dos debates em torno da criação do Parque Indígena do Xingu.

Neste momento, pensava-se na preservação das culturas indígenas mediante a manutenção de sua relação com seu "nicho ecológico", com a criação do Parque.

Em função do fortalecimento do movimento indígena nos anos oitenta, com ênfase nas reivindicações identitárias, a norma constitucional e a Convenção 169 da OIT transcenderam a legislação anterior, reconhecendo a terra indígena como um espaço dinâmico, local onde os povos indígenas vivenciam sua cultura e se autodeterminam.

A categoria antropológica da territorialização possibilita um amplo leque de análises que dão conta de que, mediante os processos de expansão aos quais foram e ainda são submetidos os povos indígenas, já não é possível falar em "território imemorial" ou "*habitat* natural".

O processo de territorialização é o movimento pelo qual a comunidade indígena transforma-se em coletividade organizada, com identidade própria, definindo mecanismos de decisão e representação, reestruturando suas formas culturais, com relação ao meio ambiente, à religião e também ao território (OLIVEIRA FILHO, 1999a, p.21-22).

Os espaços como antigas missões, fazendas ou povoações podem, no máximo, apresentar indícios históricos, mas não configuram a posse exclusiva indígena, até porque, nestes locais, buscava-se a assimilação (OLIVEIRA FILHO, 1999b, p.23).

Assim como as identidades étnicas, o estudo e a definição de direitos territoriais indígenas não se limitam a uma operação classificatória, com base numa lógica instrumental e objetiva.

Diante das diversas expansões das "fronteiras da civilização"⁵⁰, como denominou Darcy Ribeiro, os povos indígenas tiveram que se reconstruir enquanto etnia, redefinindo territórios e, até mesmo suas tradições.

O direito monista, que trabalha sob o prisma da exclusividade estatal na produção de juridicidade, não se abre à dinâmica dos processos de territorialização para definir os direitos dos povos indígenas à sua terra.

Com pretensões de neutralidade, o direito de base formal-individualista deixa de lado toda a dinâmica social e política apontada pelos estudos antropológicos, acabando, muitas vezes, por negar os direitos territoriais indígenas.

A teoria jurídica ainda está muito distante da visão construída pela Antropologia no que diz respeito ao território indígena. Pode-se afirmar que a melhor construção de que se valeu o discurso jurídico para conceber as terras indígenas até então, fora a noção de *habitat* de um grupo diferenciado dentro do Estado-Nação.

No entanto, esta visão naturalista ainda está longe de ser uma abordagem adequada para a realidade de povos que têm direito a vivenciarem sua alteridade, dentro de uma perspectiva multicultural.

Souza Lima (2005, p.46) reflete que a noção de terra indígena enquanto *habitat* ainda está ligada ainda à visão dos povos indígenas como remanescentes, ou seja, como grupos transitórios fadados ao desaparecimento.

Esclarece o autor que esta noção naturaliza o entendimento das sociedades indígenas, deixando de lado os principais fatores de sua territorialização: a dimensão simbólica e política (SOUZA LIMA, 2005, p.46).

A abordagem naturalista dos direitos territoriais indígenas repercute no processo demarcatório, que passa a conceber o território como uma área de preservação de um grupo, sem nenhuma reflexão acerca das relações sociais e políticas estabelecidas internamente e com a sociedade envolvente.

⁵⁰ Na primeira parte da clássica obra "Os Índios e a Civilização", Darcy Ribeiro trata, respectivamente, da expansão extrativista, pastoril, agrícola e militar. V.referências bibliográficas.

Segundo Oliveira Filho (1998, p.291), a idéia de associação de *habitat* à território indígena gera a crença de que este seria um local originário de determinado povo, o que faz retomar a superada visão da "posse imemorial".

A definição jurídica das terras indígenas, que tem por consequência fática a demarcação, deve ser pensada em conjunto com a visão antropológica, pois as áreas indígenas não são produtos de uma relação natural; estando dessa forma sujeitas a permanente revisão, decorrentes da dinâmica social e política dos processos de territorialização (OLIVEIRA FILHO, 1998, p.291).

O pluralismo jurídico reconhece centralidade aos novos atores na produção de juridicidade (WOLKMER, 2001). A participação efetiva dos povos indígenas no processo demarcatório permite que seja trazido ao campo jurídico a dimensão de suas demandas territoriais, que podem coincidir ou não com os territórios "históricos".

Os processos de territorialização indicam que o relatório de identificação não estabelece com precisão o território indígena. Como aponta Oliveira Filho (1998, p.292): "As propostas dos próprios índios mudam porque os interesses, as ideologias e as conjunturas também mudam".

Assim, a relação dos índios com seu território deve ser analisada dentro de um contexto situacional e somente pela mediação antropológica será definido como o território indígena é pensado pelo grupo no momento atual (OLIVEIRA FILHO, 1998, p.293).

2.3 POSSE PERMANENTE E COSMOVISÃO GUARANI

2.3.1 A permanência como garantia

Ao lado dos elementos previstos no artigo 231, do parágrafo 1º, Constituição Federal que caracterizam a terra tradicional indígena: terras para atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos naturais

necessários ao bem-estar e à reprodução física e cultural da comunidade indígena, encontra-se a expressão “habitação permanente”.

José Afonso da Silva (1996, p.781) entende que a permanência da habitação é condição necessária para conceituação de terra tradicional indígena. Mas, ao contrário da análise de Pontes de Miranda (1972, p.539), quando da interpretação da expressão na Constituição de 1967, que definia habitação de acordo com a visão ocidental, Silva faz a ressalva de que todos estes elementos devem ser analisados de acordo com os usos, costumes e tradições indígenas.

Esclarece o autor que o elemento da habitação permanente não deve ser definido segundo a “visão civilizada”, ou conforme o modo de produção capitalista ou socialista, mas de acordo com o modo de ser indígena (SILVA,1996, p.781).

A adjetivação "permanente" é utilizada no mesmo dispositivo da Constituição Federal, em parágrafo 2º, desta vez unida ao termo "posse". Dispõe a norma que "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes".

Ao interpretar a posse indígena, José Afonso da Silva (1996, p.784) esclarece que esta não tem o significado civilista de “poder de fato sobre a coisa”; com ânimo de tê-la para si. Para afastar esta perspectiva civilista, o autor faz a análise da posse indígena em termos de “*habitat*”⁵¹.

Silva (1993, p.49) aborda o elemento da habitação permanente como condição para conceituação de terra tradicional, segundo os usos e costumes indígenas. Com relação à permanência da posse prevista pelo artigo 231, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o jurista a considera uma garantia para os povos indígenas.

Ao tratar da questão da permanência da posse e da habitação, Silva (1996, p.784) pondera que tanto uma como a outra devem ser avaliadas de acordo com a cultura indígena e, portanto, a característica da permanência "não

⁵¹ Em seção anterior ponderou-se sobre o reducionismo que esta visão implica, diante da complexidade dos processos de territorialização tratados nas obras de João Pacheco de Oliveira Filho (1999 a;1999b) e a “naturalização” da questão territorial, como demonstra Souza Lima (2005).

significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro".

Montanari Junior (2005, p.37-38), na esteira deste jurista, entende que a posse permanente não se relaciona ao passado, no sentido de posse imemorial, considerando a impossibilidade de determinar os exatos locais onde viviam os povos indígenas.

Os autores apontados consideram que a tradicionalidade e a permanência da terra indígena são elementos que devem ser analisados em conjunto, pois são determinados a partir da lógica da cultura indígena. Do ponto de vista jurídico, a permanência é, portanto, uma das garantias estabelecidas no regime da terra indígena.

Apesar da consagração da idéia de que a demarcação de terras indígenas deva ser feita com base na cosmovisão indígena, o longo passado assimilacionista aliado ao monismo jurídico têm mantido restrito o entendimento sobre a relação dos povos indígenas com a suas terras.

Ao longo de anos o Estado buscou a "sedentarização" dos diversos povos indígenas. A figura da perambulação, que em sua significação textual expressa "falta de destino", como destaca Souza Lima (2005, p.32), é uma visão etnocêntrica que foi amplamente difundida sobre os povos indígenas.

Manuela Carneiro da Cunha (1998, p.142) trata da construção da idéia de "erraticidade" atribuída aos povos indígena, mas que servia de subterfúgio para negação dos seus direitos territoriais: "Dir-se-á, por exemplo, que os índios são errantes, que não se apegam ao território, que não têm a noção de propriedade, não distinguindo o 'teu' do 'meu'".

A mobilidade promovida pelos povos indígenas não permite inferir que não tenham noção de territorialidade, como outrora tentou fazer o pensamento de base etnocêntrico. Conclui a antropóloga que (CUNHA,1998, p.142): "[...] contrariamente ao que maliciosamente se apregoa, os índios, errantes ou não, conservam a memória e o apego a seus territórios tradicionais".

No que diz respeito aos Guarani, a idéia de nomadismo, tão presente no senso comum, está completamente dissociada do alto valor religioso, político e cultural da mobilidade para este povo.

A territorialidade Guarani, segundo elucida Darella (2004, p.74), está ligada a importantes elementos de seu mundo que envolvem a caminhada (*guata*), o modo de ser guarani (*ñande reko*) e o lugar de viver (*tekoa*).

É necessário desenvolver uma visão jurídica mais apurada sobre os Guarani e sua territorialidade, pois o respeito à sua dinâmica de mobilidade é pressuposto fundamental para a efetivação de seus direitos territoriais, dentro da ótica dos “novos” direitos indígenas.

A característica da permanência não pode representar para os povos indígenas um fator de limitação aos direitos territoriais indígenas, como quer o entendimento restrito sobre a ocupação imemorial. A permanência é, ao contrário disto, uma garantia constitucional que integra o regime jurídico das terras indígenas.

2.3.2 Os Guarani e seu território

O povo Guarani tem sido tratado pela historiografia oficial como "dóceis discípulos dos missionários", ou mesmo vítimas dos "sanguinários bandeirantes". Segundo John Monteiro (1998, p.475): "De modo geral a historiografia — sobretudo a brasileira — tem reservado ao índio o papel de figurante mudo ou de vítima passiva dos processos coloniais que o envolviam".

Apesar de terem sido os povos mais afetados pela penetração colonial na bacia do Prata, o autor aponta que os Guarani desenvolveram estratégias próprias que visavam sua sobrevivência e manutenção de sua identidade (MONTEIRO, 1998, p.475).

O modo de ser Guarani e seu espaço territorial foram profundamente afetados pelo contato com os europeus e pelo impacto da atividade missionária⁵². No entanto, as fontes históricas e etnográficas confirmam que

⁵² Em sua obra "Incapacidade" indígena [...] Thais Luzia Colaço trata da violação do modo de ser Guarani nas reduções jesuíticas, cujo modelo repressivo e hierárquico chocava-se com a liberdade e autonomia dos índios. Conforme referências bibliográficas.

aspectos essenciais de sua cultura, como o discurso profético e a autoconsciência de sua identidade mantêm-se viva ainda hoje (MONTEIRO, 1998, p.476).

No século XVI os Guarani estavam presentes em uma grande área que abrangia o que hoje corresponde aos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Mato Grosso do Sul. Estavam presentes também na região do Chaco e na Bacia do Rio do Prata (MONTEIRO, 1998, p.476-7).

Para compreender a territorialidade Guarani atual toma-se como ponto de partida a tese de Maria Dorothea Post Darella (2004) que contextualiza sua presença no litoral de Santa Catarina e trata da emergência da demanda por terras Guarani neste estado da federação brasileira.

A antropóloga inaugura seu estudo tratando da heterogeneidade existente entre os diversos grupos Guarani, e adota a classificação de Egon Schaden, sem deixar de destacar, com respaldo em Maria Inês Ladeira, que os índios parecem não se auto-identificarem com essas denominações (DARELLA, 2004, p.1-2).

Os Guarani do Brasil meridional são divididos em três grandes grupos: os *Ñandéva*, os *Mbüa*, e os *Kayová* (SCHADEN,1974, p.2). Apesar das variações lingüísticas, de organização social e aspectos culturais que possam apresentar entre si, o estudo desenvolvido por este clássico autor na obra “Aspectos fundamentais da cultura Guarani” toma-a em seu conjunto.

Egon Schaden (1974, p184) entende que é no sistema religioso que a cultura Guarani apresenta sua principal unidade. Darella (2004, p.3) também opta pelo termo geral Guarani, esclarecendo que não deixa de considerar as diferenças, fazendo-o em função da crença que os diversos grupos têm em comum sobre a superação da condição humana pelo alcance da “Terra sem Males”.

O mito do paraíso, denominado “Terra sem Males”, é um elemento central na cultura e vida Guarani. Apesar das divergências entre os antropólogos sobre as interpretações do mito e suas variações entre os diversos grupos, todos são unânimes em reconhecer a importância desta concepção na mitologia e cosmologia Guarani (DARELLA,2004, p.28).

O espírito místico está presente em todos os aspectos da vida Guarani. A cataclismologia tem um papel especial no conjunto das representações

míticas. Num mundo condenado à destruição, a “Terra sem Males” é um lugar ideal onde poderão viver sem doenças ou morte, com plenitude (SCHADEN, 1974, p.161-164).

Sem deixar de considerar a influência do Cristianismo sobre a cultura Guarani, Schaden indica que a idéia central da qual deriva o mito é o alcance do *aguydjê* que significa a bem-aventurança, perfeição. Para o Guarani o *aguydjê* "corresponde ao próprio fim e objetivo da existência humana" (SCHADEN,1974, p.164).

Apoiado na obra de Curt Nimuendajú, que viveu entre os Guarani no começo do século passado, com eles participando de migrações, Schaden relata que, a partir de sonhos e visões, os líderes religiosos animaram a mobilização em direção ao Oceano Atlântico a fim de alcançar a “Terra sem Males” (1974, p.162).

Schaden (1974, p.170) informa que houveram diversas migrações e, dentre os Guarani, os *Mbüa* seriam os únicos grupos que ainda se dirigiram para a região litorânea.

Muito além de representar um lugar ideal, onde se realizam os desejos, a “Terra sem Males” é vista atualmente pelos Guarani como o lugar onde se restabelecem os costumes e modo de ser indígena (SCHADEN,1974, p.161).

A noção de *ñande reko*, traduzida como "nosso modo de ser" é apresentada por Bartomeu Meliá (1997, p.100) como uma categoria essencial tanto aos Guarani "históricos", ou seja, aqueles que aqui se encontravam ao tempo da Conquista, quanto aos Guarani atuais.

Ñande reko representa o modo de vida próprio ao Guarani, a sua identidade, significa viver de acordo com os costumes de seus antepassados (*teko*). Segundo Meliá (1997,p.100) esta identidade acentua-se quando os Guarani são colocados em situação de confrontação entre dois modos de ser, como deu-se durante a colonização.

O modo de ser Guarani está intimamente ligado ao modo como os índios vivenciam seu espaço geográfico. O *tekoa* é a aldeia, o lugar onde se realiza a cultura Guarani (MELIÁ, 1997, p.105), é onde a comunidade vive segundo seus costumes.

O *tekoa* Guarani, atualmente, pode ter um tamanho que varia, mas sua estrutura mantém-se igual, com uma liderança religiosa, política e com forte coesão social (MELIÁ, 1997, p.106).

No *tekoa* realizam-se as grandes festas, tomam-se as decisões. Tem um espaço bem definido, por limites naturais. A propriedade tem natureza coletiva. É, em suma, o lugar onde acontecem as relações sociais, a organização política e religiosa imprescindíveis à vida Guarani (MELIÁ, 1997, p.106).

Nas palavras de Bartomeu Meliá (1997, p.100, tradução nossa): "a categoria espacialidade é fundamental para a cultura Guarani, ela assegura a liberdade e a possibilidade de manter a identidade étnica".

A territorialidade Guarani não se resume ao espaço geográfico das aldeias. Ela apresenta uma ligação fundamental com o deslocamento territorial. A mobilidade, em conjunto com a tradição é, segundo Monteiro (1998, p. 482), "um dos grandes eixos do modo de ser Guarani".

O movimento é um importante fator na cultura e territorialidade Guarani, pois é ele que dá forma e significado ao território-mundo. O território Guarani, formado pelas diversas aldeias, une-se pelos deslocamentos, apoiado nas relações de parentescos, transformando o descontínuo em contínuo (DARELLA, 2004, p.53).

Em Seminário realizado no Museu Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina, Meliá faz um interessante relato que ilustra a relação entre mobilidade e território Guarani.

Meliá (2001, p.10) explana que ao retornar a uma aldeia que visitara anos antes, já não encontrava as mesmas pessoas; mas outros Guarani, ponderando que "o lugar Guarani não desapareceu [...] o lugar não é nômade".

Enfatizando sua explicação sobre a mobilidade, Meliá conta que reencontrou índios Guarani que conhecera no Paraguai; quando visitou o Uruguai, bem como os que conhecera no Uruguai, posteriormente, foram por ele reencontrados quando em visita ao "Morro dos Cavalos" em Santa Catarina.

Conclui seu pensamento afirmando: "Então eles são migrantes, mas não quer dizer que o lugar Guarani deixou de existir" (MELIÁ, 2001, p.11).

Os direitos territoriais indígenas reivindicados pelos Guarani, conforme indica a tese de Darella (2004, p.75), une movimento e território. O deslocar, caminhar, ou *guata* é uma atividade de reatualização de seu mundo, de suas relações sociais, de fortalecimento de sua identidade.

O território Guarani pode ser definido como "território-mundo", pois ocupa uma área pensada por eles como o seu universo. Ainda que não exclusivo, trata-se de um território pensado pelos Guarani como um todo contínuo (DARELLA, 2004, p. 49-53).

As diversas aldeias (*tekoas*) estão unidas por uma intensa dinâmica sociocultural ligada pelos deslocamentos, língua, parentesco, reciprocidade, enfim, pela identidade étnica (DARELLA, 2004, p.53).

Ao contrário da visão etnocêntrica de que a "sedentarização" indica um primeiro estágio de civilização, a mobilidade para os Guarani está em consonância com a lógica de sua cultura, que busca a transformação e recriação do mundo.

Na dinamicidade de atualização das tradições, o litoral de Santa Catarina tem sido um espaço de especial ressignificação territorial para os Guarani, é o que demonstra Darella (2004) ao longo de sua tese. Assim, nas últimas décadas, os Guarani têm reivindicado seus direitos territoriais na região do litoral catarinense.

O encerramento do Direito dentro da visão formal e evolucionista não dá conta da demanda territorial Guarani e da multiplicidade de cosmovisões territoriais existentes no espaço geográfico do Estado-Nação.

Apesar de anunciar que o território indígena é aquele determinado em função de sua tradicionalidade, o monismo jurídico ainda trabalha com a noção estática de cultura e com a visão privatista da titularidade da terra.

A ocupação de terras tradicionais indígenas é analisada pelo monismo jurídico numa perspectiva civilista, reconhecendo direitos territoriais com base em posse civil, o que, na prática, mantém o entendimento da legitimidade da terra enquanto ocupação imemorial.

Somente quando o Direito entrar em contato com a perspectiva antropológica da dinamicidade das tradições e dos processos de territorialização,

abrindo-se para a interdisciplinaridade, a partir do pluralismo jurídico, é que se poderá efetivar os direitos territoriais indígenas, de acordo com a perspectiva do “outro”.

3 "MORRO DOS CAVALOS": CONCEPÇÕES DE DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO

Na seção anterior foi analisado o regime das terras indígenas com aprofundamento acerca de sua fundamentação jurídica, os “direitos originários”, no quadro da construção monista do Direito. Apontou-se a necessidade de uma nova fundamentação para os direitos indígenas, diante da perspectiva da alteridade e da visão antropológica sobre a formação das identidades étnicas e dos processos de territorialização.

Neste momento, buscar-se-á entender em que medida a falta de diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Antropologia tem servido de óbice à realização dos direitos territoriais indígenas no plano fático da demarcação.

A análise do caso concreto, que tem por objeto a demarcação da terra Guarani do "Morro dos Cavalos", localizada no Município de Palhoça, Estado de Santa Catarina, terá foco no posicionamento de atores envolvidos no procedimento, no que diz respeito à sua concepção de “terra indígena”.

Toma-se duas importantes fontes primárias para estabelecer a comparação entre as perspectivas jurídica e a antropológica na demarcação da terra em análise: o procedimento administrativo em curso no Ministério Público Federal (P.A. n.º 464/95) e o relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena do "Morro dos Cavalos", aprovado pela FUNAI em 17 de novembro de 2002.

Decorrido o lapso temporal que ultrapassa uma década, desde os primeiros atos para o procedimento da demarcação da área indígena do Morro dos Cavalos, esta ainda não se efetivou, o que gera insegurança na comunidade indígena.

Ao final, será possível relacionar e comparar a visão apresentada pela Antropologia e pelo Direito, no que tange à definição de terras indígenas, bem como identificar se a falta da perspectiva interdisciplinar interfere na efetivação de direitos, em especial, na demarcação do Morro dos Cavalos.

3.1 Histórico da demarcação

O caso prático eleito para a apreciação da interface jurídica e antropológica na conceituação de terras indígenas apresenta um alto grau de complexidade, envolvendo aspectos cuja abordagem encontra limites do recorte adotado nesta pesquisa e nas fontes acessadas.

A terra indígena "Morro dos Cavalos" envolve uma série de paradigmáticas situações que passam desde sua sobreposição⁵³ à área de proteção ambiental⁵⁴, bem como aquelas relacionadas aos projetos de desenvolvimento regional e nacional: a duplicação da rodovia BR-101⁵⁵ e a construção do gasoduto Brasil-Bolívia⁵⁶ no litoral catarinense.

O histórico que se apresenta é um breve roteiro da demarcação da terra "Morro dos Cavalos" a partir da pesquisa⁵⁷ nos autos do Procedimento Administrativo n.º 464/95 em curso no Ministério Público Federal, Procuradoria

⁵³ A questão da sobreposição é um tema polêmico que alcança diversos posicionamentos, para o assunto ver "Os recortes na terra dos 'filhos do guaraná': implicações jurídicas das sobreposições de unidades de conservação na terra indígena Andirá-Maraú", de Luly Rodrigues da Cunha Fisher. In: **Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

⁵⁴ Do mesmo modo que outras áreas Guarani se encontram em áreas de preservação ambiental, a terra indígena "Morro dos Cavalos" está inserida em parte do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, segundo o Relatório de Identificação e Delimitação (LADEIRA et al, 2002, p.32).

⁵⁵ Darella e Mello (2005, p.161-163) entendem que os Estudos de Impacto Socioambiental realizados em função do projeto de duplicação da BR-101, em seu trecho norte (Garuva a Palhoça/SC) e trecho sul (Palhoça/ SC a Osório/RS) deram visibilidade à presença Guarani, ensejando a demanda pela demarcação de áreas em Santa Catarina. Segundo informam, as medidas mitigadoras apresentadas pelos estudos foram no sentido da regularização fundiária das terras Guarani.

⁵⁶ Neste projeto, o empreendedor fixou, previamente, o valor de R\$ 120.000 (cento e vinte) mil reais como medida compensatória para ser repartido entre as aldeias Mbiguaçu, Morro dos Cavalos e Massiambu. Darella (2004, p.236) informa que, apesar da FUNAI ter se manifestado pela necessidade de considerar a existência de aldeias no litoral norte, essas comunidades não foram consideradas pelo empreendedor nas medidas compensatórias. Maiores informações na tese de Darella, conforme referências.

⁵⁷ A análise do histórico processual foi feita com a valiosa colaboração da antropóloga do Museu Universitário da UFSC, Dra. Maria Dorothea Post Darella, que por algumas vezes acompanhou-me na pesquisa junto ao Ministério Público Federal, explicando-me as diversas nuances que envolvem a territorialidade Guarani e a questão específica do "Morro dos Cavalos". A Procuradora Analúcia Hartmann também se colocou à disposição, ajudando-me, efetivamente, com esclarecimentos sobre o caso.

Regional de Santa Catarina, que tem o título: "Comunidades Indígenas. Guaranis. Aldeia Morro dos Cavalos. Demarcação. Palhoça/SC".

Também denominado "Dossiê Morro dos Cavalos", o procedimento estabeleceu-se com objetivo de acompanhar todos os atos referentes à demarcação, em razão das competências constitucionais atribuídas ao Ministério Público Federal.

Para melhor compreensão do caso também foram utilizadas importantes fontes complementares: a tese de Maria Dorothea Post Darella (2004), que trata da territorialização Guarani no litoral de Santa Catarina, bem como o Procedimento Administrativo n.º 1052/98 do Ministério Público Federal, pelo qual foi acompanhado o projeto de duplicação da BR-101 em território tradicional Guarani.

O "Dossiê Morro dos Cavalos" iniciou com a carta da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), de 1º dezembro de 1993, encaminhada ao Ministério Público Federal, assinada por seu presidente⁵⁸, cujo objetivo era apresentar "documentação recente sobre a questão das terras indígenas em Santa Catarina" (fls.2 do P.A. n.º 464/95).

A entidade demonstrava preocupação com relação ao pedido que o então governador Vilson Pedro Kleinübing dirigia ao Ministro da Justiça, em 8 de novembro de 1993 solicitando: "a suspensão imediata da execução da Portaria do Presidente Interino da FUNAI, PP-0973/93", alegando que sua manutenção traria tensões e conflitos de conseqüências imprevisíveis (Anexo A).

O governador referia-se à Portaria FUNAI n.º 973, de 1º de outubro de 1993, expedida pelo presidente deste órgão, Dinarte Nobre de Madeiro, que constituía um "Grupo Técnico Interinstitucional" com a finalidade de identificar e delimitar as áreas Guarani nos Estados do Paraná e Santa Catarina, e dentre estas, as terras *Mbiguaçu*⁵⁹ e do "Morro dos Cavalos", nos municípios, respectivamente, de Biguaçu e Palhoça (Anexo B).

⁵⁸ Na ocasião, o antropólogo Silvio Coelho dos Santos.

⁵⁹ A homologação da terra indígena *Mbiguaçu* foi feita mediante decreto presidencial de 5 de maio de 2003. Foi a primeira terra Guarani demarcada no Estado de Santa Catarina. Maiores informações em Darella (2004, p.188).

A normativa da FUNAI teve por resultado o relatório de identificação do grupo coordenado pelo antropólogo Wagner Antonio de Oliveira, em outubro de 1995, que viria a ser refutado pela comunidade indígena Guarani no início de 2000.

Ainda sob égide de procedimento demarcatório estabelecido pela lei anterior⁶⁰, o Decreto n.º 22, de 4 de fevereiro de 1991, o relatório de identificação havia estabelecido que a terra indígena "Morro dos Cavalos" envolveria uma superfície de 121,8 hectares, abrangendo um perímetro de 4,5 quilômetros, segundo Memorial de 5 de julho de 1995, seguido de mapa (Anexo C).

Em atendimento aos questionamentos do Ministério Público Federal, em 31 de dezembro de 1996, a FUNAI, por seu Diretor de Assuntos Fundiários, informou que este relatório encontrava-se para análise da Coordenadoria, sendo que, uma vez aprovado pelo presidente do órgão, seriam feitas as necessárias publicações.

No mesmo documento, foi informado que a demarcação administrativa da terra indígena "Morro dos Cavalos" estaria prevista para o ano de 1997, segundo a programação plurianual do Departamento de Identificação e Delimitação da FUNAI (fls.40 do P.A. n.º 464/95).

No período que corresponde aos anos de 1995 a 2000 houve uma verdadeira ofensiva contra a presença indígena no "Morro dos Cavalos", momento em que surge a ação de reintegração de posse⁶¹ proposta por Walter Alberto Sá Bensousan, representante do Espólio de Manoel Bensousan (fls.534/536 do P.A. n.º 464/95).

⁶⁰ No relatório de identificação e delimitação posteriormente elaborado por Ladeira (2002, p. 5-6), observou-se a necessidade de revisão do estudo realizado anteriormente, também em razão do advento do Decreto n.º 1.775 de 8 de janeiro de 1996.

⁶¹ A ação cível foi proposta em face da União Federal. O processo foi extinto sem julgamento do mérito, em razão do juízo entender que havia ilegitimidade da União, uma vez que deveriam configurar no pólo passivo os índios, que, em tese, teriam promovido a ocupação e disporiam de capacidade processual. Em sede recursal, a sentença foi mantida pelo Tribunal Regional Federal por seus próprios fundamentos em Acórdão de 10 de outubro de 2002.

A Promotoria de Defesa do Meio Ambiente informou ao Ministério Público Federal que iniciara procedimentos investigatórios com relação à “invasão no Morro dos Cavalos, Enseada do Brito, área pertencente ao Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, por parte dos indígenas, sob possível conivência da FUNAI” (fls.97 do P.A. n.º 464/95).

A iniciativa do Ministério Público do Estado de Santa Catarina deu-se em função de provocação feita pelo autor da ação de reintegração de posse, Walter Alberto Sá Bensousan, em pedido protocolado em 16 de dezembro de 1998.

Tanto o Ministério Público Estadual, como demais órgãos ligados à defesa do meio ambiente aparecem como protagonistas em vários momentos do Dossiê “Morro dos Cavalos”. Mais adiante será dedicada atenção ao posicionamento destes atores, quando forem tratadas as diversas concepções jurídicas de terras indígenas.

Do mesmo período (22 de dezembro de 1995) data a “Moção de Repúdio” elaborada pela Câmara Municipal de Palhoça, encaminhada ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina. No documento, os vereadores manifestam-se contra a criação do que denominam “reserva indígena” Morro dos Cavalos, “em terras de propriedade do Senhor Manoel Bensousan, uma vez que as terras estão dentro dos limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro [...]” (Anexo D).

As lideranças indígenas do “Morro dos Cavalos”, “Massiambu” e *Tekoa* Porã recusaram a proposta contida no relatório do primeiro GT (coordenado por Wagner Antonio de Oliveira), por ser uma área insuficiente para contemplar os elementos de terra indígena previstos no artigo 231, parágrafo 1º da Constituição Federal e, ainda, por ter sido elaborado sem a participação da comunidade indígena. Manifestaram-se por meio de carta destinada ao Departamento de Identificação e Delimitação da FUNAI em 17 de julho de 2000 (Anexo E).

Os Guarani pediam a prorrogação de prazo do GT para que a comunidade indígena pudesse ser ouvida. Pleiteavam a reelaboração da proposta com aumento dos limites da terra, de forma a contemplar toda a área do “Morro dos Cavalos”, até a praia, incluindo a foz do Rio Massiambu e as outras duas aldeias.

Em seu requerimento solicitam à FUNAI:

[..] modificação no tamanho da terra, incluindo pelo menos todo o Morro dos Cavalos – até a praia e a Foz do Rio Massiambu; o Tekoa Porã, localizado no outro lado da BR 101, já utilizado por nossos parentes; a inclusão de partes do Rio Massiambu onde desenvolvemos atividades de pesca; e inclusão da aldeia do Massiambu. Dessa forma estaríamos resolvendo de uma só vez o problema de 3 aldeias - Morro dos Cavalos, Massiambu e Tekoha Porã (Anexo E).

Posteriormente, em 4 de dezembro de 2000, a comunidade indígena voltou a dirigir petição ao Departamento de Identificação e Delimitação da FUNAI, reafirmando a proposta anteriormente encaminhada. Acrescentaram, ainda, dados sobre a importância do acesso ao mar, aos rios Massiambu e Massiambu Pequeno, às matas, em ambos os lados da BR-101. Esclareceram sobre a importância da baixada do Rio Massiambu para as atividades de pesca, caça, coleta de matérias para artesanato, lazer, agricultura.

Desta forma, exigiam que a terra contemplasse todos esses locais. Os Guarani reiteravam o pedido de demarcação de toda área do "Morro dos Cavalos", "Massiambu" e Tekoa Porã como uma única terra indígena, solicitando, desta feita, a criação de um novo GT (Anexo F).

A recusa dos povos Guarani com relação ao primeiro relatório de identificação que previa apenas 121,8 hectares é comunicada ao Ministério Público Federal pela FUNAI em 30 de dezembro de 2000.

No período foi elaborado o estudo de impacto socioambiental da duplicação da Rodovia BR-101, em seu trecho sul, que trouxe novos e importantes elementos sobre a ocupação pretérita e atual dos Guarani na região do "Morro dos Cavalos", o que robusteceu a demanda indígena (DARELLA; MELLO, 2005, p.157-170).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela formação do novo GT para a terra Guarani Morro dos Cavalos, por entender razoável o pedido da comunidade, em 11 de junho de 2001 (fls.201 do P.A. n.º 464/95).

Na FUNAI iniciaram-se os trâmites para a formação do novo GT, com a solicitação de um técnico ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), em 8 de agosto de 2001 (fls.214 do PA). Apontando reduzido número de servidores, o INCRA justifica ao Ministério Público Federal a dificuldade no atendimento, em 2 de outubro de 2001 (fls.221/223 do P.A. n.º 464/95).

Superada as dificuldades de formação do grupo, o novo GT finalmente foi constituído, pela Portaria 838 de 16 de outubro de 2001 (Anexo G), resultando no "Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos", sob coordenação da antropóloga Maria Inês Ladeira. O estudo antropológico será analisado pormenorizadamente no próximo item.

Este relatório de identificação e delimitação atendeu à demanda da comunidade Guarani, identificando a Terra Indígena "Morro dos Cavalos", localizada no Município de Palhoça, no Estado de Santa Catarina e delimitando sua superfície em 1988 (mil novecentos e oitenta e oito) hectares e perímetro de 31 (trinta e um) quilômetros.

Aprovado pelo presidente da FUNAI, Artur Nobre Mendes, em 17 de novembro de 2002, teve seu resumo publicado no Diário Oficial da União em 18 de dezembro de 2002 e no órgão oficial do Estado de Santa Catarina em 4 de fevereiro de 2003 (Anexo H).

Logo após a publicação do resumo do relatório no diário oficial do Estado, em 27 de fevereiro de 2003, representantes do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), da FUNAI e da Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina reuniram-se na sede Procuradoria da República em Florianópolis com a finalidade de manifestar sua preocupação com relação à ação de indivíduos não identificados que estariam instigando a população local contra os Guarani, gerando insegurança na Aldeia "Morro dos Cavalos" (Anexo I).

Na ocasião, as entidades entregaram documentos e cópia de impresso apócrifo pelo qual a comunidade de Palhoça era convocada para uma reunião que teria sido realizada em 10 de fevereiro de 2003, no salão paroquial da Enseada do Brito, localidade vizinha.

O impresso afirmava que com o reconhecimento da terra indígena “estima-se que virão de 5.000 a 10.000 índios do Uruguai, Paraguai, Argentina e estados do Brasil”. O texto conclamava os moradores a “derrubar o decreto”, pois estariam sendo enganados pela FUNAI (fls.334 do P.A. n.º 464/95).

O Ministério Público Federal diligenciou junto aos diversos órgãos locais, como Delegacia da Polícia do Município, Polícia Militar e Escola Básica no sentido de solicitar atenção e cuidados com o caso, e pronta comunicação à FUNAI, no caso de perturbações que envolvessem os índios (fls.351/356 do P.A. n.º 464/95).

Sandra Helena dos Santos, representante do Conselho Comunitário da Enseada do Brito e Walter Alberto Sá Bensousan, da “Comissão Contrária à Demarcação”, em 20 de fevereiro de 2003, haviam solicitado providências urgentes ao Ministério Público Estadual da Comarca de Palhoça “visando coibir o processo de ocupação ilegal, promovido pela FUNAI que está em curso na região da Enseada do Brito” (fls.676 do P.A. n.º 464/95).

Na petição, os autores informavam que a FUNAI estaria trazendo indígenas diariamente do Paraguai, Argentina, Uruguai, São Paulo e Paraná, e que os índios estariam ocupando áreas de preservação permanente⁶².

Na mesma data, o Conselho Estadual dos Povos Indígenas de Santa Catarina (CEPIN) solicitou urgência ao Ministro da Justiça no procedimento de demarcação das terras indígenas “Imbu”, “Araçá i” e “Morro dos Cavalos” devido à situação conflituosa que envolvia essas comunidades. Esclarecem que o pedido teve origem em reunião extraordinária realizada com presença de todas etnias indígenas catarinenses (fls.464 do P.A. n.º 464/95).

Todas as contestações opostas ao relatório de identificação e delimitação da terra indígena “Morro dos Cavalos” foram consideradas

⁶² Em 2002, um grupo familiar Guarani criou uma nova aldeia, nomeada Tekoa Vy’a Porã, situada no lado oeste da BR 101, no interior dos 1988 hectares da terra indígena, o que ensejou a petição mencionada e a comunicação à Promotoria do Meio Ambiente (fls.667-676 do P.A. n.º 464/95).

improcedentes pela FUNAI⁶³, segundo informou o Diretor de Assuntos Fundiários ao Ministério Público Federal (fls.488/489 do P.A. n.º 464/95).

Consta ainda que o procedimento havia tomado o curso previsto pelo Decreto n.º 1.775 de 8 de janeiro de 1996, em seu parágrafo 9º, com encaminhamento ao Ministério da Justiça, em 6 de outubro de 2003.

Por meio de “moção de reivindicação”, de 5 de junho de 2004, as lideranças e representações indígenas solicitavam ao Ministro da Justiça que fosse definido em caráter de urgência a demarcação das terras indígenas em Santa Catarina, apontando que o governador do Estado estaria pressionando politicamente no sentido de paralisar o procedimento e induzir a retirada dos índios do "Morro dos Cavalos" para a passagem da BR-101 (fls.550 do PA n.464/95).

Em sede ministerial⁶⁴ o processo foi encaminhado previamente à Consultoria Jurídica. Em parecer, o consultor Luiz Armando Badin requereu sua devolução à FUNAI, para que informasse sobre a existência de ações judiciais com relação ao processo, e ainda, juntada de seus andamentos, com petições iniciais e decisões (fls.625 do P.A. n.º 464/95).

Em resposta à demanda da Consultoria do Ministério da Justiça, informou-se que não havia demanda que envolvesse o caso "Morro dos Cavalos", mas que o Ministério Público Estadual postulava em Ação Civil Pública a demolição da escola indígena localizada nesta comunidade (fls.651 do P.A. n.º 464/95).

Com novo retorno do procedimento ao Ministério da Justiça, a Consultora Substituta, Cristiane Schinedier Calderon, manifestou-se pela reavaliação do relatório de identificação e delimitação da terra indígena do "Morro dos Cavalos" a fim de propiciar, segundo justifica, “a necessária segurança ministerial”, em razão de fatos alegados nos Memoriais apresentado pelo Estado de Santa Catarina (Anexo J).

⁶³ O processo demarcatório da FUNAI é identificado por FUNAI/BSB/2359/93.

⁶⁴ No Ministério da Justiça o processo recebeu o n. 08620.002359/1993-62 (fls.736/737 do P.A. n.º 464/95).

A Consultora faz menção aos Memoriais e ao acórdão do Tribunal de Contas da União que versou sobre questões da duplicação da BR-101⁶⁵ para solicitar o encaminhamento dos autos à FUNAI, sugerindo a reavaliação do relatório, em 2 de fevereiro de 2006:

[..] considerando a necessidade de propiciar a necessária segurança ministerial, por ocasião da expedição de portaria declaratória, encaminhem-se esses autos e seus anexos à Fundação Nacional do Índio – FUNAI, sugerindo àquela Fundação que seja reavaliado o relatório de identificação da referida terra indígena, com observância do contido no Memorial apresentado pelo estado de Santa Catarina e acórdão do TCU, precedendo a manifestação conclusiva desta Consultoria Jurídica-MJ" (Anexo K).

Os Memoriais foram apresentados pelo Estado de Santa Catarina, por seu Procurador Geral, Loreno Weissheimer, de 20 de outubro de 2005, por meio do qual busca afastar o reconhecimento da terra Guarani.

Em sua forma textual, o Estado de Santa Catarina requer que a demarcação seja: “[..] julgada improcedente, em vista de estar demonstrado dos autos, não se tratar de terra tradicionalmente ocupada pelos silvícolas e a garantia do direito de propriedade assegurado pela magna carta” (Anexo J, grifo nosso).

Com o acolhimento do parecer da Consultoria Jurídica, os autos foram encaminhados à FUNAI, entrando a demarcação em novo compasso de espera, contra o qual se manifestou a comunidade Guarani.

A comunidade indígena do "Morro dos Cavalos", aos 7 de julho de 2006, em carta ao Ministério Público Federal, relatou que soube da decisão do Ministério da Justiça, por Artur Nobre Mendes da FUNAI, em visita à aldeia no início de fevereiro daquele ano. Segundo consta, foi-lhes informado que até abril do mesmo ano a questão já estaria resolvida, pois faltaria um aprofundamento do relatório (fls.764/765 do P.A. n.º 464/95).

⁶⁵ O parecer da Consultoria Jurídica faz menção de Acórdão do Tribunal de Contas da União, que em sua parte dispositiva determinou a realização de estudos geológicos ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes (DNIT) para que fosse encontrada uma solução que considerasse os fatores econômico-financeiros e os interesses sociais e indígenas que envolviam a obra de duplicação da BR-101. Tal informação consta do PA 1052/98 do Ministério Público Federal.

Desta forma, a comunidade solicitou que o Ministério Público Federal intercedesse junto à FUNAI para saber qual era a exata demanda do Ministério da Justiça, e que fossem tomadas outras medidas para que a demarcação seguisse dentro dos parâmetros traçados em lei.

Em ofícios encaminhados à Coordenadora Geral de Identificação e Delimitação (em 1 de agosto de 2006) e à Diretora de Assuntos Fundiários (10 de agosto de 2006), o Ministério Público Federal solicitou, respectivamente, informações sobre a atuação da servidora Blanca Guilhermina Rojas no "Morro dos Cavalos", demandando o contato desta com a Procuradoria e, ainda, informações sobre análise jurídica da procuradoria da FUNAI com relação à decisão de devolução dos autos e reavaliação do relatório.

A Diretora de Assuntos Fundiários da FUNAI, Nadja Havt Bindá, respondeu ao Ministério Público Federal, em 8 de setembro de 2006, informando que o órgão entendeu verossímil a preocupação da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, e decidiu pela realização da diligência no "Morro dos Cavalos" "a fim de exaurir qualquer possibilidade de obstáculo técnico ao prosseguimento do processo" (fls.715 do P.A. n.º 464/95).

Com relação à atuação da servidora Blanca Guilhermina Rojas, conforme correspondência de 15 de setembro de 2006, a FUNAI informou que esta teria a incumbência de cumprir as diligências junto ao "Morro dos Cavalos".

O Ministério Público Federal manifestou-se por sua Procuradora Analúcia Hartmann, em 7 de maio de 2007, junto à FUNAI, mediante o instrumento da Recomendação, fundamentada na Lei Complementar 75/93, combinada com a Lei 7347/85, "Lei de Ação Civil Pública" (Anexo L).

Entendeu este Órgão que foram cumpridos todos os requisitos legais previstos no Decreto n.º1.775 de 8 de janeiro de 1996, que define as regras da demarcação, e considerou que a tese da Procuradoria do Estado de Santa Catarina já fora apreciada e recusada pela FUNAI, caracterizando-a como um ato "evidentemente político".

O Ministério Público Federal recomendou ao Presidente da FUNAI a imediata devolução dos autos ao Ministério da Justiça, com reiteração da conclusão assinada pela presidência em 2002, ou seja, a aprovação do Relatório

Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena “Morro dos Cavalos”.

A Comissão Nacional da Terra Guarani *Yvy Rupa* preparou Carta Política em março de 2007, quando de sua oficialização, na qual apresentou as suas reivindicações para regularização de terras Guarani em vários estados da federação (fls 803/808 do P.A. n.º 464/95).

Dentro de um amplo quadro nacional das terras Guarani, a Comissão requereu a finalização dos procedimentos de identificação e delimitação em Santa Catarina. Referindo-se especificamente à terra Guarani “Morro dos Cavalos” solicitou:

[..] expedição da Portaria Declaratória do Ministério da Justiça, imediata demarcação física e homologação dos limites identificados e delimitados da TI Morro dos Cavalos (município de Palhoça), nos termos do parecer da FUNAI n.201/PRES de 17/02/2002, publicado no DOU 18/12/2002.

Em 31 de agosto de 2007, a FUNAI informou ao Ministério Público Federal que a diligência requisitada para reavaliação do relatório fora concluída e o parecer estaria para análise da Coordenadoria Geral de Identificação e Delimitação. Com sua aprovação, os autos seriam remetidos ao presidente da FUNAI e ao Ministério da Justiça (fls. 814 do P.A. n.º 464/95).

O Ministério Público Federal esclareceu em despacho de 29 de setembro de 2007, que, em contato telefônico, a FUNAI informara que já havia analisado o parecer de Blanca Rojas e que estaria para controle da “direção e redação final”. Alegou, ainda, segundo consta do despacho, a oportunidade política para encaminhar o processo ao Ministério da Justiça, o que seria feito em meados de outubro de 2007.

Em 26 de novembro de 2007, mediante Portaria n.º 093 de 26 de novembro de 2007, o Ministério Público Federal instaurou inquérito civil com o objetivo de acompanhar e verificar o cumprimento pela FUNAI dos deveres da demarcação da terra indígena "Morro dos Cavalos", no município de Palhoça, em Santa Catarina (Anexo M).

De acordo com a última análise processual, no dia 4 de fevereiro de 2008, verifica-se despacho da Procuradora responsável pelo caso, Analúcia

Hartmann, trazendo informações telefônicas obtidas junto à FUNAI. Consta que este órgão teria efetivamente devolvido o procedimento de demarcação ao Ministério da Justiça, dando cumprimento ao despacho que determinou análise de contradições sobre a área da demarcação.

3.2 Argumento antropológico: relatório de identificação

O estudo antropológico de identificação é previsto no Decreto n.º 1.775 de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo da demarcação das terras indígenas.

O instrumento é consubstanciado no relatório circunstanciado de identificação e delimitação de autoria de um antropólogo, que coordena o GT, com a previsão legal da participação do grupo indígena interessado.

O relatório de identificação e delimitação das terras indígenas é meio pelo qual se constata que uma determinada área apresenta elementos que a caracterizam como terra tradicional indígena, nos termos previstos no artigo 231, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Com a conclusão dos trabalhos, o relatório de identificação e delimitação deve ser encaminhado à FUNAI, e uma vez aprovado, seu resumo deve ser publicado no Diário Oficial da União e da unidade federativa onde se localizar a área indígena.

No caso da terra Guarani do "Morro dos Cavalos", o relatório de identificação de autoria da antropóloga Maria Inês Ladeira foi aprovado pela FUNAI, e com o término do prazo para apreciação das impugnações, seguiu para o Ministério da Justiça, nos termos da legislação apontada. Este órgão, a quem caberia expedir a portaria declaratória de reconhecimento da terra indígena, houve por bem determinar diligências, sem apreciar a identificação realizada pelo GT.

A Portaria n.º 14, do Ministério da Justiça, de 9 de janeiro de 1996 disciplina pormenorizadamente o relatório de identificação, indicando que deve

conter dados gerais sobre o grupo envolvido como filiação cultural, lingüística, migrações, o histórico de ocupação da terra indígena, dentre outros.

Seguindo os elementos previstos no artigo 231, parágrafo 1º da Constituição Federal, a Portaria n.º 14, de 9 de janeiro de 1996 indica ainda que o relatório deve conter dados específicos sobre a habitação permanente, as atividades produtivas, o meio ambiente, a descrição de áreas imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao bem estar econômico e cultural, à reprodução física e cultural.

O relatório deve dispor de um levantamento fundiário que identifique os eventuais ocupantes não índios, com informações sobre a natureza da ocupação. Ao final, deve apresentar a proposta de limites da área para demarcação, com apresentação de Carta Topográfica.

O relatório da terra indígena "Morro dos Cavalos", com nome Guarani *Tekoa Yma*, foi elaborado em atendimento a determinação da Portaria 838 da Presidência da FUNAI, de 16 de outubro de 2001, constando de aproximadamente 80 (oitenta) laudas. Apresentou os limites da terra indígena "Morro dos Cavalos", no Município de Palhoça, Santa Catarina, conforme resumo do relatório (Anexo H).

Com o histórico da demarcação e a normatização referente ao estudo antropológico ora apresentados, desenvolve-se, a seguir, os argumentos antropológicos do relatório de identificação e delimitação da terra indígena "Morro dos Cavalos", apontando-se as páginas analisadas no documento mencionado⁶⁶.

Na apresentação do relatório, a Coordenadora do GT informa que a proposta da demarcação foi feita com ampla participação da comunidade Guarani, que definiu suas lideranças e apontou parceiros institucionais como o Museu Universitário da UFSC, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), a Comissão de Apoio aos Povos Indígenas (CAPI) e a FUNAI, por seu núcleo operacional de Palhoça (2002, p.4).

⁶⁶ Tal procedimento foi escolhido para evitar a repetitiva remissão ao relatório, uma vez que todo este item a ele se refere. A cópia integral nos foi fornecida pela antropóloga do Museu Universitário da UFSC, Dra. Maria Dorothea Post Darella.

Informa a antropóloga Maria Inês Ladeira que considerou o relatório anteriormente elaborado pelo GT constituído em 1993, fundamentando-se nos estudos realizados, e, especialmente, nas considerações das comunidades Guarani que vivem na região (2002, p.5).

Na primeira parte, o relatório traz dados gerais sobre o território ocupado pelos Guarani. Destaca a importância da história oral para entender a presença Guarani no litoral de Santa Catarina. Aponta que a falta de fontes escritas não é prova da ausência desta etnia nesta região. Ainda assim, apresenta como fontes históricas os relatos dos viajantes do século XVI: Gonneville, Aleixo Garcia, Caboto, Cabeza de Vaca, Shmidel e Hans Staden (2002, p.11).

Há constatações arqueológicas feitas principalmente a partir da década de 1990, com levantamentos realizados para o início dos procedimentos de demarcação de áreas para os Guarani em Santa Catarina, que também atestam a sua presença histórica no Estado (2002, p.12).

O relatório informa que a presença Guarani era reconhecida pela sociedade envolvente até o início da década de 1990, somente com relação ao "Morro dos Cavalos".

Toma-se a hipótese de assim ter ocorrido em função de ser um núcleo coeso e fixo liderado por Júlio Moreira, que recebia visitas constantes do núcleo ligado a Alcindo Moreira. O estreitamento das relações com a população envolvente deu-se ainda em função de casamentos das filhas de Júlio com não-índios.

O relatório do "Morro dos Cavalos" apresenta o conceito "terra indígena" como uma categoria jurídica. Para Ladeira (2002, p.21), "território" diz respeito à vivência do grupo em uma área espacial.

A perspectiva antropológica aponta que as delimitações da terra têm como condicionantes as ocupações do entorno, que são definidas por um modelo de desenvolvimento alheio aos Guarani. Isto, por si, implica no confinamento, pois a ocupação indígena fica restrita por situações que não correspondem à sua cosmovisão.

Conclui Ladeira pela incompletude da demarcação, pois não corresponde ao que os Guarani entendem como seu território-mundo (2002, p.22-23).

A antropóloga explica que “tradicionalmente ocupado” é todo o território-mundo Guarani, pois as aldeias estão ligadas pelas dinâmicas de reciprocidade das famílias que habitam todo o espaço geográfico Guarani (que compreende partes do Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai):

As Terras Guarani situam-se em diferentes regiões, não são contínuas e estão entremeadas das mais variadas formas de ocupação humana. Portanto, quando dizemos que os Guarani mantêm a configuração de um território tradicional significa que, para eles, o conceito de território supera os limites físicos das aldeias e trilhas e está associado a uma noção de mundo que implica na redefinição constante das relações multiétnicas, no compartilhar e dividir espaços (2002, p.23).

O território Guarani não é fragmentado em aldeias, pois estas não estão isoladas, mas em constante interação. Em seu território-mundo os Guarani preservam sua dinâmica cultural e sua identidade étnica.

Neste sentido, a Aldeia "Morro dos Cavalos" está inserida num sistema de reciprocidade formado com outras aldeias, como Massiambu, Cambirela, Mbiguaçu, Imaruí dentre outras, o que garante sua presença e identidade na Região (2002, p.24).

Os Guarani sabem que não podem deter uso exclusivo de todo o seu território, e na última década têm demandado áreas redescobertas ou retomadas, seja de antigas aldeias ou acampamentos, na busca de uma base territorial para sua sociedade. Para assegurar seu modo tradicional de vida procuram espaços de matas e nascentes de rio (2002, p.24).

Em atendimento às regras estabelecidas pela Portaria n.º 14 de 9 de janeiro de 1996, o relatório, após tratar de forma ampla o território Guarani, passa abordar dados específicos sobre a população indígena do "Morro dos Cavalos" suas atividades produtivas, os aspectos ambientais do local, os espaços necessários à reprodução física e cultural.

O relatório informa que a comunidade Guarani do "Morro dos Cavalos" é composta, em sua maioria, pelo subgrupo *Mbya* em por poucas famílias

do subgrupo *Xiripa*. São descendentes ou parentes dos grupos chefiados por Júlio Moreira (falecido em 1980) e Alcindo Moreira, liderança espiritual que reside na aldeia *Mbiguaçu*.

Tomando o relato dos próprios índios, constata a antropóloga que seus antepassados seriam originários da região da grande Florianópolis, enquanto uma parte teria vindo do Paraguai por volta de 1930 (2002, p.29).

Tendo saído do "Morro dos Cavalos" para a área indígena de Xapecó, por pressões diversas, Júlio e Isolina (sua esposa) retornaram àquela aldeia, onde nasceram todos seus seis filhos.

Fica colocada a possibilidade de que o grupo fundante do "Morro dos Cavalos" foi formado, portanto, pela união de famílias originárias do Paraguai no início do século XX, com índios da região de Florianópolis (2002, p.29).

O relatório demonstra que a composição da população do "Morro dos Cavalos" está inserida na dinâmica própria aos Guarani, possuindo vínculos com várias aldeias, com uma variação relacionada a casamentos, mobilidade e chefias (2002, p.30-31).

Ao tratar das atividades produtivas, o relatório indica que apesar das alterações ambientais profundas, os Guarani procuram vivenciar o modo de vida exercido há anos. A agricultura, a caça e a pesca obedecem a ciclos definidos em função das estações e das fases da lua, com respeito aos períodos de reprodução das espécies.

A agricultura tem uma importância central na cultura Guarani, que reproduz aspectos importantes de sua vida social e de seus princípios éticos. A caça atualmente é escassa, sendo uma atividade pouco realizada pela comunidade do "Morro dos Cavalos" (2002, p.40).

O comércio do artesanato é uma atividade incorporada pelos Guarani, mas ainda está ligado à sua dinâmica de trabalho coletivo e realizado com respeito aos princípios de reciprocidade (2002, p.36).

Com relação à caracterização ambiental da terra indígena "Morro dos Cavalos" o relatório informa que a região, um típico ambiente do litoral atlântico,

apresenta formações de influência marinha (restingas e dunas), fluviomarinha (manguezal) e Mata Atlântica.

Apesar de ter sofrido significativas alterações em função da ação antrópica ligada à colonização não-indígena, apresenta uma série de recursos ambientais que são importantes para a tradicionalidade Guarani (2002, p.47-60).

Já os rios da Região: Massiambu, Massiambu Pequeno, Cambirela e Rio do Brito são importantes por se apresentarem como referenciais para a delimitação proposta pelos próprios Guarani, quando dos estudos efetivados (2002, p.50).

Para tratar das áreas necessárias à reprodução física e cultural da população indígena em questão, o relatório reitera a questão apresentada de que a comunidade Guarani do "Morro dos Cavalos" está inserida numa dinâmica social e política que envolve outras aldeias, que constituem um verdadeiro "complexo regional" (2002, p.68).

De tal forma, a reprodução do modo de ser Guarani em uma aldeia (reciprocidade, apoios políticos, organização social) depende da proteção das outras aldeias que integram a região.

Com base no estudo de impacto socioambiental elaborado para a duplicação da BR-101, trecho sul (Palhoça/SC a Osório/RS), de autoria de Darella, Garlet e Assis, o relatório esclarece que a ocupação Guarani nunca se restringiu ao local atual das moradias no "Morro dos Cavalos" (2002, p.68-69)

No período anterior à construção da rodovia consta que as moradias localizavam-se no morro em frente, entre os Rios Massiambu e Brito, onde foram encontrados pelo GT antigos locais de roça (2002, p.69). A construção da rodovia BR-101 teria, segundo o relatório, isolado e diminuído os espaços usados pelos Guarani.

A proposta dos Guarani do "Morros dos Cavalos" é de privilegiar a integração do espaço, separado pela Rodovia. Em sua posição sobre a duplicação da BR-101, as comunidades Guarani apontaram para a construção de dois túneis, com a desativação do leito original da rodovia no sentido de manter a Terra do "Morro dos Cavalos" como uma área contígua. Segundo o relatório:

Desse modo, a área proposta pelos índios para compor a Terra Indígena é vista como um espaço contínuo de uso. A divisão da mesma em duas glebas (dos dois lados da BR) seria referendar a separação feita pela BR-101 (2002, p.69).

Com a definição dos limites da terra indígena "Morro dos Cavalos", iniciou-se o levantamento fundiário que constituiu em vistorias locais, bem como em levantamento cartorial junto ao Registro de Imóveis da Comarca de Palhoça, em Santa Catarina.

A situação fundiária da terra indígena Morro dos Cavalos apresentada no relatório demonstra a existência de 102 (cento e duas) ocupações⁶⁷, caracterizadas entre posses e propriedades. O levantamento fundiário apresenta o seguinte teor:

[..] identificamos a presença de 102 (cento e dois) ocupantes não índios incidentes nos limites da terra indígena Morro dos Cavalos, distribuído do seguinte modo. 54 (cinquenta e quatro) com ocupações, e outros 58 (cinquenta e oito) são proprietários sem ocupações. Com relação aos posseiros, principalmente os da localidade de Araçatuba, são maricultores e vivem basicamente do cultivo de mariscos da costa sul do Estado de Santa Catarina, e são possuidores de pequenas áreas, praticamente as da construção de suas casas (2002, p.80).

Dentre as particularidades apontadas no levantamento fundiário encontra-se a existência de uma escola na comunidade de Araçatuba, uma pousada com chalés, e uma propriedade da FATMA, de 23,9396 hectares no Parque Estadual da Serra do Tabuleiro.

Acompanham o levantamento fundiário um quadro demonstrativo dos ocupantes não-índios e a planta cadastral da situação fundiária com a localização das ocupações na terra indígena "Morro dos Cavalos".

⁶⁷ Explica Raymundo Laranjeira (1993, p.93-96) em artigo "A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias", conforme referências, que a ocupação é uma espécie de posse. É a posse agrária, que se fundamenta no trabalho do ocupante, em sua morada habitual ou permanente na mesma área. A posse, em seu sentido geral, é a relação da pessoa com a coisa, não implicando necessariamente na moradia ou cultivo, mas em atos inerentes à condição de domínio. Portanto, o termo tecnicamente mais apropriado neste caso seria "posse".

Em sua parte conclusiva, o relatório aponta que os limites da terra indígena Morro dos Cavalos foram estabelecidos em função da ocupação atual dos Guarani e dos usos que fazem, segundo seus costumes e tradições (2002, p.74).

O relatório dá ênfase à “ocupação atual”, porque muitos lugares tradicionais, segundo informam os próprios índios, são incompatíveis com seu modo de vida, pois não dispõem mais dos recursos naturais privilegiados pelos Guarani (2002, p.75). Assim informam que não pretendem disputá-los com seus ocupantes atuais.

No entanto, a comunidade indígena pleiteia as áreas que apresentam os elementos e espécies naturais (água, acessos, plantas, animais e áreas de roça), dentro do seu território tradicional, independentemente da situação fundiária existente hoje.

Ao final, concluiu-se que, dentro da perspectiva atual da comunidade indígena de "Morro dos Cavalos", toda a terra pleiteada pelos Guarani é território ocupado de forma tradicional (2002, p.75). Além do critério ambiental, isto é, de que as áreas fossem propícias à reprodução física e cultural, somou-se o uso atual destas áreas, dentro do modo de vida Guarani.

O relatório destaca a necessidade de regularização de todas as aldeias que compõem o complexo regional Guarani para a manutenção das relações de reciprocidade e alianças políticas e para o enfrentamento das dificuldades provenientes do contato.

Sugere que as aldeias vizinhas devam ser identificadas, com procedimentos separados, porém em curto período para evitar o desgaste que enseja o processo de demarcação entre os índios e a população local (2002, p.76).

A análise antropológica faz-se de forma ampla, buscando assegurar que a terra identificada esteja em consonância com o que pensa a comunidade indígena sobre seu território na atualidade, garantindo-lhes a terra como base de sustentação de sua cultura.

3.3 Argumentos jurídicos em diversos atores

O reconhecimento dos direitos territoriais indígenas no procedimento demarcatório implica numa complexa dinâmica na qual estão envolvidos diversos atores, com diferentes perspectivas, dentre os quais antropólogos, agentes políticos de diversas esferas administrativas, órgãos ambientais, entidades em defesa dos direitos indígenas, terceiros e também a própria comunidade indígena, principais interessados.

O procedimento demarcatório encerra uma dimensão política, pois é espaço no qual se manifesta uma pluralidade de interesses conflitantes, e no seu percurso, a falta de uma visão integral do conceito de terra indígena pode conduzir à negação do direito.

A proposta apresentada visa analisar a concepção de direitos territoriais indígenas adotada por atores que se manifestam ao longo do procedimento do Ministério Público Federal (P.A. n.º 464/95 da Procuradoria Regional de Santa Catarina).

Diante do recorte estabelecido neste trabalho, e dos posicionamentos manifestados, foram eleitos alguns atores para verificação da hipótese de que a falta de visão interdisciplinar sobre o conceito de terras indígenas acaba por acarretar a negação do direito à comunidade indígena.

Na esteira do referencial teórico do pluralismo jurídico comunitário participativo, desenvolvido por Antonio Carlos Wolkmer (2001, p.239), desenvolve-se, em primeiro lugar, a concepção de direitos territoriais indígenas a partir da visão da própria comunidade Guarani, enquanto novo ator social, produtor de juridicidade.

A seguir, empreende-se o estudo do posicionamento do Ministério Público Federal, encarregado constitucional da defesa dos direitos indígenas, em sua percepção harmônica ao que dispõe o relatório de identificação antropológica e ao que manifestam os Guarani ao longo do procedimento.

Em contraposição à visão da comunidade Guarani e do Ministério Público Federal, colocam-se, como “antagonistas” da demarcação, o Estado de

Santa Catarina, e os órgãos encarregados da defesa do meio ambiente, como a Promotoria do Meio Ambiente e a FATMA.

Ao dispor de uma visão ora privatista da propriedade⁶⁸, ora conservacionista do meio ambiente, a perspectiva destes agentes afasta-se da construção antropológica e dos “novos” direitos indígenas.

3.3.1 Comunidade Guarani

Rinaldo Arruda (2001, p.51) denomina como “campo de intermediação” a relação que se estabelece entre as comunidades indígenas e a sociedade nacional. Segundo o autor, trata-se do espaço onde se busca compatibilizar visões de mundo contraditórias e, muitas vezes, excludentes.

O campo de intermediação vem sofrendo mudanças qualitativas, diante da postura dos povos indígenas, que têm se colocado como sujeitos ativos na realização de seus direitos, fato que deve ser considerado na produção científica, segundo aponta Arruda (2001, p.60).

A participação dos povos indígenas no procedimento demarcatório é prevista no Decreto n.º 1.775, de 8 de janeiro de 1996, em artigo 3º, que dispõe que “o grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases”.

A Portaria n.º 14 de 9 de janeiro de 1996 determina que o grupo indígena envolvido deve participar no atendimento aos requisitos que tratam sobre a habitação permanente, atividades produtivas, meio ambiente e reprodução física e cultural. Consta da norma que deve haver registro de sua manifestação e fundamentos do acolhimento ou rejeição de suas posições pelo GT.

⁶⁸ O termo é utilizado pelo Professor Carlos Frederico Marés, em sua clássica obra “O Renascer dos povos indígenas para o direito”, conforme referências bibliográficas.

Oliveira Filho (1999a, p.184) destaca que a proposta dos limites da terra indígena entra no procedimento demarcatório por meio do relatório antropológico. Daí decorre a importância da participação dos povos indígenas na elaboração deste instrumento.

Neste sentido, o pluralismo jurídico comunitário-participativo trabalhado por Wolkmer (2002, p.169) fortalece a ideia de participação indígena, uma vez que envolve um “esforço para alcançar um outro paradigma de fundamentação da cultura política e jurídica”.

Ao descentralizar a legitimidade da produção normativa no Estado para a ação dos novos sujeitos coletivos⁶⁹, neste caso, os povos indígenas (2002, p.239), o pluralismo jurídico fortalece o traço valorativo da diversidade.

A definição de terras indígenas e a delimitação de seus limites a partir da manifestação dos próprios povos interessados atende ao marco da alteridade, novo paradigma em direitos indígenas.

Além da presença indígena no relatório de identificação e delimitação, é possível verificar a intensa participação dos Guarani na defesa de seus direitos territoriais, por meio de reuniões, seminários, assembleias, campanhas, fazendo-se ouvir por instrumentos como moções, petições, carta política.

Desta forma, participam ativamente da demarcação e fazem com que suas demandas ganhem visibilidade na cena pública.

O auge da luta pela terra Guarani do “Morros dos Cavalos” na época foi a campanha pela demarcação⁷⁰, iniciada em agosto de 2005, que consistiu na divulgação sobre o caso, por meio de *folders* entregues nas escolas e para o público em geral.

Cartões postais e mensagens eletrônicas foram enviadas pelos apoiadores ao Ministério da Justiça, manifestando-se as lideranças Guarani em entrevistas, dentre outras ações, que buscavam chamar a atenção da sociedade para a questão dos direitos territoriais indígenas (fls 654-659 do P.A. n.º 464/95).

⁶⁹ O autor refere-se ao “novo” em função da postura que os transforma de sujeitos inertes, dominados, para sujeitos emancipados “criadores de sua própria história” (WOLKMER, 2001, p.237).

⁷⁰ Maiores informações sobre a campanha pela demarcação da terra Guarani do Morro dos Cavalos no sítio eletrônico <<http://mcavalosrevolt.org/campanhaportugues.htm>>

Uma segunda campanha foi travada posteriormente, desta vez na forma de repúdio à matéria publicada em revista de ampla divulgação nacional, Revista "Veja", intitulada "*Made in Paraguai*", (edição n.º1999, de 14 de março de 2007), na qual o veículo buscava deslegitimar a presença indígena no "Morro dos Cavalos", com base no questionamento da identidade étnica da comunidade⁷¹.

Em resposta à matéria, foi elaborado um dossiê no qual manifestaram seu repúdio as lideranças indígenas, diversas entidades e profissionais, dentre muitos antropólogos, historiadores, educadores, representantes do legislativo estadual, FUNAI etc.

A atuação Guarani é marcante ao longo do procedimento. Ela se manifesta em vários momentos, a partir de suas várias lideranças, que vivem ou não⁷² no "Morro dos Cavalos".

É possível observar que o posicionamento dos Guarani tendem a uma mudança, postura que vai ao encontro da perspectiva dos processos territorialização, categoria trazida Oliveira Filho (1994, p.115-139), destacando que as terras indígenas estão em permanente revisão.

Num primeiro momento, os Guarani reclamavam uma área onde pudessem viver segundo seu modo de vida tradicional, diante da contrariedade dos órgãos ambientais.

Em reunião realizada em 20 de dezembro de 1995 na FATMA, com a presença de membros de representantes daquele órgão, do Ministério Público Federal e da FUNAI, entendeu-se necessário o levantamento de outras áreas para que os Guarani pudessem desenvolver seu modo de vida.

Segundo consta do relatório elaborado pela Procuradora da República, os índios presentes concordavam com o levantamento, mas informaram que sairiam do lugar somente com a segurança de terras onde pudessem desenvolver seu modo de vida tradicional (fls 38 do P.A. n.º 464/95).

⁷¹ A matéria é assinada pelo jornalista José Edward, que apresenta como suas fontes à página 56 a Gestar Consultoria Social, por Carlos Antônio Siqueira e a Antropowatch, por Walter Alberto Bensousan.

⁷² Isto se dá em função da própria dinâmica social existente no território Guarani, conforme apontou o relatório de identificação e delimitação de Maria Inês Ladeira, estudado anteriormente.

Posteriormente, a comunidade indígena passa a mostrar determinação quanto a seus direitos territoriais, previstos na Constituição Federal. Segundo Darella (2004, p. 179-180), isto se dá em função de processos políticos ocorridos durante os estudos para duplicação do BR-101. Na articulação com outras aldeias, os Guarani e os antropólogos fortaleciam seu ponto de vista:

Os trabalhos de campo efetivados para elaboração dos EIAs complementares dos trechos norte e sul em 1996 e 2000, oportunizaram troca de informações nas aldeias e considerável conjunção de dados que fermentaram reflexões e posicionamentos tanto dos Guarani quanto dos responsáveis pelos estudos no que se refere a trajetórias e ocupações territoriais (DARELLA, 2004, p.179).

A antropóloga Maria Dorothea Post Darella (2004, p.180), uma das autoras do “Relatório sobre as áreas e comunidades Guarani afetadas pelas obras de duplicação da BR 101 no estado de Santa Catarina, trecho Guaruva-Palhoça”, em sua tese pondera que se a construção do leito original da rodovia incidiu sobre território Guarani, a sua duplicação exigiu ações para a garantia de suas terras.

Em estudos de campo para elaboração do relatório apontado, Darella (2004, p.180) informa que os Guarani, “gradualmente perceberam o projeto de duplicação como canal político estratégico para solicitar respeito ao direito fundamental: terras preservadas para substantivar vida, alteridade, futuro”.

Na interface de sua concepção territorial com os direitos estabelecidos pelos não-índios, os Guarani tentam dialogar, expondo suas necessidades territoriais, conforme suas tradições.

Para discordar do primeiro GT, que estabeleceu uma área de 121,8 hectares, a comunidade justifica a sua demanda por novos limites, dentro do que corresponderia às suas necessidades de reprodução física e cultural:

[..] os locais de pesca, da caça tradicional, da coleta de material para artesanato, coleta de material para nossas casas, coleta de remédios tradicionais estão todos fora dos 121 ha. Ou seja, dentro da área proposta mal da para construir nossas casas (Anexo E).

Nesta petição, de 17 de julho de 2000, a comunidade indígena posiciona-se contrariamente à compra de terras pelo Estado, pois já vislumbra seus direitos territoriais como “originários”, não como parte de uma medida mitigadora ou indenizatória.

Confirmando a noção de territorialidade apresentada no relatório acerca do “complexo regional” Guarani, as lideranças demandam um novo relatório que “contemple as aldeias Morro dos Cavalos, Massiambu e o local denominado Tekoha Porã, como uma única terra” (Anexos F).

Na primeira demanda (Anexo E), exigem a ampliação do prazo do primeiro GT para que possam ser ouvidos e para que sua concepção seja respeitada. Em nova petição, de 04 de dezembro de 2000, a comunidade indígena já se posiciona no sentido da constituição de um novo GT.

Os Guarani pensam suas demandas não somente no plano histórico, mas com relação às suas necessidades atuais. Em manifestação feita na Assembléia do Povo Guarani, em novembro de 2002, as lideranças abordam a importância da demarcação:

Para nós é muito importante a terra com florestas, pois é nelas que encontramos os remédios, as ervas, que nos foram reveladas para nossa saúde. Algumas de nossas terras que restaram com florestas ainda não foram demarcadas por isso os ‘juruá’ e seus governos querem nos expulsar destes lugares (fls.322-325 do P.A. n.º 464/95).

Em manifestação ao Presidente da República, Ministro da Justiça e Presidente da FUNAI, em 15 de novembro de 2001, lideranças e representantes indígenas do Morro dos Cavalos expõem sua concepção territorial e a necessidade da demarcação (fls.810/811 do P.A. n.º 464/95).

Dentro da dimensão política que envolve a realização de seus direitos, e apontando uma visão estratégica para definir seu território, informam que não puderam escolher todas as terras que os antepassados usavam, “porque sabemos que nós não podemos pedir mais porque os brancos já vão reclamar” (fls.810/811 do P.A. n.º 464/95).

Esclarecem que a demarcação de “um pedaço de terra” é a garantia para vivenciar sua cultura:

Queremos a garantia da terra para viver nossa cultura com liberdade, cultivar nossa cultura, ensinar nossos filhos e netos. Porque hoje em dia, com a falta de uma terra verdadeira para nós, não podemos viver nossa vida e nossa cultura (nhande reko) completamente. (fls.810/811 do P.A. n.º 464/95).

Apesar de não dominarem a estrutura do discurso jurídico, a exposição que fazem sobre sua relação com a terra é transparente na configuração de suas necessidades de reprodução física e cultural.

Os Guarani concebem a tradicionalidade de seu território de forma dinâmica, em constante transformação pelas ingerências da sociedade envolvente e, ainda, não deixam de percebê-la como um espaço de pertencimento, onde podem desenvolver seu modo de vida.

3.3.2 Ministério Público Federal

O Ministério Público Federal tem como função institucional defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, conforme o artigo 129, inciso V da Constituição Federal.

Ao longo do procedimento demarcatório do "Morro dos Cavalos", observa-se a atuação intensa deste órgão na busca de efetivação dos direitos territoriais indígenas, com reiteradas cobranças de informações e agilização do procedimento junto aos diversos órgãos, em especial à FUNAI. Marcou sua presença também com participação em reuniões, seminários e pronunciamentos públicos.

A postura combativa deste órgão foi constatada por Isleb (2001, p.58-59), em monografia que versou sobre a atuação do Ministério Público Federal,

no caso da duplicação da Rodovia BR-101 no litoral catarinense, com relação aos direitos territoriais dos Guarani.

A importância da atuação do Ministério Público Federal ultrapassa a questão do zelo com que opera em nome dos interesses indígenas. Sua concepção de direitos territoriais, no caso do Morro dos Cavalos, envolve um diálogo e construção interdisciplinar com a perspectiva antropológica, bem como o reconhecimento das manifestações da comunidade indígena ao longo do procedimento.

Tal posicionamento é fruto de uma atuação compartilhada entre a Procuradoria da República e antropólogos iniciados ao final da década de 1980. Ilka Boaventura Leite (2005, p.16-17) pondera que a aproximação entre a Antropologia e o Direito materializa-se com a consolidação democrática do país, tomando como norte o respeito à diversidade cultural.

Na relação de eventos significativos para o avanço na questão dos laudos antropológicos, Leite (2005, p.18) aponta a Reunião da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) realizada em Florianópolis, no ano de 1990, onde formou-se um grupo específico para este tema.

Indica também o seminário “Perícia Antropológica em Processos Judiciais”, promovido pela ABA, Comissão Pró-Índio e Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, com participação de antropólogos, juristas e procuradores do MPF, com a posterior publicação de obra⁷³ (LEITE, 2005, p.18).

No estreitamento do diálogo entre o Ministério Público Federal com os antropólogos, destaca-se o acordo firmado entre a Associação Brasileira de Antropologia e a Procuradoria Geral da República, entre 1986 e 1988, pelo qual aquela instituição indicaria profissionais de seus quadros para a realização de laudos periciais ligados, principalmente, a questões indígenas (LEITE, 2005, p.17).

A “Oficina sobre Laudos Antropológicos” realizada pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA), em parceria com o “Núcleo de Estudos de Identidade e Relações Interétnicas”, do Departamento de Antropologia da UFSC,

⁷³ A obra publicada é “A perícia antropológica em processos judiciais” organizada por Orlando Sampaio e outros, publicada pela UFSC, em 1994.

em Florianópolis, no ano de 2000, produziu o documento “Carta de Ponta das Canas”⁷⁴, que serviria como parâmetro ao protocolo de cooperação técnica a ser firmado entre a ABA e a Procuradoria Geral da República (LEITE, 2005, p.21).

Além de tratar da responsabilidade social do antropólogo, da regularização da prática profissional e abordar métodos e conceitos, o documento encerra uma série de considerações sobre as tensões existentes no relacionamento entre a perspectiva antropológica e jurídica.

Seus subscritores, antropólogos experientes de várias áreas, entendem que esta tensão não deve ser superada, no sentido de subordinação de uma ciência sobre a outra. Ao contrário, a Carta traz recomendações para as condições do estabelecimento do diálogo, no qual o antropólogo possa traduzir ao operador do Direito outra realidade jurídica, social e política.

No ano de 2001, realizou-se também em Florianópolis, o “IV Encontro Nacional sobre a Atuação do Ministério Público Federal na Defesa das Comunidades Indígenas e Minorias”, consolidando-se o cenário para a renovação do acordo de cooperação técnica entre este órgão e a ABA.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2005, p.53-55), coordenadora da 6ª Câmara do Ministério Público Federal, órgão responsável pela revisão e atuação referente às comunidades indígenas e minorias étnicas, considera que o Convênio significa um princípio de aproximação da Antropologia a atuação dos procuradores e, no geral, com o Direito.

Ao desenvolver uma releitura da “Carta de Ponta das Canas” com relação à tensão entre o Direito e a Antropologia, Castilho (2005, p.57) destaca que, se esta não pode dar respostas exatas, tampouco pode o Direito. Esta reflexão é trazida, pela coordenadora da 6ª Câmara, ao campo da definição de “ocupação tradicional”.

Castilho esclarece que o Direito pode interpretar a ocupação tradicional de acordo com o que os antropólogos apontam, isto é, no sentido de prática cultural, ou, de outra forma, conceber o direito territorial ligado ao imemorial. Pondera sobre a importância da construção partilhada:

⁷⁴ Disponível na obra mencionada às páginas 34-41 (LEITE, 2005)

O antropólogo tem que perceber que pode ajudar o profissional do Direito a construir o jurídico.[...]. A Constituição não deu o conceito de índio, mas inaugurou uma nova forma de pensar e podemos construir o conceito jurídico usando os parâmetros da Constituição, mais próximos do conceito antropológico (CASTILHO, 2005, p.57).

Ao longo do procedimento demarcatório do "Morro dos Cavalos" é possível observar os frutos desta nova mentalidade jurídica, estabelecida pelo Ministério Público Federal por sua aproximação com o trabalho dos antropólogos.

O Ministério Público Federal, por sua procuradora da república em Santa Catarina, Analúcia Hartmann, demonstra a postura de ouvir as reivindicações da comunidade indígena e de atentar para a perspectiva antropológica na definição dos direitos territoriais.

Diante da recusa da comunidade indígena em aceitar os 121,8 hectares propostos pelo primeiro GT, o Ministério Público Federal solicita à FUNAI a agilização de novos estudos antropológicos com relação à terra indígena "Morro dos Cavalos".

O Ministério Público Federal, por sua procuradora Analúcia Hartmann manifesta-se favorável ao pedido da comunidade: "a julgar pela população hoje existente na área, topografia acidentada da mesma e a necessidade de cumprimento da Constituição Federal de 1988, no que pertine à reprodução física e cultural" (fls.189 do P.A. n.º 464/95).

Em pronunciamento na audiência pública realizada na Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em 11 de março de 2004, encaminhada à comissão externa do Senado Federal, a procuradora Analúcia Hartmann manifestou-se sobre a questão fundiária indígena no Estado (fls.492-495 do P.A. n.º 464/95).

A procuradora da República vale-se de fontes históricas e antropológicas para atestar a legitimidade dos direitos territoriais indígenas e da transparência dos processos demarcatórios no Estado de Santa Catarina.

Ao tratar especificamente da identificação e demarcação da terra indígena "Morro dos Cavalos", a procuradora afirma que o procedimento está sendo por ela fiscalizado e tem apoio no trabalho de uma das maiores antropólogas

brasileiras, referindo-se também aos estudos de impacto ambiental do gasoduto Bolívia-Brasil e da duplicação da BR-101, que atestam a presença indígena no Estado de Santa Catarina.

O firme posicionamento do Ministério Público Federal na defesa dos direitos territoriais indígenas baseia-se na valorização da perspectiva antropológica, neste caso consubstanciada pelo conjunto de estudos realizados sobre a terra indígena "Morro dos Cavalos".

Em razão de sua postura aberta ao diálogo interdisciplinar, e de sua atuação conforme a reivindicação da própria comunidade Guarani, o Ministério Público Federal tem primado pela legalidade, com a recente instauração de inquérito civil em novembro de 2007, e contribuído na concretização dos direitos territoriais indígenas.

3.3.3 O Governo do Estado de Santa Catarina e órgãos ambientais

A análise sobre o posicionamento e a concepção de direitos territoriais indígenas, manifestada pelo Governo do Estado de Santa Catarina, é empreendida no mesmo momento em que se desenvolve o estudo da visão dos órgãos ambientais. Isto se justifica porque todos aparecem como antagonistas à demarcação da terra indígena "Morro dos Cavalos". Apesar de cada qual partir de argumentação própria, sua concepção de direitos territoriais não se abre para o diálogo com a perspectiva antropológica.

A contrariedade do Estado de Santa Catarina à demarcação é observada logo no primeiro momento do procedimento, conforme carta mencionada no histórico da demarcação (Anexo A). O Procedimento Administrativo n.º 464/95 do Ministério Público Federal inicia-se com a preocupação da ABA acerca do pedido do governador do Estado para que se suspenda a portaria que constituiu o GT de identificação.

A questão das terras indígenas no sul do Brasil apresenta peculiaridades históricas apontadas por Silvio Coelho dos Santos (1973). O autor esclarece que a colonização tomou características de frente pioneira, num movimento no qual as pequenas propriedades agrícolas exigiam a expansão territorial sobre terras indígenas, gerando inúmeros conflitos interétnicos (SANTOS, 1973, p. 58).

No caso em análise, verifica-se que o Estado de Santa Catarina adota a postura da defesa da propriedade privada, em detrimento dos direitos territoriais indígenas.

Se a interação entre o Direito e Antropologia ocorre no contexto político da demarcação, conforme indica Castilho (2005, p.58), a ausência da integração destas visões conduz à negação dos direitos territoriais indígenas.

A ausência de intenção dialógica na concepção dos direitos territoriais indígenas por parte do Estado de Santa Catarina é observável quando, em 1993, repudia a constituição de Grupo de Trabalho para estudos e identificação de terras indígenas.

Ao final da demarcação, esta postura consolida-se com os Memoriais apresentados pelo Procurador do Estado Loreno Weissheimer, que deram azo à devolução do processo à FUNAI, sem apreciação do relatório de identificação e delimitação pelo Ministério da Justiça.

Os Memoriais apresentados pelo Estado de Santa Catarina, na etapa final do procedimento de demarcação, buscaram afastar o reconhecimento da terra indígena⁷⁵, por entender que não se tratava de terra tradicional. O Procurador do Estado de Santa Catarina argumenta que:

[..] não é necessário se alongar nos autos para concluir que a área em estudo não se constitui 'terra indígena', consoante exigência do art. 231, da Constituição Federal, na sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal (Anexo J).

⁷⁵ Além do argumento acerca da decisão do TCU, que não atinge o procedimento demarcatório, conforme mencionado.

Sem buscar o diálogo com a visão antropológica, o procurador sustenta a necessidade de "critérios jurídicos claros" para a identificação de área indígena. Expõe que o entendimento do Estado é de que os títulos dominiais apresentados pelas partes na contestação são anteriores ao ano de 1967, sendo assim, deveriam prevalecer sobre as terras indígenas⁷⁶.

Em sua argumentação, o Estado de Santa Catarina posiciona-se em defesa da propriedade privada, alegando que constitui cláusula pétrea da Constituição Federal, com base no artigo 5, inciso XXII. À ocupação indígena, os Memorais opõem a posse mansa e pacífica daqueles que possuem título de domínio, registrado em Cartório Imobiliário.

Em única tentativa de dialogar com a perspectiva antropológica, o Procurador sustenta sua argumentação com base no relatório de identificação primeiro GT, coordenado por Wagner Antonio de Oliveira, que não foi aprovado pela FUNAI e tampouco aceito pela comunidade indígena.

O Procurador do Estado de Santa Catarina baseia-se em elementos retirados do primeiro relatório, e sem nenhum critério antropológico, afirma que não haveria ocupação tradicional indígena no Morro dos Cavalos, pois a área teria sido ocupada há 32 (trinta e dois) anos, por apenas 1 (uma) família de "descendente" indígena (Anexo J).

O Estado de Santa Catarina argumenta ainda que a posse indígena seria garantida se os índios estivessem ocupando as terras no momento de incidência da previsão constitucional e não com relação a terras ocupadas no passado:

Portanto, segundo o que estabelece a Constituição Federal, na leitura que lhe faz a doutrina e o Supremo Tribunal Federal, a qualificação de terras como indígenas, pressupõe, terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente, contemporaneamente à promulgação da vigente Constituição Federal (Anexo J).

⁷⁶ Sem necessidade de recorrer ao conceito de tradicionalidade como entendido pela Antropologia, no campo jurídico esta tese é afastada por Dalmo de Abreu Dallari, por não haver direitos adquiridos contra a Constituição, conforme apresentado no capítulo 2, quando da análise do regime jurídico das terras indígenas.

Em detrimento da visão interdisciplinar, os Memoriais baseiam-se numa visão estritamente formalista e isolada, que acaba por favorecer a propriedade privada e por negar os direitos territoriais indígenas.

Em sessão plenária da Câmara dos Deputados, no dia 29 de março de 2007, o deputado federal Valdir Collato, secretário de articulação nacional do governo de Santa Catarina (2003-2006) desqualifica os estudos antropológicos realizados no "Morro dos Cavalos".

Em pronunciamento⁷⁷ sobre matéria veiculada na Revista "Veja", anteriormente apontada, afirma que os índios Guarani que habitam o "Morro dos Cavalos" não seriam brasileiros, que vieram de países vizinhos e que os *Mbûa* não possuíam semelhanças físicas nem culturais com os extintos carijós.

Com base na visão superada da cultura como algo estático, e sem uma perspectiva antropológica sobre as identidades étnicas, o deputado constrói seus argumentos contra a demarcação das terras indígenas no Morro dos Cavalos em Santa Catarina.

Sob outro ponto de vista posicionam-se os órgãos ambientais. Apoiados em uma visão conservacionista⁷⁸, idealizam a preservação do meio ambiente sem a presença dos povos originários, estabelecendo uma postura dissociada entre homem e natureza.

Tal perspectiva enseja preconceitos e posturas institucionais que prejudicam a realização da cultura tradicional indígena, negando-lhes, também, seus direitos territoriais, conforme disposto constitucionalmente.

Neste sentido, o Ministério Público Estadual, por sua Promotoria do Meio Ambiente, entende a presença indígena na área no Parque Estadual da Serra do Tabuleiro como uma questão de polícia, instaurando procedimentos investigatórios, em razão de denúncias de desmatamento por parte da FATMA e

⁷⁷ Pronunciamento realizado em sessão plenária na Câmara dos Deputados, em 29 de março de 2007. Por sua relevância para o caso do Morro dos Cavalos foi encaminhado ao Ministério Público Federal, por meio de sua assessoria parlamentar. Encontra-se acostado a fls.790-793 do P.A. n.464/95. É possível também acessá-lo na íntegra no sítio eletrônico <www2.câmara.gov.br/deputados/index.html/loadfream.html>.

⁷⁸ Diegues (1993, p.219-249) aponta que a visão conservacionista do meio ambiente trabalha com a idéia da preservação como um fim em si mesma, apresentando-a como "ecocêntrica", o que já prejudicou muito as populações tradicionais e indígenas.

petição de quem se diz proprietário de área no "Morro dos Cavalos", Alberto Bensousan (fls.79-97 do P.A. n.º 464/95).

Na comunicação da FATMA, dirigida ao Ministério Público estadual, verifica-se a falta de compreensão do que vem a ser os direitos territoriais indígenas, instituídos constitucionalmente.

Sem nenhum embasamento legal e sem apoio de qualquer análise antropológica, sugerem a transferência dos índios para outra localidade, pois no seu entendimento “eles somente necessitam de terra para morar e viver” (fls.90/91 do P.A. n.º 464/95).

A postura etnocêntrica deste órgão revela-se na informação destinada ao Ministério Público na qual revela que os índios morariam em barracos, cercados de lixo, num meio que “assemelha-se a uma favela” (fls.90/91 do P.A. n.º 464/95).

A visão privatista da propriedade, apresentada pelo Estado de Santa Catarina, com a argumentação dissociada da perspectiva antropológica e postura conservacionista dos órgãos ambientais não vislumbram a perspectiva do “outro” na sua relação com território. Operam, portanto, contra a efetivação dos direitos territoriais indígenas no novo paradigma da alteridade.

Ainda que o conflito de interesses esteja presente na demarcação, a falta de diálogo com a Antropologia, saber responsável pela tradução da cosmovisão indígena, apresenta-se como um obstáculo primeiro à realização dos direitos territoriais indígenas.

3.4 Direito e Antropologia no Processo de demarcação de terras indígenas

A relação estabelecida entre o antropólogo e o operador do Direito no procedimento demarcatório, por meio dos laudos, envolve questões complexas, mas que têm conseqüências jurídicas definidas: a efetivação de direitos territoriais (OLIVEIRA FILHO, 1999a, p.167).

A demarcação das terras indígenas envolve uma dimensão política, na qual se confrontam inúmeros interesses de proprietários, ambientalistas, administração pública e comunidades indígenas.

A falta da construção teórica interdisciplinar sobre o conceito de direitos territoriais indígenas apresenta-se como o primeiro óbice na realização dos direitos territoriais indígenas.

A cultura jurídica moderna, baseada no monismo, deixa de considerar a dimensão política presente na demarcação e na definição da territorialidade indígena. O direito moderno entende-se neutro e auto-referencial, não compartilhando da visão antropológica sobre territorialidade e identidade étnica e da normatividade produzida pelos povos indígenas.

Souza Filho aponta a dificuldade de reconhecimento dos direitos territoriais indígenas em locais de pressão política e de fortes interesses econômicos. Para além disso, pondera que os direitos indígenas no Brasil ainda continua submetido à concepção dos direitos individuais, “com a opção preferencial pela propriedade individual da terra” (SOUZA FILHO, 2003, p.96-97).

A construção da função social da terra representa um avanço com relação à visão privatista da propriedade, mas ainda significa a sua identificação com a produção capitalista: “Esta idéia deixa de fora a função social propriamente dita, isto é, o seu papel integrador de culturas e protetor do meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantindo a vida no planeta” (SOUZA FILHO, 2003, p.97).

A conjugação de esforços entre antropólogos e operadores do Direito é de fundamental importância para os povos indígenas, pois estes reivindicam seus direitos, valendo-se da terminologia jurídica da sociedade circundante (DALLARI, 1994, p.107-114).

Assim, a perícia antropológica, e no caso específico da demarcação, o relatório de identificação e delimitação de terras indígenas é o instrumento de mediação entre a visão indígena e não-indígena na realização dos direitos territoriais.

Paulo Santilli (2001, p.198) afirma que “A tradução é tarefa da antropologia, por excelência”. No entanto, o autor reitera a preocupação esposada

por Souza Filho sobre a dificuldade de transmissão da visão territorial dos povos indígenas para o Direito, tradicionalmente vinculado à noção de propriedade.

No caminho da definição do território indígena, Santilli (2001, p.198) esclarece que os “processos de territorialização”, categoria desenvolvida por João Pacheco de Oliveira Filho, contribui para a melhor tradução da relação dos povos indígenas com seu território.

Em artigo intitulado “Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho antropológico em laudos periciais” (1994), Oliveira Filho trata da dificuldade que enfrenta o antropólogo para responder, na forma objetiva pleiteada pelo Direito, qual é efetivamente o território indígena.

O autor informa que a definição de território indígena é, geralmente, o “nó de toda a disputa judiciária” e o ponto mais sensível no trabalho do antropólogo (OLIVEIRA FILHO,1999a, p.177).

Muito embora existam dificuldades próprias da tradução, Oliveira Filho (1999a, p.177) sinaliza que a definição da terra indígena deve ser feita no contexto situacional e não pode ser pensada ou descrita “segundo as coordenadas de um fenômeno natural”. Explica que o antropólogo deve afastar visões simplistas e românticas, veiculando no seu trabalho como o território é pensado pelo grupo indígena no momento presente.

Alerta, ainda, que o antropólogo não pode basear seu relatório na concepção de produtividade econômica ocidental e tampouco associar território à *habitat*. Para Oliveira Filho, (1994, p.115-139) a geografia humana, a sociobiologia e ecologia cultural têm demonstrado que a perspectiva naturalista de *habitat* apresenta limites, quando se refere à territorialidade de um povo.

Souza Lima (2005, p.51) destaca que o desenvolvimento de estudos antropológicos para o procedimento demarcatório de terras indígenas ganhou relevo somente na década de 70, sendo previsto, naquele momento, pelo Estatuto do Índio.

O autor demonstra que a identificação é uma categoria histórica, que acompanha a visão indigenista que a idealizou. Surgida no contexto evolucionista, a identificação era traçada por parâmetros derivados daquele

pensamento tais como “consenso histórico” sobre a ocupação, “grau de aculturação etc (SOUZA LIMA, 2005, p.51-56).

Perceber a historicidade desta categoria implica pensar em que medida o território indígena é definido a partir de suas tradições, numa perspectiva dinâmica, e até que ponto o grupo indígena é tomado como fonte de legitimidade no procedimento demarcatório (SOUZA LIMA 2005, p.56).

Santilli (2001, p.199-200) pergunta-se sobre a existência de espaço de interlocução entre o Direito e Antropologia. Parece trazer uma resposta pessimista ao entender que o Direito, ligado à “verdade dos fatos”, empresta às decisões legais uma legitimidade de que ela não dispõe.

Partindo da tradicional visão do jurista auto-centrado, que se conforma com o mito da neutralidade, emitindo decisões sem a participação dos legítimos interessados, Santilli (2001, p.199) entende que o impasse estaria na concepção de ciência de que se valem o Direito e a Antropologia.

O autor indica que a Antropologia teria se desvinculado dos postulados universais, mas o Direito ainda seria o “último reduto” da modernidade, buscando tornar verdade suas argumentações valorativas (SANTILLI, 2001, p.199)

De fato, é imperioso concordar com seu pensamento, pois os juristas são acostumados a trabalhar com o Direito em termos puramente racionais e lógicos, conforme aponta Marco Antonio Barbosa (2001, p.78).

Neste sentido é necessário reconhecer a dimensão política envolvida na demarcação e aprimorar a construção dos direitos territoriais indígenas com base na leitura dos conceitos antropológicos, que situa a demanda territorial historicamente e reconhece a dinamicidade das tradições.

O diálogo do Direito com a Antropologia, já iniciado pela Associação Brasileira de Antropologia e o Ministério Público Federal, gerou um bom relacionamento no procedimento demarcatório. No sentido oposto ao encontro, os atores que se posicionam contrários à demarcação têm uma leitura formal e dogmática sobre direitos territoriais.

A postura do diálogo interdisciplinar implica na mudança da própria cultura jurídica, de maneira a perquerir um novo marco pluralista, garantindo, assim, os direitos territoriais indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção teórica dos direitos territoriais indígenas pautou-se, ao longo da história, pelo paradigma da assimilação. Ao mesmo tempo em que existia a defesa dos direitos dos povos originários, operava-se com o mito da modernidade de que a catequização, ou posteriormente, a civilização justificava o ato irracional de submissão e violência.

O jusnaturalismo cristão influenciou a política colonial, de forma que em todo este período não se deixou de reconhecer direitos territoriais aos povos conquistados. A política de aldeamento encerrava os povos indígenas em espaços nos quais eram utilizada sua mão-de-obra e submetida a sua cultura. A possibilidade da guerra justa contra os índios legitimava a agressão contra os resistentes, principalmente com a vinda da família real para o Brasil.

A expansão territorial do Império e a inserção da propriedade privada no mercado, com sua regularização pela Lei de Terras de 1850, acirraram a expropriação de áreas indígenas. Persistia a defesa genérica dos povos indígenas, com uma visão derivada do liberalismo retórico, pelo qual se buscava a formação da nação brasileira e a civilização dos “bravios”.

A República, com a influência positivista, inaugurou uma nova fase “rumo ao progresso” no qual o discurso dos direitos indígenas ganhou conotação oficial. A proteção fraternal dos povos indígenas era idealizada pelo Estado que, mediante a criação do órgão oficial, iniciou a “nova conquista”, desta vez, denominada “pacificação”. O paradigma assimilacionista era previsto em lei, e a Constituição Federal de 1934 atribuiu, pela primeira vez, *status* constitucional aos direitos territoriais indígenas.

Apesar das garantias estabelecidas, a finalidade de transformar o índio em trabalhador nacional e converter suas terras para produção agrícola gerava o desrespeito a seus direitos étnico-culturais e territoriais. Os direitos territoriais estavam associados aos interesses de progresso da nação, o que fez com que fossem confinados em pequenas terras, buscando sua sedentarização, considerado o primeiro passo no caminho do evolucionismo.

Com o advento do Estatuto dos Índio, iniciou-se o procedimento de demarcação de terras, mas este ainda era feito com a finalidade de integrar os povos indígenas, sem atender as dimensões culturais e simbólicas de sua territorialidade.

A emergência do movimento indígena nos anos noventa conseguiu obter o reconhecimento internacional e de grande parte dos Estados latino-americanos sobre a pluralidade cultural existente dentro do Estado-Nação.

A Constituição Federal de 1988 abandonou o paradigma assimilacionista, reconhecendo aos povos indígenas sua organização social, língua e costumes. Assegurou a preservação de direitos culturais, em respeito à pluralidade de fontes de formação da cultura nacional. Com relação às terras indígenas, passou a considerar também seus aspectos simbólicos e culturais, visando assegurar a reprodução física e cultural dos povos indígenas.

Com isto, inaugura-se uma nova fase de luta pela concretização dos direitos indígenas dentro de uma perspectiva de respeito à sua identidade étnica e cultural. Neste sentido, demonstrou-se a necessidade de estabelecimento do diálogo entre o Direito e Antropologia para a realização dos direitos territoriais, uma vez que esta é responsável pela tradução da cosmovisão do “outro”.

Os direitos territoriais indígenas foram analisados do ponto de vista jurídico, com relação ao seu regime e fundamentos. Diante de um amplo rol de garantias, como a posse permanente, a imprescritibilidade, inalienabilidade e a prescrição de nulidade aos atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse das terras indígenas, passou-se ao estudo de seus fundamentos.

O fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas na atualidade baseia-se no argumento construído por Mendes Junior, no início do século XX, os direitos originários. Diante de uma ampla análise da legislação colonial, o jurista defende que os direitos territoriais indígenas teriam sido resguardados do processo de conquista. Embora esta fundamentação ainda seja muito utilizada para resguardar os direitos indígenas, constatou-se que ela foi desenvolvida no contexto em que predominava a visão evolucionista.

Diante da perspectiva do respeito à identidade indígena, encontrou-se, na elaboração antropológica, que o pluralismo fundiário brasileiro

deriva da própria diversidade cultural, o que pode indicar caminhos para a nova fundamentação jurídica dos direitos territoriais indígenas.

Seara da Antropologia, a tradicionalidade é elemento para configuração da terra indígena. Neste sentido verificou-se o papel das identidades étnicas e sua relação com a demanda por terra. Enquanto grupo organizacional que não se prende a elementos primários de uma cultura estática, os povos indígenas ressignificam suas tradições, e reelaboram seu território. O Direito não deve estar alheio a esta realidade apresentada pela Antropologia, sob pena de estabelecer os direitos territoriais de um ponto de vista monista e etnocêntrico.

Muito embora o diálogo interdisciplinar seja imprescindível, ele não deve ser fechado ao Direito e à Antropologia. Os povos indígenas, legítimos interessados na realização de seus direitos, devem ter participação neste diálogo e na demarcação das terras indígenas. Com base no pluralismo jurídico comunitário-participativo foi possível destacar a presença indígena no caso concreto do “Morro dos Cavalos”.

A demarcação analisada pelo estudo de caso ainda está em curso. Ao longo de um processo que não se estabelece de maneira linear, como imaginado pela lógica formalista do direito moderno, é possível verificar avanços e retrocessos na busca da realização dos direitos territoriais indígenas.

A postura do Ministério Público Federal, com seu histórico de construção conjunta à Associação Brasileira de Antropologia, demonstra que o diálogo é imprescindível para realização dos direitos territoriais indígenas.

Sem deixar de ouvir a comunidade indígena, este órgão atuou de forma combativa para a concretização da demarcação, apresentou sua visão de direitos territoriais em consonância ao estabelecido constitucionalmente, bem como à visão atual da Antropologia.

Os povos indígenas, ao longo do procedimento, demonstram um amadurecimento com relação à construção de seus direitos junto ao poder estatal. Com clareza expõem elementos sua territorialidade, considerando a realidade atual de seu território. Ao final é possível verificar que sua atuação, a princípio voltada aos casos regionais da demarcação, passou a um quadro geral de terras Guarani, com

sua articulação nacional. Os novos atores, de fato, apresentaram-se como protagonistas centrais na construção de seus direitos.

A visão formal-tecnicista do Direito foi verificada na postura do Estado de Santa Catarina, que desde o primeiro momento não quis sequer que os estudos antropológicos sobre as terras indígenas fossem desenvolvidos. Sua concepção é traçada a partir de uma visão privatista da terra, com base na legitimação formal da titularidade e buscando descaracterizar, sem apoio antropológico, a identificação dos Guarani com a área do “Morro dos Cavalos”.

Os órgãos ambientais analisados adotam uma postura conservacionista sem dialogar com Antropologia para conhecer a relação dos Guarani com seu território, cujas atividades produtivas desenvolvem-se, segundo o relatório de identificação, com respeito aos períodos reprodutivos das espécies e de forma tradicional.

Ao final, foi possível confirmar que a falta de diálogo entre o Direito e a Antropologia gera uma “cortina de fumaça” sobre os direitos territoriais indígenas, constituindo-se, dentro de um procedimento permeado de interesses contraditórios, um primeiro óbice na sua realização.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O diretório dos índios**: um projeto de "civilização" no Brasil do século XVIII. Brasília: UNB, 1997.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Os indígenas do Brazil: seus direitos individuais e políticos. São Paulo, Typ.Hennies Irmãos, 1912.

_____. **Direito judiciário brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

_____. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ANDRADA e SILVA. José Bonifácio de. **Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil**. In: Caldeira, Jorge. São Paulo: Ed.34, 2002, p.183-199. (Coleção Formadores do Brasil).

ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. Imagens do índio: signo da intolerância. In:GRUPIONI, Luís Donisete Benzi et al.(Org). **Povos indígenas e tolerância**: construindo práticas de respeito e solidariedade. São Paulo: EDUSP, 2001, p.43-61.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.

BENGOA, José. **La emergencia indígena en América Latina**. Chile: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BEOZZO, José Oscar. **Leis e regimentos das missões**. Política indigenista no Brasil. São Paulo: Loyola, 1983.

BHABHA, Homi K. *Dissemination: time, narrative and the margins of the modern nation*. In: Bhabha, Homi K. (Org.). **Nation and narration**. London. NY: Roulledge, 1990, p.291-322.

BRASIL. Constituição (1988). Atualizada até a Emenda Constitucional nº.31, de 14-12-2000.27.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1934). Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 de julho de 2007.

BRASIL. Decreto n.º 1775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em <www.socioambiental.org>. Acesso em nov.2006.

BRASIL, Decreto n.º O Decreto n.º 736 de 6 de abril de 1936. Aprova, em caráter provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios a que se refere a lei n.º 24.700, de 12 de julho de 1934. Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 23 de julho de 2007.

BRASIL, Decreto n.º 9214, de 15 de dezembro de 1911. Regulamenta o Serviço de Proteção aos Índios e proteção aos trabalhadores nacionais. Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 23 de julho de 2007.

CALEFFI, Paula. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI. In: SIDEKUM, Antonio. (Org.) **Alteridade e multiculturalismo**. Unijuí: Ijuí, 2003, p.175-204.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A atuação dos antropólogos no Ministério Público Federal. In: LEITE, Ilka Boaventura.(Org.). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: Nuer/ABA: 2005, p.53-58.

Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual. Organización Internacional del Trabajo: France, 2003.

COLAÇO, Thais Luzia. **"Incapacidade" indígena**: Tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. Os "novos" direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MORATO LEITE, José Rubens (Org.) **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p.75-97.

CROSSMANN, R.H.S. **A biografia do Estado moderno**. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1980.

CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. **O atual regime jurídico das terras indígenas**. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade**. 2.ed.São Paulo: Brasiliense,1987a.

_____. **Os direitos do índio**. Ensaios e documentos.São Paulo: Brasiliense, 1987b.

_____. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras,1998. p.133-154.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos sobre terras indígenas. In: DALLARI, Dalmo de Abreu; DANTAS, Beatriz Góis (Org.).**Terra dos índios Xocó**. Estudos e Documentos. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1980.p.9-11.

_____. Argumento antropológico e linguagem jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio et al. (Org.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994, p.107-114.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O direito diferenciado: pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil**.163 f.Tese -Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná,Curitiba, 2003.

DARELLA, Maria Dorothea Post. **Ore Roipotã Yvy Porã**. "Nós queremos terra boa": Territorialização Guarani no Litoral de Santa Catarina -Brasil. 405 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). —Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, São Paulo.2004.

_____. MELLO, Flávia Cristina de. As comunidades Guarani e o processo de duplicação da BR –101 em Santa Catarina: análise da questão territorial. In: LEITE, Ilka Boaventura.(Org.). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: Nuer/ABA: 2005, p.157-170.

DIEGUES, Antônio Carlos. Populações tradicionais em unidades de conservação: o mito moderno da natureza intocada. In: VIEIRA, Paulo Freire; MAIMON, Dália (Org.). **As ciências sociais e a questão ambiental: rumo à interdisciplinaridade**. Rio de Janeiro. UFPA, 1993. p.219-249.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade.** Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. 1492. *El encubrimiento del outro. Hacia el origen del "mito de la modernidad"*. La Paz: Plural, 1994. Disponível em <<http://168.96.2000.17/ar/libros/dussel/1491/1492.html>. Acesso em: 1 março de 2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** Vol1. Porto Alegre: Globo, 1977.

FARIÑAS DULCE, María José. *La tensión del "pluralismo" desde la perspectiva filosófica intercultural.* In: **Derechos y libertades.** Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, Madrid, p.101-204, 2003.

FISHER, Luly Rodrigues da Cunha. "Os recortes na terra dos 'filhos do guaraná': implicações jurídicas das sobreposições de unidades de conservação na terra indígena Andirá-Maraú", de. In: **Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República.** São Paulo: Hucitec, 1989.

GASSEN, Valcir. **A lei de terras de 1850 e o direito de propriedade.** 236 p. Dissertação (Mestrado em Direito) —Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HALL, Stuart. **Quem precisa de identidade?** In: SILVA, Tomaz Tadeu da. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais.* Rio de Janeiro, Vozes, 2000. p.103-133.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26.ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

ISLEB, Suzan Post. A Atuação do Ministério Público Federal em defesa dos direitos indígenas relacionados à demarcação de terras. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) — Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2001.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.2** ed.rev.atual.Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.349-371.

LADEIRA, Maria Inês et al. **Terra Indígena Morro dos Cavalos –Tekoa Yma.** Relatório de Identificação e Delimitação. São Paulo: 2002.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura:** um conceito antropológico. 17 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

LARANJEIRA, Raymundo Laranjeira. A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito à indenização por benfeitorias. In: SANTILLI, Juliana.(Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição.** Porto Alegre: Núcleo de direitos indígenas/Sergio Fabris Editor, 1993, p.65-80).

LEITE, Ilka Boaventura. Os laudos periciais: um novo cenário na prática antropológica. In: LEITE, Ilka Boaventura.(Org.). **Laudos periciais em debate.** Florianópolis: NUER/ABA, 2005, p.15-28).

LEITE, Jurandyr Carvalho Ferrari. A identificação de terras indígenas. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.).**Demarcando terras indígenas.** Brasília: FUNAI, 1999, p.99-123.

LIMA, Rui Cirne. **Pequena historia territorial do Brasil:** sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria do Estado de Cultura, 1990.

LITTLE, Paul. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil:** por uma antropologia da territorialidade: Brasília, 2002.
Disponível em <<http://www.unb.br/ics/dan/Serie322empdf.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília:DF, Ano I, n.5, p.69-88, out./dez. 2002.

MARTINS, Wilson. **História da inteligência brasileira**. Vol.V. São Paulo: Cultrix, 1977.

MELIÁ, Bartomeu. **El guaraní conquistado y reducido: ensayos de etnohistoria**. 4.ed. Assunción: CEADUC, 1997,

MENDES, Artur Nobre. Reconhecimento das Terras Indígenas:situação atual. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.).**Demarcando terras indígenas**.Brasília: Funai, 2002,p13-22.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**.Tomo VI.2. ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MONTANARI JUNIOR, Isaias. **Demarcação de terras indígenas na faixa de fronteiras sob o enfoque da defesa nacional**. 138 p. Dissertação (Mestrado em Direito) —Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

MONTEIRO, John Manuel. Os Guarani e a história do Brasil meridional: séculos XVI-XVII. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.) **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, p.475-498.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho antropológico em laudos periciais. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**, 1998, p.269-295.

_____.**Ensaio em Antropologia histórica**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999a.

_____. Uma etnologia dos "índios misturados": situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de (Org.) **A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1999b, p.11-36.

PEIRANO, Mariza Gomes e Souza. **Uma antropologia no plural**: três experiências contemporâneas. Brasília: UNB, 1992.

PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado pluriétnico. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. (Org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/Laced, 2002, p.41-47.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial.(séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.).**História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras,1998, p.115-132.

_____. Terras indígenas na legislação colonial. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo,v.95, p.107-118,2000.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Etnicidade**. Seguidos de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. São Paulo: UNESP, 1997.

RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas**. 2. ed.São Paulo: Ática, 1988.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *El derecho como manifestación del humanismo clásico español: Francisco de Vitoria, Luis de Molina y Francisco Suárez*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). **Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente**. Barueri: Manole, 2005, p.51-83.

REVISTA VEJA, “*Made in Paraguai*”. Edição n.º1999, de 14 de março de 2007.

RIBEIRO, Darci. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 5 ed.Petrópolis: Vozes, 1986.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras,1987.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.São Paulo: IEB, 2005.

SANTILLI, Márcio. Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.). **Demarcando terras Indígenas**. Brasília: Funai, 1999, p.23-43.

SANTILLI, Paulo. Ciência, Verdade, Justiça. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi et al. (Org.). **Povos indígenas e tolerância: construindo práticas de respeito e solidariedade**. São Paulo: Edusp, 2001, p.191-201.

SEMINÁRIO sobre territorialidade Guarani. A questão da ocupação tradicional. 2001. CIMI-Sul, MU/UFSC. Florianópolis/SC. Relatório Final.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Índios e brancos no sul do Brasil: a dramática experiência dos Xokleng**. Florianópolis: Edeme, 1973.

_____. O direito dos indígenas no Brasil. In: **A temática indígena na escola**. Brasília: MEC. 1995. A temática indígena na escola. Novos subsídios para professores de 1º e 2º Graus. Brasília: MEC, 1998, p.87-108.

SCHADEN, Egon. **Aspectos fundamentais da cultura guarani**. 3.ed. São Paulo: Edusp, 1974.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil -1870-1930**. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris Editor, 1993, p.45-50.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Vol. 3. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (Org.). **O índio perante o direito**. Florianópolis:UFSC, 1982, p.89-97.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de. Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática da proteção fraternal no Brasil. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco.(Org.).**Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1987, p.149-204.

_____. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. Da guerra de Conquista ao poder tutelar -Elementos sobre a relação entre Estado nacional e povos indígenas no Brasil Republicano. In: AZEVEDO, Francisca L. Nogueira; MONTEIRO, John Manuel.(Coord.). **Confronto de culturas**: conquista, resistência, transformação. Rio de Janeiro: EDUSP, 1997, p.345-367.

_____. O governo dos índios sob a gestão do SPI.In: CUNHA, Manuela Carneiro.(Org.).**História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.155-172.

_____. A identificação como categoria histórica. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Antropologia e identificação**: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2005. p.29-73.

SUESS, Paulo.(Org.). **A conquista espiritual da América espanhola**: 200 documentos. Petrópolis: Vozes, 1992.

THOMAS, Georg. **Política indigenista portuguesa no Brasil**: 1500-1640. São Paulo: Loyola.

VITORIA, Francisco de. **Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra**. Tradução Luis Frayle Delgado. Madrid: Tecnos, 1998. (Clásicos del Pensamiento,137).

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. Índios, leis e políticas. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (Org.). **O índio perante o direito**. Florianópolis: UFSC, 1982, p.31-38.

ZAVALA, Silvio A. **Las Instituciones jurídicas en la Conquista de América**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1971.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. de M. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Direito e justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

_____. **História do Direito no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. O direito como parte da ordem divina: Justiniano, Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2003, p.15-32.

_____. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos direitos". In: WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas[...]**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-30.

_____. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade**. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2006.

Sites de consulta:

Câmara dos Deputados – Disponível em <www2.câmara.gov.br/deputados/index.html/loadfream.html>.

Instituto Socioambiental – Disponível em <<http://www.socioambiental.org>>.

Morro dos Cavalos – Disponível em <<http://mcavalosrevolt.org/campanhaportugues.htm>>.

Organização das Nações Unidas – Disponível em <<http://www.um.org>>.

Senado – Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>.

Universidade de Brasília/Departamento de Antropologia – Disponível em <www.unb.br/ics/dan>

ANEXOS

ANEXO A — Carta do Governador do Estado de Santa Catarina ao Ministro da Justiça

ANEXO B — Portaria do Presidente FUNAI n.º 973/93

ANEXO C — Memorial e Carta Topográfica do relatório do GT coordenado por Wagner Antonio de Oliveira;

ANEXO D — Moção de Repúdio da Câmara Municipal de Palhoça

ANEXO E — Carta da comunidade Guarani à FUNAI, de 17 de julho de 2000.

ANEXO F — Carta da comunidade Guarani à FUNAI, de 04 de dezembro de 2000

ANEXO G — Portaria da Presidência da FUNAI n.º 838, de 16 de outubro de 2001.

ANEXO H — Resumo do Relatório de Identificação da terra indígena Morro dos Cavalos, de autoria de Maria Inês Ladeira, publicado no Diário Oficial do Estado.

ANEXO I — Relatório de reunião realizada no Ministério Público Federal

ANEXO J — Memoriais apresentado pelo Estado de Santa Catarina

ANEXO K — Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça

ANEXO L — Recomendação do Ministério Público Federal à FUNAI

ANEXO M — Portaria do Ministério Público Federal n.º 093, de 26/11/2007