

O regime jurídico das terras indígenas e os conflitos no âmbito judicial. A questão dos Pataxó na Bahia

João Batista de Castro Júnior*

O estudo da proteção jurídica às terras indígenas não prescinde de uma incursão por alguns fundamentos históricos, inclusive de ordem ideológica e político-econômica, que ajudam a entender orientações legais e judiciais no trato atual da matéria.

De início, pode-se observar ser corrente nos estudos doutrinários convencionais e nos tribunais uma asserção que, a pretexto de inovadora, não é mais que um truismo, ou talvez menos, um mero dito sentencioso sem profundidade epistemológica e sem repercussão na prática judicial: a de que ao conflito possessório envolvendo índios não será dado tratamento jusprivatístico. Claro que não poderia ser diferente, já que a posse dos índios decorre de direito público por expressa proteção constitucional. Se isso é de uma evidência palmar, não menos óbvio que os lineamentos processuais da proteção possessória são idênticos para qualquer questão de direito público ou privado, à falta de outros específicos. Por outra: se o direito material a ser aplicado não se contém dentro dos balizamentos individualistas de conflito fundiário regulado por direito privado, nem por isso o *modus operandi* processual tem que ser diferente, já que ele é apenas uma moldura do “como-fazer” em juízo e essa barema jurídica tem prestância processual sim, embora seja diferente a cubagem jurídico-material. Mas a questão tem um muito mais alto grau de complexidade jurídica, que corre à conta de mais uma deficiência grave no ensino jurídico brasileiro, agora às voltas com direcionamento exclusivo — exclusividade que constitui sua falha pedagógica — à técnica apta a enfrentar as modernas questões econômico-financeiras trazidas pelo mercado.

No caso da posse indígena da terra, seu tratamento não pode descurar do fato de que quando a Constituição dispensa proteção aos índios está fazendo duas distinções metodológicas claras: a primeira é de que aquela proteção se destina à atualidade dos

povos ou *nações* índios. Isso não autoriza, entretanto, que se invoque, como imemorialidade da posse, uma propriedade pré-estatal ou pré-colombiana. A razão óbvia é que qualquer proteção a comunidades étnicas minoritárias deriva sempre do domínio eminente, ou, se se quiser, do guante ou jugo constitucional, a que estão todos sujeitos, sem distinção. Quando o legislador constitucional deu um tratamento protetivo específico aos índios, fê-lo provavelmente tentando se redimir do erro histórico no tratamento das populações aborígenes aqui encontradas e que compõem, ao lado da etnia negra, a condição de povos fundantes da nacionalidade, inclusive fenotípica, brasileira. Apesar desse *leitmotiv* que lembra a lei machadiana de equivalência das janelas, a posse fundiária, de qualquer natureza e independentemente do seu titular, é garantida pelo Estado e através dele.

Mas, em segundo lugar, isso não se confunde com o abrigo dado pela Constituição a subsistemas jurídicos de marcada diferencialidade em relação ao modelo predominante, sem rompimento da membrana da totalidade jurídico-constitucional, embora o etnocentrismo desse modelo jurídico — e “o direito é, fundamentalmente, uma profissão etnocêntrica”, lamenta Shirley¹ — já revele logo não se tratar de tarefa fácil identificar essa permeabilidade. É que o condicionamento que o modelo gera, na proteção do modo de apropriação econômica, cria uma barreira à inteligibilidade complexificadora em relação a sistemas e subsistemas diferenciais. Quanto aos índios, seu problema é mais agudo, porque o preconceito sociocultural tende a desconsiderar toda e qualquer forma de organização jurídica. Emblemático desse bias é o exemplo histórico da proverbialmente conhecida expressão “sem fé nem lei nem rei” com que cronistas como Gabriel Soares de Sousa, Pero de Magalhães Gândavo e o historiador Frei Vicente do Salvador registraram a deficiência fonética da língua costeira de base tupi quanto ao /f/, /l/ e /r/. Nesse engeçecimento ideológico — na verdade, um autêntico *non sequitur* em que

* Juiz Federal titular da Vara Única de Vitória da Conquista, Bahia, mestre em Linguística Histórica pela Universidade Federal da Bahia, pré-doutorando em Sociolinguística pela UFBA.

¹ 1987: 22.

a conclusão nada tem a ver com a premissa —, objeto de uma excelente análise, Machado Neto (1988:89), com o conceito de *norma indiferenciada*², nem mesmo se aventou a possibilidade de que tais conceitos pudessem existir na forma de outros itens fonético-lexicais, além do fato de que, sendo leigos, não puderam esses cronistas aquilatar da rica produtividade composicional da língua tupinambá, comparada por Anchieta³ ao grego, sem paralelo nas línguas românicas ou no latim. Esse tipo de exemplo é simbolizante de como opera o “ser jurídico” ao lidar com o Outro, com instâncias de produção normativa diferentes da craveira convencional e dominante.

A leitura das disposições constitucionais sobre os índios e suas terras conduz a um resultado especioso, cilada em que ocorrem freqüentemente os antropólogos atuais, animados por um texto que, na verdade, por si só, não é esse marco miliário entrevisto se não for associado à implantação de uma nova *episteme* da hermenêutica jurídica, sobretudo no âmbito judicial. Basta lembrar que também as antigas disposições legais, mesmo as do período colonial, contemplavam arejado reconhecimento e tratamento jurídicos. Por exemplo: já no famoso Regimento de Tomé de Sousa, de 1548, o rei de Portugal fez logo constar: “e se alguns dos ditos gentios quiserem ficar na terra da dita Bahia, dar-lhes-eis terra para sua vivenda, de que sejam contentes, como vos bem parecer”⁴, idéia que também se encontra no Regimento do Governador Francisco Giraldes em 1588⁵, já sob o império da dinastia filipica. Como também mostra Beatriz Perrone-Moisés⁶, “a expressão ‘senhores das terras das aldeias, como o são na terra’ declaração dessa garantia, aparece pela primeira vez no Alvará de 26/07/1596 e será retomada nas Leis de 1609 e 1611”. Essa mesma Autora mais adiante acrescenta: “Várias Provisões tratam da demarcação (presente desde o Alvará de 26/07/1596) e garantia de posse dessas terras (p.ex., Provisão de 08/07/1604, Carta Régia de 17/01/1691, Diretório de 1757, pars.19,80)”. Relembre-se, além dessas referên-

cias, o Alvará de 1º de abril de 1680, que estabelecia “que aos Índios se dessem as terras, livres de tributos”, já que eram “primários e naturais senhores delas”⁷, disposição repetida em seus termos e expressamente referida pela lei pombalina de 6 de junho de 1755⁸.

Não foi por falta, portanto, de disposição jurídica que as terras indígenas ficaram sem proteção, embora nominal, apesar da omissão da Constituição de 1891. Mas, se quanto à propriedade das terras havia antes o patrimonialismo decorrente do estamento burocrático, hoje há o *domínio eminente* do Estado Democrático de Direito, bem evidente no art. 20 do texto constitucional, que trata dos bens da União: “Art. 20. São bens da União: XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. O que parece relevante focalizar é a necessidade do afloramento ou mesmo de uma viragem jurídico-hermenêutica especificamente voltada para a questão do indigenato fundiário em consonância com o desenvolvimento dado à matéria pelos estudos atuais, sobretudo de cunho antropológico.

Os aportes aqui trazidos estão longe de esgotar a matéria, servindo apenas como contraponto à unidimensionalidade hermenêutica, sobretudo no que diz respeito à Constituição e às situações que ela assegura, cuja tradução empírica tem sido o imbróglgio da questão. Mas o discurso jurídico-constitucional dá o *quid* indiciário de sua verdadeira motivação política. É caso das “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente”, segundo a dicção do § 1º do art. 231 da Constituição.

Ao contemplar proteção jurídica à *permanência* na imediação entre comunidades indígenas e a terra, a Constituição permitiu levar-se um pouco de privatismo, indiciando sua ideologia político-econômica e de assimilacionismo, o que termina por dar margem a conflitos judiciais aos borbotões gerados pela prática da expansão da fronteira agrícola e extrativista.

O enquadramento dado na disposição “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter *permanente*” é bastante restritivo, já que fecha os olhos aos fenômenos migratórios de alguns povos indígenas. Essa perspectiva constitucional deixa-os numa situação de difícil contorno: se

² conceito que encontra perfeita tradução factual na descrição que faz MARTIUS, 1982:32 e 34. v.também, embora sem profundidade, OTÁVIO, 1946: 27 e BEVILÁQUA, 1896: 235.

³ 1988: 441.

⁴ MENDONÇA, 1972:38.

⁵ *idem*, p. 260.

⁶ 2002: 119.

⁷ *Apud* MALHEIRO, 1976: 193.

⁸ MALHEIRO, *op.cit.*, p. 212.

eles não podem reivindicar terras que outrora tiveram ocupação ancestral, já que elas não se situam no âmbito de terras indígenas (STF, RE 335.887-1/SP), teriam, por outro lado, que violentar seu “ethos” e permanecer com um modelo de ocupação similar ao da posse civilística do direito privado.

Essa disposição padece de clara insuficiência compreensiva da questão indígena ao cifrar as “terras que tradicionalmente ocupam” como sendo “as por eles habitadas em caráter permanente”. A expressão dificulta a latitude que se quis (ou não) dar à proteção da ocupação fundiária pelos índios. A locução adverbial “em caráter permanente” é de cunho nitidamente juscivilístico, apesar da nova vestimenta terminológica utilizada, já que se assemelha ao *status* de “manso e pacífico” e ancianidade da posse regidos pelo direito privado. Estas últimas figuras conceituais, entretanto, são insuficientes para explicar a alteridade indígena, já que historicamente um fenômeno de rica exploração etnológica e etnográfica tem se verificado na relação entre os índios e a terra: as migrações, tanto as que se operam internamente no âmbito de uma dada área de terra, quanto as em direção de centros urbanos, das quais há registro de refluxo⁹, pra não mencionar as deambulatórias até mesmo à beira de rodovias como os Guarani-M’byá do Sul em sua eterna busca pela “terra sem mal” (*Yvy marã ey*), de caráter messiânico-xamanístico para alguns, mas que, provavelmente, sempre traduziu, desde suas origens, fuga à hostilidade bélica e às epidemias dos brancos. (Modernamente, esse tipo de resistência tem uma modalidade na triste fotografia do quadro do suicídio de índios guaranis contra as devastações ecológicas que promovem os invasores de suas terras e contra a exigüidade delas¹⁰, crescendo de transtorno psiquiátrico que tem se verificado em diferentes etnias, como apontam Ventura Santos & Coimbra Jr.¹¹, reportando-se a vários levantamentos. É um exemplo cabal contra a perspectiva assimilacionista, que, bem analisada, sempre se restringiu, conforme já dito, aos sobreviventes inapelavelmente acul-

turados dos dois mais fatídicos de todos os legados do branco: os maus-tratos e as doenças dizimadoras.)

Embora possa ser surpreendente, a melhor redação, embora não a ideal, entre todas as outras que se repetiram nos textos constitucionais, foi dada pelo art. 186 da Constituição de 1967, com uma melhor topologia do “permanente”: “É assegurada a posse permanente das terras que habitam...”. Como se vê, a disposição constitucional sobre a “permanência” na posse carrega consigo uma dureza difícil de ser emolida por uma fervura hermenêutica de extração comum se se fizer sua equípolência com “fixidez” geodésica, o que pode ser temperado com a dicção sobre “ocupação tradicional”, que dá à “permanência” a melhor significação de “permansividade”, com efeitos que se projetam por toda uma área de terra indígena e não somente com relação a nichos ou insulações mais ou menos extensas. Esses, na verdade, são o sentido e a significação da disposição constitucional que, melhor estruturado sintaticamente, quer claramente dizer que “são terras permanentemente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter tradicional”.

Pensar-se contrariamente, sob o estalão civilístico, ainda que sob a forma de uma vestimenta discursiva de caráter pseudoconstitucional, dá como conseqüência situações de conflito em que as terras indígenas ficam sob o risco de recortes ou decotes em sua extensão, sem respeito ao padrão de organização social que o verdadeiro sentido constitucional timbra em respeitar, a exemplo do impasse gerado na demarcação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, situada no Nordeste de Roraima, ocupada imemorialmente por cinco povos indígenas — Macuxi, Patamona, Ingarikó, Taurepang e Wapixana —, mas que tem sofrido pretensões limitadoras, inclusive pelo próprio Estado de Roraima, que ingressou com ação judicial. Igual problema enfrentam os Pataxó, já que os contestantes da Ação Cível Originária 312-1/BA afirmam nunca terem existido tais índios no Centro-Sul da Bahia, limitando-os ao chamado Extremo-Sul¹², o que além de afrontar relatórios abalizados, como os decorrentes da localização cartográfica feita por Nimuendaju¹³ em seu *mapa etno-histórico*, negligenciam o fenômeno cultural da migração. A invocação do que escreve

⁹No Procedimento Administrativo 1.18.000.0010391/2001-70, conforme ata da 250ª Reunião da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, o Ministério Público Federal abriu investigação para apurar informação noticiada num jornal de estaria ocorrendo migração de família de índios Xacriabá, que, depois se verificou, retornou à terra indígena de origem.

¹⁰RIBEIRO, 2001: 333, e SANTILLI, 2000: 167.

¹¹2003: 29.

¹²MARINHO e RIBEIRO, 1983: 21-5.

¹³1981.

Maximiliano não socorre os réus dessa ação, já que o Príncipe de Wied-Neuwied, embora tenha se detido sobre os núcleos geográficos mais densamente povoados pelos Pataxó, deixou clara a afeição deles pela costa marítima¹⁴ bem como sua errância, como de outras tribos selvagens como os Botocudos, quando do esgotamento de uma zona de caça¹⁵. É claramente falaciosa, portanto, a linha de raciocínio seguida pelos contestantes desta ação proposta pela FUNAI, pois obscurece que essa migração para outras localizações diferentes de onde habitavam mais densamente deve também em razão da compressão originária da expansão da fronteira agrícola e extrativista.

As demais hipóteses (“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”) são mais consentâneas com a dimensão sociocultural dos índios. O problema tem sido a resistência em dar cumprimento a ela no plano factual, inclusive pela União, que deixou correr soltos os problemas decorrentes da posse indígena, além de nunca ter demonstrado grande interesse em promover a demarcação das terras, a não ser sob pressão internacional, como entre 1991 e 1992, aproximando-se a conferência internacional sobre desenvolvimento e meio ambiente da ONU, e nem nos projetos de lei que cuidam do assunto (PLs 2.057/1991 — deputado Aloisio Mercadante e outros, 2.160/1991 — Poder Executivo e 2.169/1992 — deputado Tuga Angerami e outros).

O maior estorvo à plena efetividade desses comandos jurídicos, no entanto, está em nível do inconsciente. Trata-se de veiledade difusa no pensamento social brasileiro a que, impregnada pelo individualismo jurídico-econômico, sonha, como solução, com a deculturação dos índios, potencializada pela liquefação étnica, e sua reenculturação, quanto à ocupação da terra, nos moldes da propriedade atomizada do direito privado¹⁶. A Lei imperial 601, de 1850, não

fugia a isso ao dispor, no art. 75, que seria concedida a propriedade das terras aos índios “por assim permitir seu estado de civilização”. A interpretação desse diploma legal ainda é importante para se entender a questão das terras indígenas, a exemplo da proficua, embora incompleta, análise que faz Azanha¹⁷.

De início, é preciso estar atento ao caráter assimilacionista dessa espécie normativa, como de resto, velada ou ostensivamente, de todas as que sempre trataram do assunto¹⁸, a fim de não incorrer num reducionismo em prejuízo das populações índias. Em primeiro lugar, a referência à “horda selvagem”, pela própria dimensão semântica dessa sinapsia, remete às tribos que viviam, dentro de uma relação de vicinidade territorial, às terras com os brancos em franco processo de expansão econômica. Todavia, a Lei 601 não abrangeu toda a tipologia dos índios de então, tendo se limitado aos aldeados — os que viviam em paz com os brancos — e aos selvagens conhecidos pelos seus ataques. Os desconhecidos e erráticos que habitavam tanto as regiões recônditas quanto as pouco exploradas ou conhecidas — e que hoje, na Amazônia, configuram o foco dos problemas jurídicos — não foram objeto de um regramento específico naquela ocasião.

Os índios que já estavam aldeados não se incluem especificamente na dicção do art. 72, que trata das “hordas selvagens”. A “cultura efetiva” e a “morada habitual” que aqueles congregavam deram-lhes situação jurídica similar à dos outros posseiros, não podendo ser apenados de expulsão ainda que não tenha sido feita a revalidação ou a legitimação de posse. Quanto aos remanescentes desses aldeamentos, sua situação equivale à dos demais posseiros e à dos quilombos. A referência constitucional (art. 68 do ADCT) expressa a esses últimos decorreu de seu estado de coisificação

¹⁴ 1989: 322, 368 e 429.

¹⁵ p. 305.

¹⁶ Esse é o elo fraco nas conclusões historiográficas, o que levou RIBEIRO, 2001: 145, conforme já mencionado acima, de posse de um estudo que lhe foi encomendado pela UNESCO, a chamar de “historieta clássica, tão querida dos historiadores” a concepção segundo a qual “os índios foram amadurecendo para civilização de forma que cada aldeia foi se convertendo em vila”

A conclusão de DANTAS, SAMPAIO & CARVALHO, 2002: 452, vai no mesmo sentido: “O apelo à mistura como elemento diluidor se exacerba no decorrer da segunda metade do século. Isso tem evidentemente relação com as ideologias raciais de que se lançaria mão para explicar o Brasil, nação emergente onde brancos, negros e índios eram vistos, por muitos, como ingredientes destinados ao “cadinho racial”, mecanismo de redução do múltiplo ao uno.”

¹⁷ 2003.

¹⁸ Inclusive textos constitucionais, como o de 1946 e de 1967, cujos arts. 5º, XIV, *r*; e 8º, inciso XVII, falam da “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

que não lhes permitia reivindicar direitos¹⁹. Quanto aos índios, o tratamento jurídico sempre foi expresso, embora instável e inçado de incerteza quanto à sua exequibilidade. A morada habitual e a cultura efetiva, previstas em lei para eles, deram-lhes uma transição constitucional a salvo de discussão, sendo de rigor o reconhecimento de sua propriedade tal como a de qualquer outro possuidor, como, a propósito, dispôs o Aviso 29, de 19/05/1862, que conferia aos índios a propriedade das terras desde que aí se estabelecessem com “efetiva cultura e habitação” por 5 anos ao menos. A definição de terra devoluta ficou sendo, assim, de caráter residual.

Quanto aos índios não alcançados pela visão pacificadora, tantos os vicinais das *hordas selvagens* quanto os habitantes em regiões virginais, houve reserva *ad indefinitum* dessas terras para sua delimitação. Essas terras reservadas, nunca delimitadas, têm origem nas demais com o sinete de devolutas²⁰. Entretanto, não migraram para o domínio dos estados no trespassado feito pelo art. 64 da Constituição de 1891. Isso está claro pela disposição do assunto nas Constituições posteriores, assegurando o respeito à posse das terras pelos *silvcolas* e a inalienabilidade delas (art. 129 da Constituição de 1934, art. 154 da de 1937, art. 216 da de 1946 e art. 186 da de 1967). Que tais terras permaneceram sob o domínio da União, não há dúvida ante a clareza do art. 20, inciso XI, da atual Constituição, quase que repetindo o texto do art. 4º da Constituição de 1967, entendimento de resto já bem explicitado na Súmula 480 do STF e na própria Lei 9.760/1946, cujo art. 1º, *h*, deixa à mostra que as terras, com o caráter de devolutas, que migraram para o domínio dos Estados, ainda assim com resíduos remanescentes da União, foram as dos aldeamentos extintos. Portanto, embora os Estados pudessem dar a destinação que melhor lhes aprovesse às terras devolutas que lhes foram trespassadas, inclusive promover titulação em favor de posseiros, como assegurou a Constituição de 1946 em seu art. 156, § 1º, isso,

¹⁹Sobre a propriedade das comunidades remanescentes de quilombos escrevi no artigo “o art. 68 do ADCT, o Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, e a desconformidade jurídico-física entre as terras de quilombos e as devolutas e particulares”, que pende de publicação na Revista do CEJ – STJ.

²⁰É bom observar a especificidade de tratamento ao tema que deu a Constituição de 1988, ao distinguir entre terras públicas e devolutas em seu art. 188.

por óbvio, não incluía dispor sobre terras possuídas pelos índios, que não se situavam na dominialidade estadual, senão na da União. Tais títulos, portanto, são nulos, a exemplo dos outorgados pelo Estado da Bahia ao longo do século XX, especialmente nas décadas de 1970 e 80, a não-índios estabelecidos desde 1938 na área da Reserva Caramuru-Paraguaçu, cuja criação apenas consolidou uma situação histórica de presença indígena na região.

Voltando ao assimilacionismo, dois outros exemplos, um histórico e outro atual, ilustram ainda mais a sua sistemática política legal. Aquele está expresso na determinação pombalina de obrigatória presença de brancos entre índios aldeados para acabar com “a odiosa separação, entre uns e outros” (Diretório para o Maranhão e o Grão-Pará, parágrafos 80-8), política aparentemente anti-segregacionista que escondia, como maior preocupação, a defesa de fronteira e de manutenção da ocupação econômica e territorial da colonização portuguesa ameaçada pelos interesses de outras potências estrangeiras, como o poderoso ministro de D. José I acabou por admitir na *Primeira Carta Secretíssima de Sebastião José de Carvalho e Melo para Gomes Freire de Andrada*, datada de 21/09/1751, revelada por Marcos Mendonça²¹. Sua administração jogou assim importante papel na unidade territorial do Brasil, sob a ótica do imperialismo político-econômico de Portugal, que se articulou com o empreendimento monarquia brasileira, não sendo atribuível somente a este esse papel, como pretende Ligia Osório Silva²². Outro exemplo fica bem evidente na questão pataxó. Num relatório de Benjamin Campos, Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura, em 1960, sobre o problema da posse na terra, ele deixou bem nitido seu viés assimilacionista: “... o único sobrevivente dos índios que habitavam a região é um ex-cacique pataxó já com seus dias contados, sendo os restantes, em número de 30 (trinta) pouco mais ou menos, simples mestiços (caboclos) *com conhecimento para orientar-se na vida*”²³. Essa mesquinha e exclusivista mundividência sócio-econômico-cultural, com perigosos reflexos jurídicos, é que trouxe complicações futuras no desate da questão daquele povo indígena.

²¹1960:179-189.

²²1990.

²³*Apud* MARINHO e RIBEIRO, 1983: 35, sem destaque no original.

A ela alude bem Lux Vidal²⁴ quando escreve sobre "a incapacidade em distinguir entre o direito à diferença sociocultural e a posse exclusiva e comunitária da terra por um lado e o direito à cidadania plena por outro lado, direitos estes que não se excluem e hoje são reconhecidos na Constituição".

Mas esse condicionamento não é o fim do mundo. É que, apesar de a perspectiva assimilacionista efetivamente ter, além de sedentarizar muitas comunidades e povos indígenas, difundido o modelo do individualismo jurídico, o que tem funcionado como complicador na delimitação das terras dos índios e respeito à sua organização social, a fecundidade do polimorfismo teórico do Direito permite ver o problema de modo auspicioso em face da fragilidade e insuficiência do enfoque tradicional, apesar da força do discurso aculturador, a respeito do qual a integração lingüística joga importante papel, já que a linguagem é meio pelo qual se conforma a estrutura social. No caso da questão indígena, o acesso à língua do conquistador tornou-se uma lança de Aquiles: se permitiu aos índios buscar a cura das feridas deixadas pelo discurso legitimador da violência dos invasores, recorrendo a autoridades superiores, produziu-lhes chagas piores com o contato — como a influência de um discurso bem urdido contra aldeamentos e a favor da integração —, que ajudarão a dar substância à manipulação ideológico-discursiva de que não havia mais "índios puros" nem sentimento de indianidade, de que estariam todos integrados e, portanto, deixando de existir razão para proteção de aldeamentos ou delimitação de terras, como se a aculturação lingüística nesse contexto compusesse integralmente a desfiguração de um padrão de organização sociocultural. "Com base nas informações dos presidentes de província de que não havia mais índios, mas tão-somente populações "misturadas," muitos aldeamentos seriam extintos em todo o Nordeste," informam Dantas, Sampaio & Carvalho²⁵, mostrando a faceta desse discurso de descharacterização.

No Brasil, como já dito, para um quantitativo de 200 povos índios, há um universo de 180 línguas, inclusive o *nheengatu*, língua de base tupi corrompida pela influência do português, com usualidade lingua-

geira na Amazônia. Escrevendo sobre esse idioma (a que ele chama, com discutível acerto, de "patois tupi"), Darcy Ribeiro²⁶ mostra que ele é, "no Rio Negro, a maior barreira à aculturação, porque isola lingüisticamente uma parcela da população nacional, assimilada por todos os outros característicos". Essa assimilação no plano da língua foi completa, entretanto, quanto aos índios de fora da Amazônia, tendo, quando muito, uma sobrevivência residual de unidades léxicas esparsas. É o caso, apenas a título de exemplo, do Cariri, família lingüística do tronco Macro-Jê, a que pertence o Kiriri (ou Kipeá), falada na Bahia setentrional e Sergipe²⁷, mas que, como lembra Aryon Rodrigues²⁸, é uma língua que desapareceu por completo, provavelmente por volta de 1770-80, ("ou mesmo antes," como supõe Houaiss²⁹). Os últimos descendentes atuais, circunscritos ao norte da Bahia, falam português ("algumas pessoas, entre eles, guardam a memória de palavras soltas de sua língua original"), situação linguageira bem próxima à dos Pataxó, que, na viagem de Maximiliano³⁰, eram contraditórios em situação de pura monolingüidade nativa, pouco permeável até a povos indígenas afins como os Maxacalis Cumanaxó e Pañame (esp. p. 176, 215 e 274-5), mas que hoje falam português e nada sabem da língua ancestral.

Todavia, apesar de a aculturação, inclusive lingüística, dar um matiz de integração "nacionalizadora" e de isonomia, ela esconde, entre outras coisas, a distribuição e o apoderamento de terras públicas que sempre se voltaram para o núcleo hegemônico embalado pela aspiração de inserção do Brasil no concerto de economias fortes, sem qualquer pertinência, nesse sentido, o mito de fronteira fundado nos Estados Unidos por Frederick Jackson Turner sobre a formação da nacionalidade ianque a partir da marcha para o Oeste com ocupação dos "espaços vazios," estimulada por uma legislação agrária que viabilizava o acesso à terra a grandes contingentes de imigrantes, como bem analisado no estudo de Ligia Osório Silva³¹. De comum em ambos os processos de ocupação de fronteira, somente o resultado tenebroso de destruição de

²⁴2000:193.

²⁵2002: 452.

²⁶1979:30.

²⁷HOUAISS, 1992: 55 e 83.

²⁸1986: 20.

²⁹1992: 99.

³⁰1989.

³¹2003.

culturas não-europeias, além da escravização. Lígia Osório Silva³² focaliza esse viés com argúcia: “Para os proprietários de terras e capitalistas em geral a preocupação principal era a possível falta de mão-de-obra que decorreria do acesso à terra facilitado às grandes lavas de imigrantes ou ex-escravos”. No mesmo passo acrescenta: “E, tradicionalmente, as políticas de terras — na discussão das quais apareceria implicitamente ou explicitamente este receio — são analisadas por este viés”.

Uma faceta desse *wishful thinking* assimilacionista, que decorre da noção de hierarquia étnico-social criada pelos colonos europeus na expansão das fronteiras produtivas, refletiu-se na questão fundiária, já que era previsível que a expansão agropastoril e a cobiça por terras consideradas férteis resultassem em encarar o índio como invasor e improdutivo, no que se tornaram proféticas as palavras de Rondon³³: “Sertões onde nunca pisou homem civilizado já figuram nos registros públicos como pertencentes ao cidadão A ou B”. Em seguida, ele acrescenta: “mais tarde ou mais cedo, esses proprietários expelirão daí os índios que, por uma inversão monstruosa dos fatos, da razão e da moral, serão então considerados e tratados como se fossem eles os intrusos salteadores e ladrões”.

O grande humanista apenas se esqueceu de enfocar a cumplicidade estatal na distribuição de terras como estratégia político-econômica. A análise de Lígia Osório Silva³⁴ mostra-se assim perspicaz ao deavassar o âmago da questão escrevendo que “ex-escravos e imigrantes não ameaçavam o núcleo hegemônico e foram vistos e tratados como mão-de-obra. Não houve um esforço sério de contemplar estas camadas com o acesso à terra”. Mais adiante, essa mesma Autora acrescenta que “o desmembramento do patrimônio de terras públicas e a cessão de largos tratos de terras para membros da oligarquia e aliados foi parte integrante do processo de concentração de poder em curso”. A letargia na ação estatal é fruto dessa motivação ideológica, o que significa dizer que, afora a hipótese normativa da “permanência”, o texto constitucional de 88 é inclusivo, embora como um *outro generalizado*, se bem não esteja a salvo de dificuldades hermenêu-

ticas na sua aplicação, tanto pelo contraponto da veia assimilacionista, quanto pelo individualismo da propriedade que sempre imperou na tradição jurídica nacional, de base romanística, que parecem condicionar os limites da interpretação judicial. É que a propriedade comunal³⁵ e a tessitura cultural que a coenvolve — restrita, quanto aos índios, pela minimalidade domínial quanto a ornatos, armas e outros apetrechos — sempre figuraram como um empeco à compreensão jurídica tradicional, condicionada como sempre foi por uma pedra de toque de reduzidas proporções analíticas oriunda do individualismo jurídico etnocêntrico. Em síntese, o processo histórico dos índios não tem sido corretamente entendido pela craveira do pensamento jurídico convencional, como aponta Souza Filho (2000:153 e 156), embora no seu estudo não se reporte às geratrizes históricas do modo de exploração econômica que se estrutura com esse modelo jurídico, de arcabouço romanístico, já que o “comunismo agrário” tinha vitalidade no Direito português, encontrável ainda em 1291, lembra Pontes de Miranda (1928: 80). (A influência de Roma exerceu forte papel na desintegração desse comunismo, como escreve ainda este mesmo jurista³⁶: “o acto de Augusto, com o tributo ao detentor das terras, supõe tal estado de coisas e de certo modo concorre

³²2003.

³³1916: 45.

³⁴2003.

³⁵Essa comunalidade vem bem expressa em escritos coloniais e em análises contemporâneas sobre o assunto: “Todos os que lhes entram em casa comem com eles sem lhes dizer nada”, ANCHIETA, 1988: 442. “Não têm escrita, nem caracteres, nem sabem contar, nem têm dinheiro” — Anchieta, p. 441. “Amam muitos os filhos, mas não procuram deixar-lhes heranças”, p. 442. V. OTÁVIO, 1946: 42, sobre ausência de propriedade individual e de herança. Assinalando a existência da idéia de propriedade entre os índios em suas relações intertribais, MARTIUS, 1982: 35, salienta-lhes o comunismo interno: “ele compreende a propriedade comum como coisa inteira da qual porção alguma pode pertencer a um indivíduo só”. Mais adiante (p. 35), ele acrescenta: “Havendo abundância de terrenos sem produção e sem valor, pode-se dizer que a posse de terrenos é desconhecida pelos índios e que ele apenas adquire um direito de propriedade subordinado, ou de usufruto do território todo de sua tribo e dos co-proprietários, em virtude do desbravamento parcial da mata. Teríamos, portanto, aqui o primeiro esboço de um *dominium divisum directo et utile*”. Mas, ainda com essa descrição, o sábio alemão teve dificuldade de apreender o rico matiz do fenômeno em comparação com outras civilizações (p. 76-7). Ao tratar da propriedade no âmbito interno de cada família, ele escreve: “Não posso dizer se na língua há ou não expressões especiais para tais distinções de propriedade familiar” (p. 40). FREYRE, 2002: 210, viu acertadamente, nesse embate entre propriedade privada dos portugueses e comunal dos índios, “um campo de conflito entre antagonismos os mais violentos”.

³⁶1928: 81.

para que as tradições da propriedade colectiva apressadamente se apaguem.”)

Para entender esse individualismo alojado na Constituição, é preciso lançar os olhos sobre o Direito Civil, que durante séculos regulou os atos mais importantes da vida nacional, sempre às voltas com aquele “privatismo doméstico”³⁷ a que não conseguiu escapar Clóvis Beviláqua, apesar da profundidade de seu trabalho e do esforço sério de suas conclusões. A uma sociedade escravocrata estruturada sob a forma do patriarcalismo, qualquer outro sistema que não primasse pelo individualismo da propriedade estaria fadado à rejeição.

Não admira, pois, que essa mentalidade jurídica colonial tenha feito com que as Ordenações Filipinas, corpo legislativo impregnado de romanismo haurido no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, como lembra Davidson³⁸, tenham traduzido a história do Direito Civil brasileiro por mais de três séculos, sobrevivendo à queda do Império e ingressando pela República adentro, mesmo quando em Portugal, sua pátria de origem, já se tinha elaborado um novo código civil permeável a inovações sociais. No Brasil, a força da burguesia mercantil e da aristocracia rural impôs um “Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade”, como avalia Orlando Gomes³⁹, Autor que examina de forma muito pertinente a inflexibilidade na elaboração do código a qualquer outra discussão que não se contivesse dentro do modelo de propriedade que sustentava o modelo de produção instalado: “Os interesses fundamentais das camadas superiores da sociedade brasileira reclamavam uma legislação que favorecesse a expansão das forças produtivas nos quadros do sistema colonial de exploração da riqueza” (p. 54).

Não fica difícil entender por que o romanismo, que tinha um arcabouço propício à implantação das idéias jurídico-econômicas que imperavam no Brasil até então, constituiu sempre a seiva que circulou pelo sistema jurídico ibérico e latino-americano, a ponto de o Direito Romano, sem exagero, significar para a *ciência* jurídica o mesmo que o *Organum* de

³⁷ GOMES, 1958: 23.

³⁸ 1953: 59.

³⁹ 1958: 34.

Aristóteles para a Lógica ou *Elementos* de Euclides para a Geometria, apesar do caráter elitista daquele conjunto de regras, que bem regulavam as relações jurídicas entre pessoas de igual *status* social e político. A avaliação desse transporte de idéias jurídicas de extração romana para o Brasil passa necessariamente por sua vitalidade em Portugal. Nesse particular, a avaliação de Davidson⁴⁰: “*The roots of Roman law go very deep in Portugal, and therefore a study of its use in that country is important for an adequate understanding of its place in the law of Brazil, where it was transplanted*”. Direito Civil e Direito romano durante largo tempo foram áreas co-extensivas, intercambiáveis, a ponto de se dizer que “*non están muy lejanos los tiempos en los que el romanista y el civilista no se distinguían porque, más o menos, hacían los mismos estudios y escribían los mismos libros*”⁴¹.

Lidando apenas com questões interindividuais, o Direito romano, “o eterno código do Direito Privado”⁴², está compaginado com o privatismo que remonta culturalmente ao português, povo reconhecidamente mais “privado que político”⁴³, “histórica e socialmente municipalista e comunal”⁴⁴, de que se originou o Direito foralício⁴⁵, que, no Brasil-Colônia, deu poderes quase absolutos aos titulares de capitâncias hereditárias, aos quais se outorgavam todos os poderes administrativos, inclusive praticar e superintender todos os atos da jurisdição criminal e cível. Tudo, enfim, se resolvia no âmbito dos domínios de cada possessão, segundo a vontade indisputável de seu chefe.

Com essa filiação genético-histórica, pode-se entender por que as Constituições brasileiras sempre foram tímidas na proteção das terras indígenas. O pensamento jurídico brasileiro sempre foi inefenso em perceber que cânones e códigos legais, quando acomodados no Brasil, teriam que ceder passo à influência das culturas ameríndia e negra, ainda que as submetendo à exploração escravista. Mesmo a produção jurídica nacional, através de suas figuras

⁴⁰ 1953: 59.

⁴¹ BOBBIO, 1980: 196. Também DAVIDSON, 1953: 7: “*So it is that the Civil Code, more than any other of the several codes now in force in Brazil, in Brazil, is pervaded by Roman legal ideas*”.

⁴² RUI BARBOSA, *apud* CÂMARA, 1973: 26.

⁴³ DUARTE, 1966: 3-4.

⁴⁴ *Idem*, p. 12.

⁴⁵ CÂMARA, *op.cit.*, p. 64-66.

mais exponenciais — e efetivamente merecedoras de muitos méritos — tiveram dificuldade, talvez fanatizados pelo brilho das letras jurídicas européias, na apreensão do fenômeno jus-sociológico produzido pelas culturas afrobrasilíndias. Uma passagem de Pontes de Miranda, uma espécie de *tête de chapitre* do pensamento jurídico nacional, ao rebater acerbamente a “benignidade jurídica” ensaiada por Clóvis Beviláqua⁴⁶, deixa isso bem à mostra ao afirmar que “não há institutos de Direito negro ou indígena no Direito brasileiro; mas há fatores negro e indígena no modo de ser e na atividade jurídica do brasileiro: estas influências terão de passar, e é proveitoso que se acelere a extirpação dos inconvenientes, que delas derivam”⁴⁷. Não foi o único. Machado Neto⁴⁸, jurista e sociólogo de formação acadêmica, também deixou registrado em análise, que, embora equivocada, pelo menos não tem o furor do preconceito cultural: “Se alguma contribuição os indígenas trouxeram à formação do Direito pátrio, não o fizeram na condição de uma cultura que colabora sob a forma da imposição de seus mores e de suas leis, mas na humilde condição de objeto de direito real ou como objeto da proteção jurídica, quando normas foram criadas para proteger o selvagem da escravidão.” Também Câmara⁴⁹: “falar-se em hábitos indígenas, em práticas das mais primitivas como norma jurídica, é sem dúvida alguma pura heresia, ou falta de sensibilidade em face do tratamento que exige o tema em questão”. Como contraponto a evidenciar a falta que faz, aos bacharéis, a imersão no plano da factualidade e de sua pesquisa, é curioso verificar que nem a disciplina canônica tinha tamanha rigidez, já que Anchieta⁵⁰ foi enfático em escrever numa de suas missivas: “parece grandemente necessário que o Direito positivo se afrouxe nestas paragens”.

⁴⁶Demonstrando como o fenômeno jurídico em sua dimensão sociológica é melhor apreendido por cientistas sociais do que por juristas, FREYRE, 2002: 226, ao analisar sobre os efeitos produzidos em nossas instituições sociais pela influência da cultura indígena e africana, dá uma latitude ainda maior do que a teorização tímida de BEVILÁQUA, 1896: 223, fez do fenômeno, associando-o exclusivamente à cultura africana, convencido que estava que “de costumes jurídicos dos brasis é que não nos restam vestígios incrustados na legislação pátria” (p. 221), revelando pouca acuidade em distinguir a prática jurídico-social e as leis impessoais e abstratas.

⁴⁷1928: 492.

⁴⁸1984: 309.

⁴⁹1973: 05.

⁵⁰1988: 56.

Essa a matriz condicionante do pensamento fundiário dominante no reino jurídico. Mas a dicção do texto constitucional chega mesmo a ser mais inquisitorial do que os regimentos coloniais aludidos se não for lida para além do que literalmente diz. Antes de mais nada, a proteção possessória de extração constitucional não pode ser dispensada somente a comunidades indígenas vistas como um bloco mais ou menos numeroso, mesmo porque são apenas seis as etnias com mais de dez mil indivíduos (Tikúna, Teréna, Guarani, Kaingáng, Makuxí e Guajajára) ao lado de um sem-número de microsociedades. Uma interpretação restritiva nesse molde vai contra a demografia indígena brasileira, que é inçada de complexidade, a começar da precariedade das informações estatísticas, apesar de os métodos quantitativos da etnodemografia terem obtido nitido progresso nos últimos anos, sobretudo com a criação, por iniciativa da ABEP – Associação Brasileira de Estudos Populacionais, do Comitê de Demografia dos Povos Indígenas em 2002, cuja estruturação, como informam Pagliaro, Azevedo e Santos⁵¹, foi planejada na XIV Conferência Geral de População da International Union of Scientific Studies of Population (IUSSP), realizada em Salvador, Bahia, em 2001. Levada a efeito uma interpretação moldada na expressividade do quantitativo numérico, a consequência seria o desaparecimento dessas microsociedades, já que no embate com os “bulldozers” das frentes de expansão, sem defesa jurídico-processual, a perda de espaço implica inviabilidade da agricultura, ou mesmo da caça, pesca e coleta para subsistência, comprometimento da saúde nutricional e da diversidade alimentar e, por via de consequência, da própria sobrevivência do *ethos*. Como assinalam Ventura Santos & Coimbra Jr.⁵², “para os povos indígenas, a garantia da posse da terra extrapola a subsistência propriamente dita, representando o elo fundamental na continuidade sociocultural”.

Através dos esforços atuais de pesquisas de saúde indígena, epidemiológicas e demográficas, se vê a dinâmica da cultura indígena como uma questão longe da homogeneidade ou da generalização que o tratamento jurídico constitucional dispensado — especialmente a dicção sobre “permanência” — parece

⁵¹2005: 24.

⁵²2003: 21.

demonstrar atendo-se apenas a uma parte da totalidade multifária do assunto. O processo histórico da ocupação indígena da terra envolve intrincados padrões de organização social e as mudanças econômicas, políticas e demográficas que daí decorrem. A fixidez que parece resultar da leitura da Constituição contrasta com indicativos da demografia indígena, que, se aponta para um crescimento nos últimos, sobretudo através de uma recuperação demográfica pós-contato, não deixa ainda de apresentar depopulação.

A posse indígena da terra, portanto, não pode ser vista como se as aldeias tivessem o perfil da observação dos Postos Indígenas ao tempo do SPI – Serviço de Proteção ao Índio e sua comprometida visão, conforme foucaultianamente analisa Souza Lima (2002). Como lembram Pagliaro, Azevedo e Santos⁵³, “são mais de 200 povos, falantes de aproximadamente 180 línguas, distribuídos em praticamente todo o território nacional, em áreas rurais e urbanas, com características sociais e culturais, bem como com trajetórias históricas, econômicas e políticas, as mais diversas”. Basta pensar nos sistemas de parentesco de metades exogâmicas, além de outras dinâmicas de nupcialidade, bem como de mortalidade, fecundidade e migração, e na conclusão de que essas variáveis interferem no tratamento jurídico da posse indígena da terra para se perceber que o unitarismo da visão constitucional passa longe da complexificação do assunto. A própria FUNAI dá a seguinte informação sobre profundidade do problema:

Hoje, no Brasil, vivem cerca de 345 mil índios, distribuídos entre 215 sociedades indígenas, que perfazem cerca de 0,2% da população brasileira. Cabe esclarecer que este dado populacional considera tão-somente aqueles indígenas que vivem em aldeias, havendo estimativas de que, além destes, há entre 100 e 190 mil vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Há também indícios da existência de mais ou menos 53 grupos ainda não-contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista (disponível em: www.funai.gov.br/ – acesso em 05/08/2006).

Levado, portanto, ao rigor de sua literalidade, o dispositivo constitucional deixaria ao desabrigo po-

vos índios em processo de decréscimo demográfico, além daqueles dos quais pouco se sabe (que, estima-se, passam de 50 grupos, tendo a FUNAI já confirmado 12 deles), como, apenas exemplificativamente, se contém na referência feita por Darcy Ribeiro⁵⁴ de “dois índios [que] foram encontrados recentemente falando um dialeto ininteligível da língua tupi. Ninguém sabe quem são, nem saberá jamais.”

Nessa ótica, a motivação ideológica da proteção nominal, que precisa de um novo quadrante de superação hermenêutica, vê os índios quase que como mero enfeite étnico-histórico, incapazes de promover o desenvolvimento de fronteiras produtivas. Fica-se com a impressão de que nas dobras dessa “proteção” constitucional esconde-se na verdade, além de um condicionamento jusprivatístico, o fundamento econômico de produtividade e auferição de lucros, com que seria incompatível a erraticidade ou mesmo a permansividade nos moldes próprios de organização social, possuidores apenas de interesse etnográfico e não jurídico.

A leitura a ser dada, portanto, aos levantamentos censitários de 1991 (nesse ano, 294 mil pessoas se autodeclararam ‘indígenas’) e 2000 (o quantitativo apurado no censo foi de 734 mil), que apontam o espetacular crescimento de auto-identificação indígena entre moradores urbanos, é, também, além das hipóteses aventadas em Ventura & Coimbra⁵⁵ e Pereira, Ventura Santos & Azevedo⁵⁶, da infiltração do assimilationismo jurídico-econômico que pode resultar na acomodação dos índios com a idéia da propriedade individual, loteada em nichos angustos, embora esse crescimento seja, sem sombra de dúvida, fruto da maior visibilidade social do *ser* índio dada pela ação dos movimentos indigenistas, a exemplo do que tem acontecido com os negros, fazendo com que emergjam para uma afirmada etnicidade até mesmo povos considerados oficialmente extintos ou que abafaram essa condição, como os Kokama, do alto Solimões, citados por Santilli (2000:168).

É bom que fique claro que não se quer aqui resuscitar a polêmica rousseauiana sobre propriedade privada e o comunalismo do selvagem, nem muito

⁵⁴ 2001: 331.

⁵⁵ 2003: 17.

⁵⁶ 2005: 164.

⁵³ 2005: 11.

menos qualquer debate sobre a violência do processo histórico gerada pela propriedade privada, já que essa discussão se esboroa ante o modelo econômico adotado como fundamento do sistema constitucional brasileiro, mas sim de dimensionar a deficiência do mecanismo jurídico, e do seu fundamento subjacente, para apreender uma porção da realidade sociocultural que foi incorporada ao “espírito” da Constituição sem desafivelar-se de sua motivação ideológica, o que somente pode ser feita superando-se o condicionamento jurídico convencional, que apenas confirma a tese da super-estruturalidade de que o saber jurídico “tem um conteúdo de classe”⁵⁷, sobretudo o Direito Privado, individualista *par excellence*, que se coloca “evidentemente ao lado da classe dominante, desde que equipara unidades fundamentalmente desiguais, pois que ocupam na sociedade uma posição diversa,” acrescenta o mesmo Autor (p. 87). A vitalidade desse discurso está em que ele lida bem com ficções. E as jurídicas são muito perigosas, porque costumam disfarçar tanto a profundidade quanto a extensão de certos assuntos através de uma linguagem ensimesmada e acessível somente aos escribas iniciados. Nesse caso, “a técnica jurídica se transforma na *apoteose do subterfúgio*, falhando na sua finalidade, mentindo aos seus propósitos, fugindo à sua missão”⁵⁸.

As terras e a posse dos Pataxó e Pataxó Hã Hã Hãe

Do fracasso na gestão das capitâneas de Ilhéus, Porto Seguro e Espírito Santo nos séculos XVII e XVIII decorreu sua reversão à Coroa, o que, quanto aos índios que aí habitavam, Botocudo, Mongoió ou Kamakã, Pataxó, Cumanoxó, Malali, Panamá, Baenã, Cutaxó e Maxakali, entre outros, resultou numa maior liberdade e, por via de consequência, preservação dos seus padrões de organização social, afastados dos efeitos da expansão capitalista colonial até cerca de 1760, como escrevem Darcy Ribeiro⁵⁹ e Maria Hilda Baqueiro Paraiso⁶⁰, da Universidade Federal da Bahia, a partir de quando a falência da mineração,

que, por sua vez exterminara os índios em Minas Gerais, Mato Grosso e Goiás no século XVIII, fará voltar as atenções coloniais para as atividades de expansão da fronteira pastoril, respondendo pela prática expropriatória de terras livremente ocupadas pelos índios, inclusive através de concessão de sesmarias pela Carta Régia de 05/05/1801, e a desarticulação das sociedades indígenas. Essa a geratriz histórica de tantos conflitos, alguns dos quais chegaram ao Supremo Tribunal Federal, inclusive com pedido de anulação de títulos concedidos por governos estaduais depois de promovida a transferência de índios aldeados, como naquela levada a efeito pelo Governo de Minas Gerais ao transferir índios Krenak — a única comunidade remanescente reconhecida de botocudos, habitantes de uma minúscula área de 68,25 hectares na bacia do Rio Doce, em Minas Gerais, na pendência do julgamento de ação de nulidade de títulos proposta pela FUNAI em 30/09/1982 perante o Supremo Tribunal Federal — para a Fazenda Guarani, em 1971, que chegou a abrigar até mesmo índios Pataxó de Porto Seguro, na Bahia⁶¹.

Enquanto os órgãos e entidades indigenistas procuravam soluções administrativas, os conflitos fundiários gerados pela cobiça da fertilidade das terras medravam assombrosamente, sendo os índios espingardeados pela ação destruidora dos grileiros (inclusive os titulados (i)legalmente pelo Estado da Bahia), que chegaram a se servir até mesmo do expediente de um surto bacteriano e virótico inoculado nos índios com roupas contaminadas⁶².

Só a título amostral da situação no Nordeste indígena, basta lembrar os índios Fulniô e Tuxá da Ilha de Assunção, Pankararú, Xukurú, em Pernambuco, Pakarai e Umã, na Bahia, podendo aí ser incluídos os Krena, em Minas Gerais, uma vez que o Leste e Nordeste de Minas Gerais e o Espírito Santo compõem uma área de unidade fitogeográfica e mesológica, dominada pelas bacias dos rios de Contas, Jequitinhonha,

⁵⁷GOMES, 1955: 85.

⁵⁸GOMES, *idem*, p. 249.

⁵⁹1979: 91-100.

⁶⁰2002: 415.

⁶¹PARAÍSO, 2002: 422.

⁶²MAXIMILIANO, 1989: 178 e 323, já se refere a episódios dessa natureza, revelando sua antiguidade na região. RIBEIRO, 1979: 51 tem um enfoque assemelhado nesse particular quanto à disputa pela terra: “Nesses sertões, o fulcro das discórdias estava na posse da terra que o criador queria limpar dos ocupantes humanos para encher de gado e o problema criado para o índio com a liquidação da caça que o privava de uma insubstituível fonte de subsistência” (RIBEIRO, 1979).

Doce, Pardo e Mucuri, com o Sul da Bahia ao longo da vertente oriental da Serra do Mar, já que no passado ela abrigava, além dos Botocudo (em seus vários grupos, como os Naknenuk, Krakmun, Pajerum, Jiporok e Pojixá), originariamente com presença mais densa nas matas da região do Rio Belmonte, índios Mongoió, Pataxó, Cumanoxó, Malalí, Pãname, Baenã, Cutaxó, Maxakali e Puri-Coroados. Na formação da sociedade nacional, foram todos enxotados de suas terras por manipulações jurídicas, certamente bem urdidas, sob todos os aspectos, pois não foram desfeitas judicialmente diante de um Estado impotente para ordenar a apropriação territorial, mesmo porque corria o risco, com a radicalização, de ter sua hegemonia ameaçada de perigosas fissuras políticas.

No que diz respeito aos Pataxó, sobre os quais há boas descrições feitas por Maximiliano⁶³, inclusive quanto à distribuição espacial, sua história assemelha-se à saga dos Aimoré ou Botocudo, com os quais, aliando-se aqueles com os Cumanoxó, Maxacali, Kamakã e Pãname, estiveram em freqüentes guerras e hostilidades⁶⁴, muito bem manipuladas pela colonização. Mas os Pataxó também não deixaram de ser vítimas da expansão da fronteira agropastoril, mais especificamente da cacauicultura, embora antes mesmo dela, já no alvorecer do século XIX, o interesse madeireiro já guiasse a cobiça pelas terras, pródigas em jacarandá, oiticica, jequitibá, vinhático, cedro, ipê, peroba, pau-brasil, entre outras espécies, como narra o príncipe de Wied-Neuwied ao relatar a implantação de uma serraria na região de Mucuri, então Vila de São José do Porto Alegre (1989: 174). Em trecho também elucidativo, Darcy Ribeiro (1979: 99-100) narra o drama dessa *nação* índia bem como as armadilhas e estratégias para afugentá-los ou dizimá-los.

As várias etnias indígenas muitas vezes foram abrigadas num espaço territorial sem qualquer respeito a seu padrão de organização social, atuando como uma espécie de resposta oficial e descomprometida à questão indígena. A solução imediatista para pôr cobro a conflitos entre a expansão das fronteiras produtivas, ou seja, agropastoril e extrativista, e a resistência indígena de permanência na base territorial

⁶³ 1989, *passim*, esp. p. 215-15 sobre sua descrição física, p. 176, 215 e 274-6, sobre a língua.

⁶⁴ MAXIMILIANO, 1989: 170, 176, 276, 310, 386 e 414. Tb.: PARAISO, 2002: 414, e RIBEIRO, 1979: 98.

de seu *ethos* empurrou o problema para o futuro, já que não foram feitos novos equacionamentos e gestões administrativos, como se aquelas comunidades tivessem que ficar estacionárias no tempo, no espaço e na demografia. A esperança assimilacionista de que a aculturação poria fim aos conflitos no futuro frustrou-se, tendo mesmo acirrado os problemas da posse indígena nas áreas de reserva indígena, a exemplo do que aconteceu com a Reserva Caramuru-Paraguaçu, organizada pelo então Serviço de Proteção aos Índios – SPI, em 1926, tendo com base territorial “50 léguas quadradas de terras em florestas gerais e caatingadas” de terras devolutas do Estado da Bahia, para “gozo dos índios Pataxós e Tupinambás, ou outros ali habitantes” (Lei estadual 1.916/1926). A anterior extinção de outras aldeias, por força da Lei 198, de 21/08/1897, do Estado da Bahia, fez com que diferentes grupos indígenas se deslocassem processionalmente para essa reserva, a exemplo de contingentes “Tupiniquim e Botocudo (Aimoré e Gueren); de Santa Rosa, os Kariri-Sapuyá, que já haviam sido expulsos de Pedra Branca, situada na porção sul do Recôncavo baiano; e da antiga aldeia de Ferradas (São Pedro d’Alcântara), grupos Kamakã e Gueren”, informam Maria Rosário Carvalho e Jurema Machado de Andrade Souza (2005). Analisando a proeminência da denominação *Pataxó* sobre os demais povos indígenas abrigados em Barra Velha, José Augusto Laranjeira Sampaio (2000: 6) escreve, o que é aplicável à área da Reserva Caramuru-Paraguaçu, que “sobre esta muito provável diversidade original, o etnônimo Pataxó prevaleceu provavelmente por ter sido destes o maior contingente, além de estar a aldeia situada em território tradicionalmente reconhecido como pataxó”.

Ainda sobre essa Reserva Indígena, que na verdade abriga mais do que os Pataxó Hã Hã Hãe, Rosário e Machado (2005) também dão informação de que Curt Unkel, o notável etnólogo alemão que adotou o sobrenome tupi Nimuendaju, “aquele que fez seu próprio lar”, pelo qual seria daí então conhecido mundialmente, esteve na Reserva Caramuru-Paraguaçu de 22 de setembro a 28 de novembro de 1938, constatando o abandono em que ela se encontrava e a intrusão nela da população regional, situação de esbulho que, de um modo geral, já havia sido noticiada em 1932 por Alberto Jacobina, chefe da Inspeção da Proteção aos Índios da Bahia à época, que chegou a publicar estudo sobre o assunto na Revista do Instituto Geographico e

Histórico da Bahia, número 60, 1934:253-266, em que escreveu sobre simulação de posses e grilagem.

Maria Rosário Carvalho e Jurema Souza (2005), baseando-se nas informações de Jacobina, focalizam a origem do problema a partir da década de 30, e que hoje bate às portas da Justiça, tanto de 1º grau quanto no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal através da Ação Cível Originária 312-1/BA. Essa informação mostra o alto grau de complexificação do problema criado pela incúria e tranqüibérnias de agentes oficiais de órgão de proteção ao índio e do governo estadual da Bahia, gerando um problema fundiário de difícil solução no âmbito judicial pela consolidação de situações jurídicas que, num primeiro momento, requerem proteção judicial enquanto pende de solução a questão de fundo sobre a efetiva dominialidade das áreas em litígio.

Outro foco do conflito que hoje deixa juízes, procuradores da República, FUNAI e outros órgãos de apoio à causa indigenista com um *nescio quid* de acatalepsia, repousa na criação do Parque Nacional de Monte Pascoal pelo Decreto 12.729, de 19 de abril de 1943, contra a qual a oposição solitária — já que o SPI foi omissivo — dos índios pataxós foi impotente. Implantado em 1961, esse parque abocanhou a área tradicionalmente ocupada por esses índios, pondo-os sob a hostilidade de agentes do IBDF— Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal e IBAMA a pretexto de preservação ambiental, como analisado por José Augusto Laranjeiras Sampaio em seu excelente estudo (2000), limitando-se a ação da FUNAI a meras tratativas anódinas.

O imbróglio jurídico estabelecido chegou, como não poderia deixar de ser, a um alto grau de ebulição, já que os índios passaram a ser vistos como invasores e destruidores ambientais, sendo alijados do processo de ocupação das terras que sempre os abrigaram. Esse entrechoque foi gerado pela incompetência da FUNAI e da União em ter feito cessar no nascedouro esse minotauro jurídico de terra indígena incrustada, como *minus*, num área de preservação histórico-ambiental — Parque Monte Pascoal — criada posteriormente. Essa área de fruto de uma “concessão” do órgão ambiental só existe por inoperância do órgão de proteção dos índios e da União, sendo às escâncaras insuficiente a solução jurídica encontrada pelo Decreto 396, de 24/12/1991, da Presidência da República, que

homologou uma área de 8.627 hectares destacada dos 22.500 hectares que compõem o Parque Monte Pascoal.

Como conseqüência dessa anomalia a jeito de arrumação paliativa, tornou-se ela uma das matrizes mais importantes dos conflitos judiciais pulverizados em várias ações individuais, nos quais a União e a FUNAI nem mesmo fazem seu *mea culpa* de negligência no passado e buscam meras intervenções paregógicas no âmbito de sentenças judiciais restritas pelo *thema decidendum* que não equaciona o problema em sua totalidade, ou seja, essas ações individuais não ferem o problema da terra indígena em sua nevrálgia jurídica, que é sua demarcação.

Enquanto não solucionados esses dois problemas estruturais, um dos quais é objeto da Ação Cível Originária 312-1/BA quanto aos títulos de domínio invasivos da Reserva Paraguaçu-Caramuru, em cujo âmbito já foi apresentado laudo pericial-antropológico, já tendo sido indeferida *expertise* complementar requerida pela FUNAI e solicitada pela União prioridade na tramitação do feito em 24/05/2006, e a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ainda que a expensas da extinção do Parque Monte Pascoal, as comunidades indígenas Pataxó — hoje representadas pelas de Barra Velha, Boca da Mata, Meio da Mata, Imbiriba, Aldeia Velha, Coroa Vermelha, Corumbauzinho e Trevo do Parque⁶⁵, desalijadas de terrenos planos adequados à agricultura tradicional e circunscritas a áreas angustas, como a dos pobres brejos arenosos junto ao estuário do rio Caraíva, sem aptidão para se tornarem unidades produtivas autônomas como o eram antes da criação do referido parque — e Pataxó Hã Hã Hãe irão sempre se ver às voltas com conflitos fundiários batendo às portas do Judiciário pela ausência de uma gestão administrativa incisiva, que ainda pode ser profilática, inclusive quanto às desapropriações para fins de reforma agrária, como a noticiada por José Augusto Sampaio⁶⁶, que apareceram como complicador do problema.

É clara a limitação do Judiciário de primeira instância para desbordar dos limites impostos pela ausência de demarcação das terras indígenas, compe-

⁶⁵ Sampaio, 2000.

⁶⁶ 2000 b.

tindo-lhe zelar, no âmbito de ações possessórias, pela paz social, inibindo quem quer que seja de promover a resolução dos seus direitos ao talante de sua craveira pessoal de justiça. Como já dito, a única ação judicial com virtualidade solucionatória do conflito gerado pela constrição dos Pataxó em nome de falsas preocupações ambientalistas, que no fundo dissimulam antigos interesses econômicos da cultura cacauieira e de extração madeireira que sempre viram os índios como quistos frenadores do progresso a serem removidos, é a que tramita no Supremo Tribunal Federal, que trata da nulidade de títulos concedidos pelo Estado da Bahia ao argumento de terras devolutas de sua dominalidade. Se julgada procedente, a consequência imediata será a restituição aos índios de suas terras.

As demais lides judiciais, repita-se, são apenas maquiagens do problema que velam pela paz pública, embora apenas no âmbito formal, porque existe um conflito-matriz, na forma de estrutura profunda, que responde pela emergência desses litígios pulverizados. Estes têm que ser resolvidos no âmbito dessa perspectiva de apaziguamento social (o que é a *ratio essendi* dos julgados no Agravo de Instrumento 2002.01.00.025142-8/BA, Rel. Des. Antônio Ezequiel e no Agravo Regimental na Medida Cautelar 2003.01.00.000066-7/BA, Rel. para o acórdão Des. Olindo Menezes), apesar da tirada jurisdicista — e os bacharéis são pródigos em fórmulas vazias — de que o conflito em terras indígenas não se resolve pela visão privatística da posse. Isso é um truismo. Só deixa de focalizar o cerne da questão, que é de que o conceito de terra indígena não prescinde da questão prévia de sua demarcação com respeito a seus padrões culturais e de organização social, tarefa mamparrada pelo governo federal e que hoje se arrasta como processo no STF. Enquanto este último não for solucionado, a orientação judicial será a de que “ressalvada a negociação administrativa, sempre mais aconselhável, é de esperar-se a palavra final da Corte Maior a respeito da validade dos títulos de domínio dos atuais proprietários, devendo ser cumprida a ordem judicial de reintegração de posse” (Agravo Regimental na Medida Cautelar 2003.01.00.000066-7/BA, Rel. para o acórdão Des. Olindo Menezes).

Referências bibliográficas

ANCHIETA, José de. *Informações, fragmentos históricos e sermões*. Belo Horizonte – São Paulo: Itatiaia-Edusp. 1988.

AZANHA, Gilberto. *A lei de terras de 1850 e as terras dos índios*. Disponível em: www.trabalhoindigenista.org.br/Docs/terra.pdf. Acesso em 10/08/2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. “Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista”. In: *Criminologia e Direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BOBBIO, Norberto. “Derecho y ciencias sociales” e “Ciencia del Derecho y analisis del lenguaje”. In: *Contribución a la teoria del Derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1982.

CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a história do Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1973.

CARVALHO, Maria do Rosário; SOUZA, Jurema Machado de Andrade. Pataxó Hãhãhãe. História. Maio/2005. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/pib/epi/pataxohahahae/hist.shtm>. Acesso em 05/08/2006.

DANTAS, Beatriz G.; SAMPAIO, José Augusto L.; CARVALHO, Maria Rosário G. “Os povos indígenas do Nordeste brasileiro”. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DAVIDSON, Theresa Sherrer. The brazilian inheritance of roman law. In: WATSON, James B.; DAVIDSON, Theresa Sherrer; THOMAS, Earl W. *Brazil: papers presented in the institute for brazilian studies – Vanderbilt University*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1953.

DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1966.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 46. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 2002.

GOMES, Orlando. *A crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Progresso, 1958.

HOUAISS, Antônio. *O português no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. “O governo dos índios sob a gestão do SPI”. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MACHADO NETO, A.L. *Sociologia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

MACHADO NETO, A.L. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARINHO, Josaphat; RIBEIRO, Pacífico. *Invasão dos Pataxós no Sul da Bahia*. Salvador: Artes Gráficas e Indústria Ltda., 1983.

MARTIUS, Carl F. P. von. *O estado do direito entre os autóctones do Brasil*. Tradução: Alberto Löfgren. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1982.

MAXIMILIANO. *Viagem ao Brasil*. Tradução de Edgar Sússekind de Mendonça e Flávio Poppe de Figueiredo. Edição refundida e anotada por Olivério Pinto. Belo Horizonte – São Paulo: Itatiaia – EDUSP, 1989.

- MENDONÇA, Marcos Carneiro de. *O marquês de Pombal e o Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.
- MENDONÇA, Marcos Carneiro de. 1972. *Raízes da formação administrativa do Brasil*. Rio de Janeiro: IHGB-CFC.
- NIMUENDAJU, Curt. *Mapa etno-histórico do Brasil e regiões adjacentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1981.
- OTÁVIO, Rodrigo. *Os selvagens americanos perante o Direito*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1946.
- PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura. "Demografia dos povos indígenas no Brasil: um panorama crítico". In: PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura. *Demografia dos povos indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
- PARAÍSO, Maria Hilda B. "Os Botocudos e sua trajetória histórica". In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- PEREIRA, Nilza de Oliveira M; VENTURA SANTOS, Ricardo; AZEVEDO, Marta Maria. "Perfil demográfico e socioeconômico das pessoas que se autodeclararam 'índigenas' nos censos demográficos de 1991 e 2000". In: PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura. *Demografia dos povos indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
- PERRONE-MOISÉS, Beatriz. "Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)". In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, F.C. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C, 1928.
- RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1979.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- RODRIGUES, Aryon Dalligna. *Línguas brasileiras: para o conhecimento das línguas indígenas*. São Paulo: Loyola, 1986.
- RONDON, Cândido M. Da Silva. *Conferências realizadas nos dias 5, 6 e 9 de outubro de 1915 sobre Os Trabalhos da Expedição Roosevelt e da Comissão Telegráfica*. Rio de Janeiro: Comissão Rondon (Publicação N.42). 1916.
- SAMPAIO, José Augusto Laranjeiras. *Breve história da presença indígena no extremo sul baiano e a questão do território Pataxó do Monte Pascoal*. Xxii Reunião Brasileira de Antropologia. Brasília: julho de 2000.
- SAMPAIO, José Augusto Laranjeiras. "Pataxó: Retomadas na rota do quinto centenário". In: *Povos indígenas no Brasil: 1996/2000*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000b.
- SANTILLI, Márcio. "Demarcação das terras indígenas: uma luz no fim do túnel?" In: *Povos indígenas no Brasil: 1996/2000*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000.
- SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SILVA, Ligia Osório. "A questão da unidade territorial do Brasil". In: *Anais Do 8º Encontro Nacional de Geógrafos*. Salvador: Agb, 1990. V.2.
- SILVA, Ligia Osório. "Os indígenas da América, a propriedade privada e a construção dos 'espaços vazios'". Texto Apresentado No XIII Congresso Internacional de História Econômica, realizado em Buenos Aires, Argentina, de 22 a 26 de julho de 2002.
- SILVA, Ligia Osório. "Fronteira e identidade nacional". In: *V Congresso Brasileiro de História Econômica e 6ª Conferência Internacional de História de Empresas*, 2003, Caxambu, Mg. ANAIS. Caxambu, Mg: Abphe, 2003.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "O Direito envergonhado: o Direito e os Índios no Brasil". In: GRUPIONI, Luís Donizete Benzi (Org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Global, 2000.
- SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. "O Governo dos índios sob a gestão do Spi". In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *História dos Índios no Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras.
- VENTURA SANTOS, Ricardo; COIMBRA JR., Carlos E.a. "Cenários e tendências da saúde e da epidemiologia dos povos indígenas". In: VENTURA SANTOS, Ricardo; COIMBRA JR., Carlos E. A; ESCOBAR, Ana Lúcia (Orgs.). *Epidemiologia e saúde dos povos indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz-abrascos, 2003.
- VIDAL, Lux Boelitz. "As terras indígenas no Brasil". In: GRUPIONI, Luís Donizete Benzi (Org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Global, 2000.