

## Artigos

Recebido: 02.02.2017

Aprovado: 03.03.2017

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.3520>

\* Fundação Getulio Vargas (FGV)  
DIREITO SP)  
São Paulo, SP

## Critérios de “indianidade” e propriedade: um breve balanço da história dos Guarani Kaiowá

Janaina Nascimento Silva\*

### RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o direito de propriedade indígena no Brasil. Ao longo das três partes deste artigo se procurou estudar a definição dos critérios de identidade étnica e auto-determinação voltados para a identificação de povos indígenas, bem como, fazer um breve levantamento dos possíveis modelos de proteção, compensação ou reparação da violação do direito de propriedade indígena. Por fim, partindo-se da análise da identidade étnica e constatações quanto a propriedade indígena objetivou-se aplicar os conceitos apresentados aos povos da etnia Guarani Kaiowá, de modo a se verificar o comportamento, tanto legislativo, quanto jurídico, brasileiro em relação a essas comunidades quando o assunto em discussão é a proteção (ou violação) do direito de propriedade indígena.

**Palavras-chave:** Indígenas; Identidade; Propriedade; Guarani Kaiowá.

### Criteria of “Indianness” and property: a brief review of the history of the Guarani Kaiowá

### ABSTRACT

This paper aims to analyze the indigenous property rights in Brazil. Throughout the three parts of this paper, it was the intention of this work to study the definition of the ethnic identity criteria and self-determination for the identification of indigenous peoples, as well, to do a brief analysis of the possible models for the protection, compensation or reparation of the violation of indigenous property rights. To conclude, considering the analysis of ethnic identity and findings regarding indigenous property, this paper had the objective to apply the concepts presented, to the peoples of the Guarani Kaiowá ethnic group, in order to verify the Brazilian legislative and judicial behavior in relation to these communities, when the issue under discussion is the protection (or violation) of indigenous property rights.

**Keywords:** Indigenous People; Identity; Property; Guarani Kaiowá.



## Introdução

O presente trabalho teve como escopo de análise o direito de propriedade indígena no Brasil. Buscou-se compreender de que modo os parâmetros de proteção e reparação, tanto nacionais, quanto internacionais se aplicam em casos de violação do direito de propriedade indígena, mais especificadamente no caso do povo Guarani Kaiowá.

Nesse sentido, o principal instrumento para a realização deste trabalho foi a análise bibliográfica, unindo a doutrina do direito a antropologia, com o objetivo de identificar precisamente quais parâmetros nacionais e internacionais se encontram disponíveis para a proteção e reparação de comunidades indígenas. Empregou-se ainda, um levantamento acerca da situação vivida por duas comunidades dos povos indígenas da etnia Guarani, os Guarani Kaiowá.

Para então poder responder ao seguinte questionamento: de que modo o ordenamento jurídico brasileiro está lidando com o direito de auto-identificação indígena e ligação ancestral com a propriedade, sobretudo dos povos Guarani Kaiowá quando estas comunidades, levando em consideração o contexto histórico, foram inseridas nas rotas de desenvolvimento na região centro-sul do Brasil?

Assim sendo, este trabalho foi dividido em três partes. A primeira e segunda primeira parte tiveram como objetivo a apresentação do modo com que ocorre a identificação de comunidades indígenas. Também se procurou brevemente demonstrar quais seriam os instrumentos de proteção e reparação de povos indígenas, apresentados pelo ordenamento jurídico nacional e internacional quando há uma violação ao direito de propriedade indígena.

Coube a terceira parte se propor a aplicar essa identificação étnica e os critérios de proteção e reparação apresentados, aos índios da etnia Guarani Kaiowá, reforçando, principalmente a relação ancestral que se tem com as terras – *tekoha*, e o modo com que a existência e conservação destas é essencial para a manutenção do modo de vida dos Kaiowá. Procurou-se também, entender a questão jurídica envolvendo estes povos, analisando dois processos para cumprir com esse objetivo.

Nesses casos, procurou-se aplicar os critérios de proteção e reparação que poderiam ter sido utilizados, considerando que este artigo se propôs a fazer uma análise da forma com que o direito de propriedade indígena é tratado no Brasil.

## Critérios de identificação dos povos indígenas: cultura e autodeterminação

Povos indígenas possuem o direito de organizar sua própria cultura, bem como, seus hábitos, costumes, tradições, organização social, linguagem e crenças. Tais direitos, garantidos de maneira autônoma se baseiam em uma contemporânea visão de multiculturalismo através do qual “reconhecimento mútuo e continuidade cultural” (GONÇALVES; COSTA, 2016, p. 315) parte da sociedade (o “nós”) para aqueles cidadãos que são identificados como culturalmente diferentes dos demais indivíduos da sociedade (o “eles”).

Nesse contexto, dentre as diversas formas de se identificar a “indianidade” desses povos, e construir uma identidade coletiva, vale ressaltar que ao longo deste trabalho focaremos na identificação pela cultura e na auto-identificação étnica.

### **Identificação Indígena: cultura**

Para os defensores da identificação indígena que parte da base cultura, é preciso que exista um compartilhamento de valores e práticas dos antepassados pré-colombianos, incluindo características de uma sociedade ou grupo social que são distintivas das demais pessoas que compõem o “nós”. Inclui-se aqui características: espirituais, materiais, intelectuais e emocionais. Bem como, arte, literatura, modo de vida (individual ou coletivo), sistemas de valores, tradições e crenças (LENEZERINI, 2014, p. 117).

Esse critério de identificação, possui, contudo, dois pontos que podem ser discutidos, e que, por tabela, podem levar ao abandono desse critério:

a. A cultura se trata de um resultado da organização social, e não uma característica que deu origem à comunidade.

b. A cultura partilhada, na atualidade, não é necessariamente a cultura que foi partilhada pelos ancestrais desses povos.

Como bem preceitua Lenezerini em “*Reconctualizing International Human Rights Law*” (2014, p. 118) cultura se trata de um conceito marcado por uma evolução constante e sem pausas, assim sendo, muitas vezes um conceito de cultura estático acaba prendendo os povos indígenas à práticas e costumes que não condizem com as modificações que o tempo, contato com outros indivíduos, bem como, acesso aos bens de consumo modernos trouxe.

Ressalta-se, portanto, o caráter dinâmico que permeia a vida dos povos indígenas, considerando que os mesmos sofrem os efeitos de mudanças culturais que acontecem ao longo dos anos no Brasil. Com base nisso, a busca pela integração dos povos indígenas à comunidade nacional, tornou difícil a aplicação desse critério como fator de identificação.

### **Identificação Indígena: auto-identificação étnica**

Considerado como aquele que mais se aproxima das necessidades indígenas, a auto-identificação étnica de uma maneira simplificada trata-se da capacidade que as comunidades possuem de decidir quem pertence e também quem não pertence ao seu grupo étnico.

Nesse sentido, a doutrinadora Manuela Carneiro da Cunha apresenta o entendimento de que:

[...] os grupos étnicos só podem ser caracterizados pela própria distinção que eles percebem entre eles próprios e os outros grupos com os quais interagem. Existem enquanto se consideram distintos, não importando se esta distinção se manifesta ou não em traços culturais. E, quanto ao critério individual de pertinência a tais grupos, ele depende tão-somente de uma auto-identificação e do reconhecimento pelo grupo de que determinado indi-

víduo lhe pertence. Assim, o grupo pode aceitar ou recusar mestiços, pode adotar ou ostracizar pessoas, ou seja, ele dispõe de suas próprias regras e inclusão e exclusão. (GRUPIONI, 1999, p. 31)

A auto-identificação compreende, portanto em se auto-identificar como componente de um grupo, assim como, ser identificado pelas demais pessoas como integrante desse grupo.

## Identidade étnica

A auto-identificação se correlaciona com a questão da identidade, ao ponto em que para que exista uma identificação seja preciso que se saiba o que seria a identidade indígena, também compreendida como “identidade étnica”.

Etimologicamente, etnia possui como significado “[...] um conjunto de pessoas (nação) vivendo juntas, compartilhando e reconhecendo a existência de costumes comuns” (TRIMBLE; DICKSON, 2005). Já identidade deriva de noção de *idem*, ou seja, se trata de coisa ou pessoa que se mantém igual ao longo do tempo e das circunstâncias enfrentadas. Deste modo, empreende-se que identidade étnica compreende “[...] a igualdade encontrada entre um grupo ou nação que compartilham costumes, tradições, experiências históricas e, em alguns momentos, habitam a mesma área” (TRIMBLE; DICKSON, 2005, p. 1).

Fredrik Barth (1969, p. 10-11), apresenta uma definição de identidade étnica se baseia nos critérios de:

- a. perpetuação biológica de uma população;
- b. compartilhamento de valores culturais por uma população;
- c. existência de formas de comunicação e interação entre essa população;

d. a existência de um caráter social que identifica uma população, e que permite que terceiros sejam capazes de compreender que essa população faz parte de uma categoria de comunidade que é distinta das demais categorias existentes no mesmo nível.

Não se distanciando muito da concepção de que “uma raça = uma cultura = uma linguagem” (BARTH, 1969, p. 11), Barth, na verdade, critica tal proposição por entender que a mesma “nos impede de entender o fenômeno de grupos étnicos e o lugar desses grupos na sociedade humana e na cultura” (BARTH, 1969, p. 11).

A existência de um modelo predefinido no formato muito próximo ao um de *checklist*, através do qual o cumprimento (ou não) de uma lista de requisitos define se o indivíduo é (ou não) indígena, levaria a uma interpretação de que as comunidades se mantêm isoladas, organizadas e dotadas de culturas próprias que as diferem das demais comunidades. Na realidade, cultura, para esse autor, compreende não uma definição primária ou uma característica que define a organização de um grupo étnico. Trata-se na verdade uma implicação ou resultado dessa organização do grupo étnico. E por isso, o fenômeno de se partilhar uma cultura acaba se tornando uma consequência da etnicidade (VILLAR, 2004, p. 171).

O que importa para Barth, não seria a cultura por si só, e sim, as “fronteiras étnicas”, e seus laços sociais, que podem se desdobrar em características territoriais. (BARTH, 1969, p. 15).

A escolha por se observar a organização, comportamento e relações sociais, para garantir que haja uma identidade étnica entre os grupos, considerando primordialmente as fronteiras, e em segundo plano a cultura, afastando-se do modelo de *checklist* previamente proposto, garante que não exista um isolamento dos grupos, permitindo que os próprios membros de um povo sejam os responsáveis pela definição de quem é e de quem não é parte de um determinado grupo étnico.

Apesar da importância dessa construção da noção de identidade étnica de Barth, o referido autor é criticado por outros antropólogos, que compreendem que a limitação da identificação de um grupo pela existência das fronteiras étnicas, não é correta. Seria preciso, para além disso, também se levar em conta o material cultural que também os define. De acordo com essa interpretação, Barth somente estaria interessado em analisar a interação e os contatos que a sociedade desenvolve, sem levar em conta a estrutura da mesma.

De todo modo, considerando essa crítica, conclui-se que a identidade étnica não se trata de um conceito fixo. Tendo em vista, a constante mudança a qual se submetem os grupos étnicos, essa identidade deve ser considerada como “[...] um conceito fluido e dinâmico de entendimento pessoal e da experiência étnica. Identidade Étnica é construída e modificada por indivíduos que se tornam conscientes de sua etnia [...]” (TRIMBLE; DICKSON, 2005, p. 2).

Em nenhum momento o conceito de identidade étnica pressupõe o isolamento entre as comunidades, formando aquilo que poderia ser entendido como uma ausência de mobilidade, contato e informação com as demais comunidades. Barth compreende que a interdependência entre grupos étnicos é um fator positivo para a criação dessa identidade distinta, sem resultar no que se pode compreender como uma “[...] redução na relevância da organização das identidades étnicas ou uma destruição no processo de manutenção das fronteiras” (BARTH, 1969, p. 32-33).

Compreende-se que o fator identidade étnica é construído através de processos sociais, sendo que a “[...] etnicidade não é uma condição estável senão uma relação negociada entre um grupo e outros, entre estes grupos e o Estado” (VERAS; BRITO, 2012, p. 113). E para isso, é interessante destacar que a cultura continua sendo um conceito importante no processo de auto-identificação, e sobretudo, de auto-determinação de grupos étnicos que extraem dessa noção de cultura, a base para a concretização de direitos individuais e coletivos (LENEZERINI, 2014, p. 123-124).

## **A identificação de comunidades indígenas: pela perspectiva do direito internacional e do direito nacional**

### **O direito indígena e os regimes jurídicos do direito internacional**

Diante da comum “necessidade” de categorização apresentada quando a temática é pertinente a minorias étnicas, caberá a cada Estado a definição de “suas” comunidades indígenas, considerando que

os mesmos possuem a competência para definir em última instância quais grupos de indivíduos serão considerados como indígenas em seu território. Isto posto, a depender do ordenamento jurídico, criam-se diferentes qualificações e direitos atribuídos a povos indígenas.

De mesmo modo se posiciona o campo dos direitos humanos. A regulamentação acerca de direitos indígenas poderá se enquadrar em duas categorias específicas de direitos humanos. A primeira será a categoria dos direitos individuais, que podem ser demandados por qualquer pessoa, e a segunda, e mais comum, é a categoria dos direitos coletivos, que abarcam minorias (étnicas, religiosas ou linguísticas), voltada para a proteção dos direitos de um grupo, que possui o direito de acesso à todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

### **Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**

Considerada como o primeiro instrumento voltado para a proteção de povos nativos, tribais ou semitribais que viviam em países independentes, a Convenção n. 107 da OIT foi criada em 1957. De acordo com seu primeiro artigo, esta Convenção se aplicava:

- a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;
- b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

Nesse contexto, o Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais (MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 2009, p. 312) ressalta que a Convenção se baseava na ideia de estágio de desenvolvimento, ou seja, os povos indígenas eram reduzidos a um grupo de pessoas dentro da nação, tendo proteção até o momento em que se assimilassem ao restante da população. Assim sendo, a Convenção n. 107 buscava a transformação dos povos indígenas em cidadãos normais, pois, entendia que esses indígenas estavam em um estado de desenvolvimento menos avançado e que deveriam alcançar um nível cultural mais adiantado.

### **Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**

Da necessidade de revisão da Convenção n. 107, tanto em função do abandono dos conceitos de assimilação, bem como, da aceitação ao direito de autodeterminação, previsto na Carta das Nações Unidas, surge a Convenção n. 169 da OIT que tem por escopo a proteção dos povos indígenas e tribais de países independentes, garantindo o respeito a sua integridade como povos e não como grupos da população ou sociedade tribais, tal como previa o Acordo n. 107 da OIT.

Ao definir seus sujeitos passivos, coube a este documento, também demonstrar a distinção entre comunidades indígenas e comunidades tribais:

Artigo 1.

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte dela.

Uma comunidade tribal consiste em uma comunidade não indígena, levando em consideração a região que essa comunidade habita. Apesar de possuírem muitas características similares com as apresentadas pelos povos indígenas, como tradições sociais, culturais e econômicas que os diferem do restante da comunidade nacional, a identificação com seu território ancestral, e uma regulação, ao menos parcial, com base em seus próprios costumes, normas e tradições (Caso do Saramaka v. Suriname, 2007, par. 79), dependem da “auto identificação” ou “consciência de sua identidade indígena ou tribal”, bem como, da existência de uma organização cultural, social e econômica diferente do restante da comunidade nacional e diferentes costumes e tradição e/ou reconhecimento legal especial, para que sejam consideradas como comunidades tribais.

A identificação de uma comunidade indígena, nessa mesma linha de pensamento, está relacionada a dois elementos básicos: um subjetivo e outro objetivo. O elemento subjetivo, traz a auto-identificação como um dos critérios fundamentais para a identificação da comunidade como indígena. No que tange ao elemento objetivo é possível elencar, considerando as disposições do artigo primeiro da Convenção 169:

- a. a continuidade histórica, tendo em vista que, precisam ser comunidades que derivam de povos que habitavam as terras antes da colonização ou conquista;
- b. conexão com o território ancestral;
- c. a conservação de instituições próprias (sociais, culturais, econômicas e políticas), distintas e específicas.

### **Critérios de proteção e reparação da propriedade das comunidades indígenas**

A Convenção n. 169 da OIT passa a delimitar a questão da proteção para as comunidades indígenas, estabelecendo padrões de interpretação e direitos humanos fundamentais para estes povos. Ratificado por 22 países, esse documento reforça a proteção do direito de consulta prévia, livre e informada, que é considerado por Vacaflor e Flemmer (2015, p. 812) como um dos mais importantes para a proteção de povos indígenas.

Ganha destaque a necessidade de participação das comunidades tradicionais na elaboração de projetos de desenvolvimento que irão afetar sua sobrevivência cultural. Bem, como se estabelece como forma de proteger o caráter sagrado das terras e territórios, a necessidade de respeito, inclusive aos aspectos coletivos desta relação com local habitado.

E mais, se antecipa a possibilidade de violação do direito de propriedade das comunidades indígenas, prevendo formas prévias de proteção que se somam com as propostas de reparação no caso de danos. Assim sendo, cabe entender que:

#### Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.
2. Quando, excepcionalmente, **o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa.** Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.
3. **Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.**
4. **Quando o retorno não for possível,** conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, **esses povos deverão receber,** em todos os casos em que for possível, **terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, em que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.**
5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento. (grifo nosso)

### Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada em 2007 pelo Conselho das Nações Unidas trata-se de uma Resolução, e não de um contrato internacional legal e válido. Por possuir maior importância política e prazo de validade, garante uma extensão na proteção aos povos indígenas que já tinha sido inicialmente prevista pela Convenção n. 169 da OIT (VACAFLOR; FLEMMER, 2015, p. 812)

O artigo quarto da Declaração, define que a auto identificação é o principal fator de determinação dos povos como indígenas. Essas comunidades terão a capacidade de livremente determinar o seu desenvolvimento econômico, social e cultural, ou, mais precisamente:

[...] no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Deste modo, empreende-se que a autodeterminação concedida a esses povos não é ilimitada, a ponto de permitir que esses povos criem direitos próprios ou ameacem a unidade política e territorial do país em que se encontram (autodeterminação no aspecto externo). Compreende-se ainda, que os povos indígenas poderão se auto administrar e ter autonomia territorial (autodeterminação no aspecto interno).

### **Regimes jurídicos nacionais de identificação de comunidades indígenas**

Tendo em mente o histórico brasileiro de tratamento do povos indígenas, sobretudo, marcado pela assimilação desses povos e definição de incapacidade dos mesmos, as normas brasileiras responsáveis por disciplinar os direitos de comunidades indígenas, sofreram grandes transformações a partir do momento em que adotaram a postura de reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, ou seja, se alinharam a uma agenda multicultural, prevendo inclusive, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o dever de se assegurar a formação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (sociedade pluriétnica/multicultural) no Brasil.

A Constituição Federal desenvolve as noções de um Direito Constitucional Indigenista Brasileiro por meio dos artigos 231 e 232:

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

[...]

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Apesar de ter sido bastante “econômica”, vide os dois artigos supramencionados, o conhecido “Direito Constitucional Indigenista Brasileiro” conta com os seguintes princípios:

- a) princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios originários e existentes no território nacional;
- b) princípio do reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios; e
- c) princípio da igualdade de direitos e da igual proteção legal.

(ANJOS FILHO, 2009)

Nesse sentido, a atuação da União, os estados e municípios, deve ser sempre pautada no sentido de respeitar e preservar a cultura dos povos indígenas, sempre atentando para o fato de que no Brasil cada grupo indígena detém traços culturais distintos, assim como, possuem regras e procedimentos culturais

específicos. Vale mencionar, ainda, mencionar que a Constituição Federal adota os critérios de auto-identificação e hetero-identificação.

### **Crítérios de proteção e reparação da propriedade das comunidades indígenas**

Nacionalmente, dentre os instrumentos normativos que tratam da proteção e reparação da propriedade de comunidades indígenas, serão aqui apresentados: o Decreto Legislativo n. 143 de 20 de junho de 2002, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973, mais conhecida como Estatuto do Índio.

A Constituição Federal, responsável por limitar a retirada compulsória de povos indígenas de suas terras e territórios, em casos de “catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País”, prevê a possibilidade de retorno imediato assim que cessarem as causas que levaram ao deslocamento compulsório de uma determinada população. (Artigo 231, parágrafo 5º)

Diferente daquilo que era aceito no Estatuto do Índio, a Constituição Federal limitou as hipóteses de intervenção em somente circunstâncias excepcionais, que englobam catástrofe ou epidemia e o interesse da soberania do país. Essas hipóteses têm por escopo assegurar a manutenção das terras e territórios, protegendo consequentemente a cultura e a identidade étnica dos povos indígenas.

Notadamente, a interpretação em favor da proteção indígena deve ser feita de maneira restritiva, por ser, um privilégio garantido constitucionalmente a esses povos. Assim sendo, quando se fala, por exemplo, de uma limitação da propriedade indígena com base no interesse da soberania nacional, essa restrição deve sempre estar em conformidade com as intenções do legislador constituinte, que previu essa exceção, mas, manteve a necessidade de proteger as comunidades indígenas.

Insta, ainda, salientar que o Ministério Público Federal no Processo n. 28944-98.2011.4.01.3900, apresenta a noção de Anjos Filho acerca de interesse da soberania nacional, que entende que:

[...] interesse da soberania nacional é expressão demasiada ampla e que por isso mesmo permite uma enorme gama de variações hermenêuticas, o que pode levar a à [sic] insegurança e à situações de deliberada distorção do-texto constitucional com o propósito de violar direitos indígenas, razão pela qual seu conceito deve ser preenchido pelo legislador ordinário, à luz dos princípios da máxima proteção às comunidades indígenas e do in dubio pro indígena, não sendo possível determinar a remoção antes dessa providência legislativa, cuidando-se, nesse ponto, de norma constitucional de eficácia limitada e conteúdo programático.<sup>1</sup>

Portanto, garantiu-se a possibilidade de intervenção, mas, a mesma foi constitucionalmente limitada, ou seja, assim que cessar o risco, referente à epidemia, catástrofe ou soberania nacional, os povos indígenas devem ser restituídos em sua propriedade, sob pena, de ser considerada como inconstitucional qualquer intervenção que não leve em conta essa determinação.

---

<sup>1</sup> Informações adicionais: BRASIL. Justiça Federal. 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará. Autor: Ministério Público Federal do Estado do Pará. Ação Civil Pública n. 28944-98.2011.4.01.3900. Belém, v. 01, p. 16, 2011.

Vale ressaltar ainda, que o STF já se manifestou no sentido de que:

[...] A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. [...] Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições.<sup>2</sup>

Assim, a proteção constitucional é igualmente reforçada através do Parágrafo 6 do Artigo 231 que entende pela nulidade de atos de indivíduos que pretendem ocupar, obter domínio ou explorar as riquezas naturais de terras e territórios ocupados por populações indígenas.

O STF também se manifestou sobre a mencionada questão, entendendo que:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF)<sup>3</sup>.

Deste modo, a proteção constitucional brasileira, buscou se adequar aos padrões internacionais de proteção das comunidades indígenas, estabelecendo de maneira clara de que forma a identidade étnica desses povos deverá ser preservada. Apesar de não apresentar uma proteção que proíbe totalmente qualquer forma de intervenção na propriedade indígena, também não é possível que se despreze as proteções já conquistadas, entendendo que essas disposições são essenciais para a conservação das terras e territórios indígenas, que ainda são na atualidade, alvos de inúmeras disputas.

## O caso dos Guarani Kaiowá

Procurando contextualizar os critérios de identificação de povos indígenas que foram apresentados, incluindo aqueles elencados por diversos instrumentos normativos, sejam eles nacionais e internacionais, a parte seguinte deste artigo se propõe a apresentar de maneira breve a situação dos povos indígenas intitulados Guarani Kaiowá e como o ordenamento jurídico brasileiro vêm se comportando diante desses povos.

## Histórico

Os povos indígenas da cultura Guarani, iniciaram sua ramificação da cultura Tupi por volta do século V, passando a possuir uma identidade étnica própria no século XVI. Esses povos se localizavam em

<sup>2</sup> Informações adicionais: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80.240, Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 20 de junho de 2001.

<sup>3</sup> Informações adicionais: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388, Plenário. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 19 de março de 2009.

uma região de difícil acesso, entre o Rio Apa, a Serra de Maracaju e os rios Brilhante, Ivinhema, Paraná, Iguatemi, hoje fronteira entre o Mato Grosso do Sul e o Paraguai.

A organização social dos povos Guarani, buscava a formação de núcleos familiares autônomos, que usavam a mobilidade em seu favor, pois através dela, consolidavam o manejo ambiental e a proteção dos recursos naturais disponíveis, assim como, evitavam a ocorrência de conflitos internos entre famílias.

Apesar de terem se protegidos por muitos anos, em função da sua localização de “difícil acesso” no período de colonização brasileira, os Guarani Kaiowá ocupavam terras que eram consideradas como estratégicas para o avanço do povoamento do Brasil, e por isso, começaram a ser disputadas, ao mesmo tempo em que esses povos foram submetidos ao contato dos colonizadores por meio da catequização (Missões Jesuíticas) e do sistema de “*encomenderos*”, que permitia ao colonizador espanhol, empregar a escravização, com pretensões de proteção.

Da fuga dos bandeirantes, durante o século XVII, formaram-se subgrupos dentro da etnia guarani, os Guarani Kaiowá ou Paĩ-Tavyterã. Esses povos se dirigiram para o sul, durante a segunda metade do século XVII, ocupando, depois, de maneira definitiva, a região do atual Mato Grosso do Sul. Com essa nova localização, essas comunidades mantiveram-se distantes do contato com os “não indígenas” até por volta da década de 1880, quando se iniciou o processo de exploração da erva mate, que passou a ser produzida por empresas que tinham o monopólio na exploração desse produto.

O estudioso Antonio Brand (2004, p. 139) complementa esse entendimento, quando expressa que:

[...] após a guerra do Paraguai, [...] se instala na região a Companhia Matte Larangeira. Esta Companhia, embora não questionasse a posse da terra ocupada pelos índios, nem fixasse colonos e desalojasse comunidades, definitivamente, das suas terras, foi, contudo, responsável pelo deslocamento de inúmeras famílias e núcleos populacionais, tendo em vista a colheita em novos e por vezes distantes ervais. Interferiu menos, ao que parece, na estrutura social interna dos Kaiowá e Guarani do que as iniciativas posteriores. Tampouco constituíram problema mais sério as primeiras fazendas de gado que no final do século XIX e início do século XX se instalaram nas regiões de campo entre Amambai, Ponta Porã e Bela Vista, pois, como já dito acima, os Kaiowá e Guarani localizavam suas aldeias, preferencialmente, nas regiões de mata.

Neste período grande parte das matas foram conservadas, garantindo aos Guarani a manutenção em seus territórios. Todavia, essa relativa tranquilidade acabou por volta de 1920, se intensificando em 1950, com a desapropriação das terras indígenas para a ocupação de colonos. Como consequência o Estado, através do Sistema de Proteção aos Índios (SPI), cria reservas indígenas, buscando assim, conter o fluxo dos mesmos em direção à costa do país.

Ainda assim, as reservas indígenas não foram bem recepcionadas, ocasionando uma intensificação das políticas públicas voltadas para esse povo, como a instalação de Postos Indígenas e a criação de oito Reservas destinada para os Kaiowá e Nandeva no Mato Grosso do Sul. No período, a concepção integracionista estava em alta, portanto, buscava-se garantir educação escolar, assistência sanitária, organização social nos moldes definidos pelo governo, assim como, ensinar aos indígenas lições religiosas e prepará-los para o trabalho, como parte da sociedade - “o nós”. O objetivo era assimilar, e confinar os povos Guarani antes dispersos no atual Mato Grosso do Sul.

Importante frisar que, ocorreu ainda, a redução o tamanho das áreas destinadas para as reservas indígenas. O motivo? Interesses de desenvolvimento regionais. Desconsiderava-se os imemoriais padrões de relacionamento e ocupação das terras indígenas e buscava-se concentrar as comunidades em pequenas áreas, possibilitando, assim, que os não-indígenas pudessem ocupar e explorar as terras outrora tradicionalmente ocupadas.

Desde 1920 existiam políticas voltadas para a desapropriação das terras dos povos Guarani. Esses deslocamentos eram seguidos de atos de violência por parte daqueles que não integram a comunidade indígena. A partir da década de 40 o desmatamento, conjugado com a criação de fazendas de gado e colônias agrícolas, também se tornou responsável pelo deslocamento dessas comunidades. A relação que se tem o território tradicional foi afetada, a terra já não possuía os elementos que eram necessários para garantir a subsistência da comunidade, restando a migração, como uma tentativa de garantir sua sobrevivência.

Há aqui, uma aplicação do que Guilherme Gonçalves e Sérgio Costa (2016, p. 318) compreendem como um padrão na violação dos direitos humanos na América Latina. A garantia dos direitos de uma elite, aqui representada pelos responsáveis pela expansão nacional, seja no período de colonização, seja hoje, com o agronegócio, muitas vezes se contrapõe com a violação sistemática de direitos de autodeterminação e propriedade, seja de povos indígenas como os Guarani Kaiowá, ou ainda de populações tribais, como os quilombolas.

Essas terras foram incorporadas pelos colonizadores, sem qualquer preocupação com as consequências impostas aos indígenas. Ocorreu nesse período um confinamento compulsório, ou seja, existiu uma transferência sistemática e forçada de aldeias dos povos Kaiowá, para as oito Reservas Indígenas, que acabou resultando em impactos étnicos, como a destituição de símbolos, costumes e tradições, bem como, a criação de fronteiras fixas, com terras limitadas, antes inexistente.

A *tekoha* passa a ser delimitada através das regras do colonizador, demonstrando claramente a noção de que a identidade étnica das comunidades indígenas não é imutável, sendo suscetível a mudanças decorrentes do contato com “não indígenas”.

No final de 1970, aqueles que ainda se mantinham na terra ancestral, enfrentaram forte resistência por parte dos não indígenas, que queriam expulsar esses povos para os Postos Indígenas. Deste modo, a soma de todas as violações, pressões e sofrimentos impostos ao povo Guarani, criou nestes indivíduos o desejo de reaver as terras tradicionais.

A terra passa então a ser reivindicada, pois, as famílias Guarani ainda possuem ligação com esses espaços territoriais específicos – as *tekoha*. Cria-se uma forte resistência ao deslocamento dos territórios tradicionais, assim como, nasce a necessidade de recuperar as terras que foram retiradas de sua propriedade compulsoriamente.

Um grande símbolo desse movimento foi a criação da Assembleia Guarani e Kaiowá, chamada de *Aty Guasu*. Líderes dos povos guarani se reúnem para discutir e criar formas de resistência para o etnocí-

dio, ao deslocamento forçado e a dispersão de suas famílias. Essa Assembleia foi responsável pela união dos povos em busca da devolução de suas terras, assim como, pela demarcação das terras já ocupadas.

Na atualidade, o subgrupo dos Guarani Kaiowá se ramificou em diversas tribos, que possuem suas áreas administradas pela FUNAI. Segundo a Anistia Internacional em 2005, os Guarani Kaiowá possuíam 27 territórios reconhecidos oficialmente, no Estado do Mato Grosso do Sul. Para a FUNAI, em 2015, esses povos passaram a possuir 08 reservas declaradas, 14 terras homologadas, 06 terras declaradas, 02 identificadas, 08 em estudo e 01 GT desconstituído (MORAIS, 2015, p. 105-106). E, em consulta ao sítio eletrônico da FUNAI no ano de 2017, constatou-se que dentre as 30 terras indígenas tradicionalmente ocupadas pelos Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul, identificou-se 15 terras regularizadas, 05 ainda em estudo, 05 já homologadas, 03 declaradas e 02 já delimitadas.

Essa atuação estatal, progressiva, porém em descompasso com a velocidade requerida pelas comunidades Guarani-Kaiowá, trata-se de uma forma de corrigir a situação vivenciada por esses povos, que, segundo a Anistia Internacional, são exemplos de povos que convivem com a pobreza, cercados por plantações de soja e cana de açúcar, sobrevivendo em Reservas Indígenas superpovoadas. Essas comunidades sofrem com problemas típicos da sociedade contemporânea como a má nutrição, problemas de saúde, condições de vida precária, suicídio, violência e alcoolismo.

### A questão jurídica envolvendo os Guarani Kaiowá

A presença histórica das comunidades Guarani Kaiowá na região do Mato Grosso do Sul é indiscutível, assim como, sua perda do território para grileiros, posseiros, companhias privadas e ações desenvolvimentistas do governo voltadas para a implantação de programas de agricultura, se tornou parte do histórico desses povos.

A necessidade de proteger o território ainda ocupado, somando, ao fenômeno de “reterritorialização”, compreendido por Barbosa da Silva como “o ímpeto de grupos Guarani por recuperação de terras, objetivando constituir espaços de exclusividade étnica, mas com um conteúdo e significado diverso do que a ação do SPI acabou por gerar” (Morais, 2015: 131), levou os Guarani Kaiowá a reocuparem, ao longo dos anos, pequenas porções de terras, que faziam parte de seu território tradicional.

Essa decisão das comunidades, apesar de submeter os indígenas a condições de vida precárias, em terras, geralmente próximas ao seu território ancestral, tem por objetivo, para alguns estudiosos, buscar que sua presença nas terras acelere o processo de demarcação oficial feito pela FUNAI.

Para outros, a presença desses povos nas proximidades faz parte do que se pode compreender como um movimento cultural de “*jaha jaike jevy*” ou “vamos entrar e recuperar” os territórios. Promovido pelos próprios indígenas, a retomada de uma *tekoha* dependeria, inclusive, de uma preparação religiosa, o que tornaria esse movimento de reocupação, menos político, na forma de pressão contra a Funai, e mais cultural e histórico, para os povos indígenas envolvidos (MORAIS, 2015, p. 229-230).

Essa busca pela retomada da terra desencadeou o atual conflito de terras que os Guarani Kaiowá enfrentam. As comunidades passaram a questionar o direito de propriedade de grandes latifundiários, que receberam terras indígenas doadas pelo Governo, assim como, o direito de grileiros ou daqueles que compraram ou incluíram em suas propriedades os lotes que tinham sido concedidos aos colonos, no momento em que se retirou compulsoriamente os povos indígenas de suas terras ancestrais.

A tentativa de retomada da terra tradicional também se expandiu para o campo do Judiciário. E, não é raro que a retomada da terra, realizada de maneira forçada, pelos indígenas, leve aos atuais proprietários (ou posseiros) a procurarem por seus direitos através de lide nas quais afirmam que são os verdadeiros proprietários e possuidores das terras. Há ainda, os aqueles que fazem “injustiça com as próprias mãos”.

### STF: Ação Cível Originária n. 1606/MS – Mato Grosso do Sul

O primeiro processo a ser analisado é a Ação Cível Originária n. 1606/MS – Mato Grosso do Sul, apresentada no Supremo Tribunal Federal, de Relatoria da Ministra Carmen Lúcia. Essa ação proferiu Decisão Monocrática em 11.04.13, acerca de área alienada em 1923, que no período pertencia ao Estado do Mato Grosso, e hoje, está localizada no Estado de Mato Grosso do Sul<sup>4</sup>.

A área em discussão é o imóvel rural denominado “Fazenda Brasília do Sul”. Alienada pelo governo para os antepassados dos autores no ano 1923, discute-se se a ocupação e propriedade, em função do tempo de domínio da área.

Para os autores não se cabe falar de ocupação indígena na área, já que a área é ocupada por sua família há décadas. Contudo, o que seria a propriedade indígena? Quais são os “critérios” para identificar essa propriedade e como o ordenamento jurídico brasileiro trata a propriedade indígena, quando ela entra em confronto com o direito de propriedade de terceiros de boa-fé? Há a aplicação de um limite temporal entre o tempo que os indígenas ocuparam a terra e o momento em que os mesmos buscam a retomada de seu território ancestral?

Observe-se que o TRF da 3ª Região, no Agravo de Instrumento n. 2005.03.00.063274-7/MS, já se pronunciou no sentido de que:

Na contraposição entre os valores envolvidos, como o interesse de grupos indígenas e o patrimônio particular de fazendeiros, deve prevalecer o primeiro, que envolve o coletivo. (...) Não se pode olvidar que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, caput e inc. III, da CF) devem se sobrepor ao direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII, da CF). O relacionamento dos índios com a terra não representa a mera exploração econômica. (ANJOS FILHO, 2011, p. 8)

Na Ação Cível Originária a prova pericial antropológica, nos moldes apresentados para a identificação nacional de terras indígenas propostos pelo Decreto 1775/96 e pela Portaria MJ n. 14 de 1996, foi deferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS, por ser considerada como indispensável para se esclarecer a ocupação tradicional e permanente dos índios no local,

<sup>4</sup> Informações adicionais: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 1606 do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 11 de abril de 2013.

O Estado do Mato Grosso do Sul defendia que a alienação realizada pelo Estado do Mato Grosso em 1923 era considerada como legal por estar de acordo com o artigo 3º da Lei n. 651/1850, responsável por conferir aos Estados a propriedade de terras devolutas. Sendo assim, seria o Estado do Mato Grosso do Sul capaz de dispor das áreas que lhe pertenciam.

Em sua defesa, o Estado demonstra ainda que a questão relevante, ou seja, a controvérsia dos autos giraria em torno de:

[...] se reconhecer ou não no ordenamento jurídico a posse imemorial dos silvícolas, causada pela incontestada pretensão dos índios Guarani Kaiowá e da Funai de reconhecer como terra indígena propriedade ocupada e adquirida por particulares há quase um século, cujo título dominial primitivo fora adquirido por seus antecessores do Estado de Mato Grosso em consonância com o ordenamento jurídico vigente à época (Constituição de 1891) (fl. 1718 do processo).

Inegável a presença de um “antagonismo de interesses” entre a União e o Estado do MS em relação à validade da alienação que aconteceu em 1923. De um lado, a União através da FUNAI expressa nos autos interesse de demarcar a área como indígena, por entender que o território pertence à comunidade indígena Jaguary. Do outro lado, o Estado do Mato Grosso do Sul defendia que a área é de propriedade e posse dos autores e que sempre foi utilizada por não índios, não tendo sido comprovada a existência de indígenas nessa área desde 1923.

A decisão da Ação Cível, bem como, do seu Agravo Regimental, foi o declínio de competência por parte do STF, determinando o retorno Ação Declaratória de Domínio n. 2005.60.06.000880-2 para a na Primeira Vara da Justiça Federal de Naviraí do Mato Grosso do Sul. Contudo, apesar do não prosseguimento da ação no Supremo, o que se procurou analisar?

Em primeiro lugar, os Guarani Kaiowá envolvidos na questão são indígenas. E, não há dúvida disso. Segundo a Convenção n. 169 da OIT, apesar do conturbado processo histórico de colonização brasileira, esses povos se mantiveram historicamente, ao mesmo tempo em que se readaptavam às realidades impostas. Assim, partindo-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial, a conexão com o território ancestral, por ser imemorial, independe da existência de um lapso temporal em que o povo ocupou ou não o território, já que existiu uma conservação de instituições próprias (sociais, culturais, econômicas e políticas) que os distinguem de outros povos (“nós”).

Aqui se comprova a necessidade de saber os critérios necessários para se identificar os povos indígenas, e mais, de se conhecer a importância que a terra e territórios, tem para esses povos, a ponto de existirem critérios específicos de proteção e reparação no caso de violação desse direito de propriedade indígena. De todo modo, conclui-se que a postura de reconhecimento do direito de propriedade dos autores configuraria uma afronta aos direitos imemoriais.

#### **Justiça Federal: Processo n. 0000032-87.2012.4.03.6006 – Mato Grosso do Sul**

O processo n. 0000032-87.2012.4.03.6006, proposto na Primeira Vara da Justiça Federal de Naviraí do Mato Grosso do Sul, será o segundo processo a ser analisado no presente artigo.

Trata-se de uma Ação de Manutenção de Posse, na qual o autor da ação alega ser o legítimo possuidor e proprietário da Fazenda Cambará, apresentando até o Registro Imobiliário da área. Aduz ainda que ocorreu a turbação da área por índios da Aldeia Sassoro/Aldeia Ramada, que permanecem no local e em sua aldeia, de maneira alternativa.

A União em defesa das comunidades indígenas apresentou os seguintes argumentos:

[...] de que não houve invasão, atos de violência ou ameaça praticados pelos índios ou danos na propriedade do autor. Noticiou que o autor e os demais proprietários vizinhos contrataram segurança privada para se proteger dos índios. Acrescentou que o deferimento da liminar pode deflagrar conflitos fundiários na região, pois para os índios a terra tem um sentido especial, cuja conservação depende da sua própria ação.<sup>5</sup>

Constatou-se, através de informação técnica apresentada pela FUNAI, que a área em questão está localizada na Bacia de Iguatemi (MS), tratando-se de um local disputado pelos povos indígenas, por se tratar da área de ocupação tradicional conhecida como *Tekoha Pyelito Kue*. Vale ressaltar que a FUNAI já tinha incluído essas propriedades como área de estudo para identificar e delimitar as áreas tradicionalmente ocupadas pelos Guarani Kaiowá e Nandeva<sup>6</sup>.

Logo, comprova-se que inexistia uma posse exclusiva, mansa e pacífica, como o autor havia alegado. A União apresentou ainda que a retomada da posse de territórios feita pelas comunidades indígenas é oriunda de decisões dos povos, que não podem ser orientados nesse sentido, pela FUNAI ou pela própria União.

O MPF em sua manifestação:

Aduziu que os índios, desde a época da implantação da política indigenista levada a efeito pelo Serviço de Proteção ao Índio na década de 20, foram confinados em áreas que podiam ou não coincidir com as áreas que eles tradicionalmente ocupavam, como foi o caso da então criada Terra Indígena Sassoró. Afirmou que faz parte da cadeia dominial da propriedade do autor um antigo explorador de erva-mate que usou de sua influência política para beneficiar seus interesses particulares, expropriando terras de ocupação indígena em favor da titulação privada, especialmente as áreas que permitissem acesso ao Rio Iguatemi e seus portos, de modo que quem foi esbulhado na sua posse, há muitos anos atrás, foram os indígenas Kaiowá da aldeia Pyelito. Acrescentou ter certeza que a área pertence aos indígenas, com base nos documentos técnicos analisados.

Resta claro, que se trata de uma situação em que os indígenas da etnia Kaiowá foram removidos compulsoriamente de suas terras em função de interesses regionais, que na época, estavam voltados para a ocupação e exploração dos recursos naturais disponíveis. A atual resistência dos Guarani também fica evidenciada nessa ação, pois, a reocupação forçada de áreas antes consideradas como parte do território é o cerne da questão a ser discutida.

A decisão da liminar da presente ação se preocupou tão somente com a questão possessória, em sentido restrito, sem se levar em conta a quem a terra pertencia. O juízo entendeu que por se tratar de ação possessória, contra a invasão de terras possuídas por terceiros, a ordem jurídica não poderia tolerar essa

<sup>5</sup> Informações adicionais: BRASIL. Justiça Federal. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Naviraí do Estado do Mato Grosso do Sul. Ação de Manutenção de Posse n. 0000032-87.2012.4.03.6006. Autor: Osmar Luis Bonamigo. Réu: União Federal e outros. Naviraí, 2012.

<sup>6</sup> O processo demarcatório foi iniciado através dos seguintes instrumentos: Portaria n. 790 de 10/07/2008 PRES, Instrução Normativa n. 1413/DAF de 23/11/2009 e Portaria n. 1.229 de 06/09/2010 PRES/FUNA.

conduta, seja de indivíduo indígena ou não indígena.

Assim, considerou-se que a garantia do direito do autor não estaria de nenhuma forma constituindo, no que magistrado entende, por desprezo ou indiferença pela situação da comunidade indígena, que na decisão foi posta em uma posição vitimizada, sendo a parte mais fraca que sofre com a inércia de órgãos que públicos que não fizeram até o presente momento a demarcação de suas terras tradicionais.

Em uma decisão em total desconformidade com a atual disciplina constitucional dos Direitos Indígenas, o Juiz Federal colocou nas mãos da União e da FUNAI a responsabilidade pela tutela legal das comunidades indígenas ainda não integradas à comunhão nacional, usando do Estatuto do Índio para fundamentar sua decisão. Declara ainda que é:

[...] inescapável a conclusão não apenas de que cabe a elas impedir que seus tutelados provoquem danos a terceiros, como também de que cabe a elas a responsabilidade pelos atos dos índios, exatamente como ocorre com a tutela do direito comum.

Trata-se de uma decisão de 17.09.12, ou seja, uma decisão relativamente recente que ainda mantém um padrão de interpretação errôneo sobre a questão indígena. Isso demonstra que o Judiciário ainda não se adaptou totalmente a mudança de paradigma proposta pela Constituição Federal em 1988, e gerou como reação das comunidades indígenas, a apresentação de uma Carta dos Indígenas Kaiowá e Guarani de Pyelito Kue, conforme trecho a seguir destacado:

[...] Assim, fica evidente para nós, que a própria ação da Justiça Federal gera e aumenta as violências contra as nossas vidas, ignorando os nossos direitos de sobreviver à margem do rio Hovy e próximo de nosso território tradicional Pyelito Kue/Mbarakay. Entendemos claramente que esta decisão da Justiça Federal de Navirai-MS é parte da ação de genocídio e extermínio histórico ao povo indígena, nativo e autóctone do Mato Grosso do Sul, isto é, a própria ação da Justiça Federal está violentando e exterminando e as nossas vidas.[...] (HECK, 2012)

Cumprido ressaltar que em 2014 o TRF da 3ª Região suspendeu a ordem de desocupação que foi proferida no âmbito do processo n. 0000032-87.2012.4.03.6006. Com o reconhecimento da identidade indígena, bem como, da existência de um direito de propriedade coletivo deste povo, inclusive existindo um processo demarcatório em curso, criou-se um regime comodato na região, e com algumas condições, como a delimitação das áreas de acesso de ambas as partes, permitiu-se que 250 indígenas se mantivessem na propriedade. Restando suspenso/sobrestado o processo em questão até a conclusão do processo demarcatório a ser realizado pela FUNAI.

### **Aplicação dos critérios de proteção e reparação da propriedade das comunidades indígenas**

Em uma análise que visa aplicar o que foi construído ao longo desse artigo, o embate da noção de desenvolvimento e direito tradicional às terras indígenas entende-se que alguns julgados já se posicionaram no sentido de proteger as comunidades tradicionais, reconhecendo a existência de uma ocupação diferenciada da terra.

No entanto, indiscutível é a existência de decisões que consideram somente a importância desses territórios para o desenvolvimento econômico, sem se importar com o confinamento indígena em pequenas parcelas de terras. Em contrapartida, nota-se, por exemplo, que a ação da Justiça Federal que discute a ocupação indígena das terras conhecida pelos indígenas como *Tekoha Pyelito Kue*, atual Fazenda Camabará, é uma ação que merece atenção em função da sua abordagem antiquada, em primeira instância, da atual situação indígena.

Resta então, tentar demonstrar a possível aplicação dos critérios de proteção e reparação (nacionais e internacionais), com o objetivo de demonstrar se, em ambas as ações, as famílias da comunidade indígena da etnia Guarani Kaiowá, ainda possuem o direito de retomada de seu território ancestral.

No que tange ao questionado limite temporal para a ancestralidade da posse indígena, a Corte Internacional já definiu que para fins de identificação da ancestralidade de uma terra indígena é preciso que se verifique os seguintes critérios:

- a. utilização histórica das terras e dos recursos por parte das comunidades indígenas;
- b. o desenvolvimento de práticas tradicionais em tais terras;
- c. o nome do lugar;
- d. a existência de estudos e documentos técnicos;
- e. a importância do território, não para os antepassados, e sim para atuais membros da comunidade. (CHIRIBOGA; DONOSO, p. 49)

Assim sendo, é preciso que se confira se esses critérios internacionais estão presentes nas mencionadas ações, confirmando ou não a existência de uma ancestralidade na posse indígena.

No que tange a utilização histórica, na Ação Cível Originária a prova pericial antropológica foi usada para esclarecer a ocupação tradicional e permanente dos índios no local. A área apesar de ter sido vendida a terceiros de boa fé em 1923, trata-se de uma área que historicamente pertenceu às comunidades indígenas.

Analisando o contexto histórico da região, apesar da alienação da área ter sido considerada legal de acordo com o ordenamento jurídico vigente na época (Constituição de 1891), com a adoção de uma nova Constituição Federal, assim como, a necessidade de aplicação dos padrões internacionais de proteção do direito indígena, previstos, sobretudo na Convenção n. 169 da OIT, os povos indígenas que foram retirados de seus territórios têm direito de reaver suas terras tradicionais.

A perda da terra pelos povos indígenas, se feita de forma violenta, situação recorrente no contexto histórico dos povos Guarani, não descaracteriza a propriedade indígena. Esse posicionamento já foi confirmado em alguns julgados<sup>7</sup>, através dos quais se determinou que a retirada compulsória dos indígenas ou expulsão não descaracteriza a existência de uma terra tradicional, assim como, não acarreta a transferência do domínio da área para os Estados (ANJOS FILHO, 2011, p. 31).

<sup>7</sup> Dentre os processos que mencionaram esse posicionamento têm-se a Ação Cível Originária n. 323, a Ação Cível Originária n. 469-RS e Petição n. 3.388-4/Roraima, do conhecido caso Raposa Serra do Sol.

No plano internacional, entende-se que mesmo que exista o direito de propriedade de terceiros, ou ainda, que a propriedade esteja plenamente produtiva nas mãos desse terceiro, sendo como, muitas vezes alegado, importante para a garantia do desenvolvimento da região e o desenvolvimento nacional, as comunidades indígenas ainda possuem o direito de reaver os territórios dos quais foram retirados compulsoriamente.

Do mesmo modo, já se demonstrou que os povos Guarani Kaiowá estão em busca pela retomada da *tekoha*, ainda que sejam em áreas próximas as áreas tradicionais. Busca-se uma reorganização cultural, com consequente melhoria das condições de vida dessas comunidades, que não possuem mais a intenção de permanecerem confinadas nas insuficientes áreas garantidas pelas Reservas Indígenas.

O mesmo entendimento pode ser aplicado para a segunda ação em análise, a Ação de Manutenção de Posse. Os indígenas das comunidades Kaiowá buscam através da reocupação forçada a reconquista de territórios tradicionais com processo de demarcação já em andamento. Nesse sentido, existe uma ocupação histórica, na qual a comunidade ainda se vale dos recursos disponíveis do local.

No que tange a existência de estudos técnicos, na Ação Cível Originária (STF) já existiu perícia antropológica. Já na Ação de Reintegração os estudos a serem realizados pela FUNAI para demarcação e reconhecimento das terras indígenas ainda estariam em andamento. Entende-se, então, que o limite temporal não se trata de um empecilho para a retomada da propriedade, desde que sejam comprovados os requisitos apresentados.

Cumpra ainda mencionar que a Corte IDH no Caso da Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai, apresentou diferentes critérios que também precisam ser aplicados na casuística:

a. é preciso que se considere se os indígenas possuem o direito solicitar a devolução do território perdido – o que até o presente momento está sendo constatado de maneira positiva, pois, a terra não foi abandonada. Existiu uma imposição perpetrada pelo desenvolvimento regional.

b. é preciso que se avalie se o direito de solicitar esta devolução está submetido a um limite temporal – o limite de tempo, nos casos apresentados, não retirou das comunidades a ligação ancestral, material, espiritual que se tem os territórios.

c. é preciso que se considere se é aceitável a retirada da terra de seus atuais donos, para que a mesma seja entregue aos povos indígenas, assim como, se é aceitável negar a reclamação dos povos indígenas, não retornando a propriedade da terra para os mesmos e reconhecendo o direito de propriedade daqueles que passaram a ser donos da terra – considerando que o direito de propriedade não é absoluto, tanto para as comunidades indígenas, assim como os proprietários, os Guarani Kaiowá buscam manter uma relação com seu território perdido. A presença de terceiros, detentores das terras, inviabiliza que as comunidades mantenham uma relação direta com a terra, o que, segundo interpretações internacionais não irá descaracterizar a existência do direito de restituição.

Assim, no caso dos processos propostos, ainda que exista um terceiro de boa-fé, é preciso que se considere que o direito de propriedade não é absoluto. Há a necessidade de se balancear o direito dos pro-

prietários com o direito das comunidades indígenas, que precisam cumprir com os inúmeros requisitos elencados se quiserem reaver a propriedade perdida.

O conceito de proporcionalidade também é importante nesse contexto, pois a limitação do direito de propriedade do particular deve trazer mais benefícios do que prejuízos, ou seja, os Guarani Kaiowá precisam demonstrar que a expropriação é o meio mais adequado para restaurar seu direito de propriedade, já que os direitos que as comunidades indígenas possuem sobre as terras tradicionalmente ocupadas preponderam sobre direitos adquiridos, ainda que estes estejam registrados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não indígenas.

### Considerações finais

Considerando que para as Comunidades Indígenas é salvaguardado o direito à habitação, costumes, tradições culturais, linguagem, crença, entre outros, compreende-se a necessidade de interpretação da questão indígena através de um viés diferenciado, que engloba as noções, não só de Estado Multicultural e Pluralista apresentado pela Constituição Federal de 1988, assim como, as noções de identidade étnica, desenvolvimento sustentável e etnodesenvolvimento.

O desenvolvimento econômico, ligado à concepção de progresso é norteador na elaboração de políticas públicas por parte do Estado. Contudo, já há o reconhecimento de que o desenvolvimento que for realizado, de modo a afetar negativamente as comunidades indígenas, ou mesmo, sem se preocupar com a devida consulta prévia, atenta contra a Constituição Federal, que determinou a necessidade de se estabelecer um modelo desenvolvimentista pautado nas concepções de desenvolvimento ecologicamente equilibrado e não excludente de comunidades tradicionais.

Na realidade prática, constata-se que, seja pela realização de projetos de grande porte ou por questões históricas, o desenvolvimento regional e nacional afetou diversos povos no território brasileiro, gerando, principalmente o deslocamento compulsório de inúmeras comunidades para Reservas Indígenas, estabelecidas pelo poder público.

Essa é a situação vivenciada pelos povos da etnia Guarani Kaiowá. Esses povos, em função do desenvolvimento regional, perderam para o Estado e para colonos, suas terras tradicionais. A ancestralidade das terras para essas comunidades é inegável, mas, o processo de demarcação e identificação realizado pela FUNAI não acompanha a velocidade com que a necessidade de restituição é cultivada por estes povos. Para tanto, os Kaiowá iniciaram um processo de (re)ocupação independente de lotes de terra, que pertenciam ao seu território ancestral, mas, que na atualidade, fazem parte de propriedades particulares.

Diante dessa circunstância, se tornou fundamental elencar os critérios voltados para a proteção e reparação de comunidades indígenas. Esses preceitos vincularam de maneira específica de que modo o direito de propriedade indígena deve ser tratado, inclusive em casos como o enfrentado pelas Comunidades Guarani Kaiowá, em que há um deslocamento forçado.

O direito internacional elaborou orientações, critérios e possui decisões jurisprudenciais que são claras com relação a aplicação desses parâmetros. Mas, é possível constatar que no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal ainda é o único instrumento efetivamente utilizado para salvaguardar a situação indígena.

Na prática, isso significa que apesar de reconhecidos os parâmetros internacionais, através da Convenção n. 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o Judiciário Brasileiro ainda não incorporou esses entendimentos.

Vale ressaltar que a utilização dos parâmetros internacionais poderia ser positivamente utilizada para a solução das inúmeras lides, relativas a conflitos agrários, que envolve fazendeiros e povos indígenas. Trata-se, portanto, da adoção de uma solução alternativa para a atual problemática enfrentada no Brasil, garantindo que assim, com a aplicação das noções de restituição integral da terra ancestral, concessão de terras alternativas ou compensação monetária, o direito de propriedade indígena será efetivamente resguardado.

Ainda assim, apesar de ser vista por muitos como uma perspectiva utópica, a discussão sobre direito de propriedade indígena, e sua consequente auto-determinação e identificação, ainda merece, e muito, atenção no Brasil. Inúmeros conflitos agrários giram em torno dessa questão, e da atual dificuldade em se compatibilizar os pedidos das comunidades indígenas de demarcação e retomada de suas terras, no caso aqui representado pelos Guarani Kaiowá, mas que em um contexto maior pode ser representada por qualquer comunidade indígena brasileira, com os interesses econômicos que giram em torno das regiões que são ocupadas por esses povos.

De longe se quer colocar os povos indígenas em uma vitimizada. Isso não caberia a este trabalho. O que se propôs através dessa análise, foi verificar como o Brasil está lidando com direitos indígenas, como o auto-identificação e ligação ancestral com a propriedade. E o que se comprovou foi que critérios básicos como a identificação dessas comunidades, e garantia de suas propriedades, bem como de direitos primários, como consulta prévia ou acesso a um meio de vida digno, estão sendo negados de maneira sistemática pelo Estado Brasileiro, quando na realidade, eles poderiam ser aplicados de modo a balizar as decisões da justiça brasileira para que as comunidades indígenas não sejam (novamente) retiradas compulsoriamente das áreas que passaram a ocupar, sendo simplesmente removidas para um lugar indefinido.

Resta a essa conclusão ser crítica ao modo com que o ordenamento brasileiro está lidando com suas populações tradicionais. Os poucos avanços que temos, esbarram em obstáculos cada vez maiores como o “marco Temporal” para terras indígenas, que poderá fixar um limite temporal para a ocupação indígena, tomando como base a promulgação da Constituição Federal.

É preciso que se repense, e logo, se esse modelo de desenvolvimento e exclusão social é compatível com os discursos de proteção dos direitos humanos que são frequentemente reafirmados pelo país.

## Referências

- AMNESTY INTERNATIONAL. **Brazil - Foreigners in our own country: Indigenous Peoples in Brazil**. Londres: Amnesty International Publications, 2005. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/info-ngos/AI\\_Brazil\\_42\\_2.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/info-ngos/AI_Brazil_42_2.pdf)>.
- AMNESTY INTERNATIONAL. **Sacrificando direitos em nome do progresso: povos indígenas ameaçados nas Américas**. Londres: Amnesty International Publications, 2011. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/download/Documents/28000/amr010012011pt.pdf>>.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2008, v. 08.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Artigos 231 e 232. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal e os Direitos dos Povos Indígenas. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- APPADURAI, Arjun. **O medo ao pequeno número: ensaio sobre a geografia da raiva**. São Paulo: Iluminuras, 2009.
- BARTH, Fredrik. **Ethnic Groups and Boundaries: The social organization of culture difference**. Boston: Little, Brown and Company, 1969.
- BENITES, Tônico. História da ATY GUASU GUARANI-KAIOWÁ/MS, entenda o contexto. **Aty Guasu**. 2012. Disponível em: <<http://atyguasu.blogspot.com.br>>.
- BOCAREJO, Diana. **Legal typologies and topologies: the construction of indigenous alterity and its spatialization within the Colombian Constitutional Court**. Law and Social Inquiry, 2014, v. 39, issue 3, p. 334-360.
- BRAND, Antonio. Os complexos caminhos da luta pela terra entre os Kaiowá e Guarani no MS. **Tellus**, 2004, ano 4, n. 6, abr. Disponível em: <[tellus.ucdb.br/index.php/tellus/article/view/82/0](http://tellus.ucdb.br/index.php/tellus/article/view/82/0)>.
- BRASIL. Ministério Público da União. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União. 2009. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/cedop/wp-content/uploads/2014/04/Manual\\_Pratico\\_Direitos\\_Humanos\\_Internacionais-1.pdf](http://www.ufrgs.br/cedop/wp-content/uploads/2014/04/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais-1.pdf)>.
- CIMI. **Nota do Cimi sobre o massacre de Caarapó e o assassinato do Guarani e Kaiowá Clodiodi de Souza**. Disponível em: <<http://cimi.org.br/>>.
- CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz; DONOSO, Gina. **Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondos y Reparaciones**. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>>.
- COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Case of the Saramaka People v. Suriname. Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Julgamento em 28 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>.
- FUNAI. Índios no Brasil: terras indígenas. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; COSTA, Sérgio. **The global constitutionalization of human rights: overcoming contemporary injustices or juridifying old asymmetries**. Current Sociology Monograph, 2016, vol. 64, p. 311-331.
- GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. Os índios e a cidadania. In: \_\_\_\_\_. **Índios no Brasil 3**. Brasília: Ministério da Educação. 1999. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002127.pdf>>.

- HECK, Egon. Indígenas ameaçam morrer coletivamente caso ordem de despejo seja efetivada. **Conselho Indigenista Missionário**. 2012. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br>>.
- LENEZERINI, Federico. **The culturalization of Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, Chapter 3.
- MORAIS, Bruno Martins. **Do corpo ao pó: crônicas da territorialidade Kaiowá e Guarani nas adjacências da morte**. Dissertação de Mestrado (Antropologia Social). USP, São Paulo, 2015.
- POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. **Localização e Tehoka**. Mato Grosso do Sul: Instituto Socioambiental. 2003. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org>>.
- POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. **Terras indígenas**. Mato Grosso do Sul: Instituto Socioambiental. 2003. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org>>.
- SOLIDARIEDADE GUARANI KAIOWÁ. Breve Histórico. [S.l]: [s.n], [s.d]. Disponível em: <<http://solidariedade-guaranikaiowa.wordpress.com>>.
- SPOSATI, Ruy. Após seis mortes, indígenas Kaiowá retomam fazenda de onde foram expulsos. **Campanha Guarani**. 2013. Disponível em: <<http://campanhagarani.org>>.
- STAVROPOULOUT, Maria. **Indigenous peoples displaced from their environment: is there adequate protection?** Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 1994, v. 5, n. 105. Disponível em: <<http://heinonline.org>>.
- TRF. **Acordo na Justiça federal em Naviraí/MS permite a indígenas permanecerem na fazenda cambará, mas fora da sede administrativa**. ASCOM. 14 nov. 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br>>.
- TRIMBLE, Joseph E.; Dickson, Ryan. Ethnic Identity. In: Fisher, C. B.; Lerner, R. M. **Applied developmental science: An encyclopedia of research, policies, and programs**. Thousand Oaks: Sage, 2005, p. 415-421. Disponível em: <[http://pandora.cii.wvu.edu/trimble/research\\_themes/ethnicity\\_identity.htm](http://pandora.cii.wvu.edu/trimble/research_themes/ethnicity_identity.htm)>.
- VACAFLOR, Almult Schilling; FLEMMER, Riccarda. **Conflict transformation through prior consultation? Lessons from Peru**. Journal of Latin American Studies, 2015, 47, p. 811-839.
- VERAS, Marcos Flávio Portela; BRITO, Vanderli Guimarães de. Identidade étnica: A dimensão política de um processo de reconhecimento. **ANTROPOS**, Brasília, 2012, ano 4, vol. 5, mai. Disponível em: <<http://revista.antropos.com.br/downloads/maio2012/Artigo4-IdentidadeEtnica.pdf>>.
- VILLAR, Diego. Uma abordagem crítica do conceito de “etnicidade” na obra de Fredrik Barth. **Mana**, Rio de Janeiro, 2004, v. 10, n. 1, p. 165-192. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v10n1/a06v10n1.pdf>>.