

O RETORNO DA NATUREZA E DOS POVOS COM AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

Carlos Frederico Marés de Souza Filho¹

INTRODUÇÃO

A natureza e os conhecimentos (culturais) foram retirados do Direito moderno ao não serem incluídos na categoria de bem jurídico. Apenas os bens materialmente considerados como mercadoria e como bens de consumo passaram a fazer parte dessa categoria na modernidade, como objetos de direito. Esses bens provêm da natureza e são transformados, pelo trabalho humano, em um longo processo de aprendizado e conhecimento, isto é, são essencialmente natureza e cultura. Mas, tanto a natureza quanto o conhecimento associado na produção são desconsiderados e afastados da modernidade, como descarte da vida social e jurídica. Os que integram a modernidade são os bens, as mercadorias, como objetos de troca, geradores de um retorno lucrativo para o capital, integrando, também, o sistema. Os indivíduos, chamados de sujeitos de direito, de pessoa, por meio de um contrato, completam esse sistema.

O referido sistema, na América Latina, foi empregado da forma mais brutal possível, desconsiderando as ricas e vastas biodiversidades e sociodiversidades da região. De fato, a exploração colonial estabeleceu,

1 Carlos Frederico Marés de Souza Filho - Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, professor titular e pesquisador vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, integrado ao Grupo de Pesquisa “Meio Ambiente: sociedades tradicionais e sociedade hegemônica”. Membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA), Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, sócio-fundador do Instituto Socioambiental (ISA). Foi procurador do Estado do Paraná. Advogado de povos indígenas.

na América Latina, um processo produtivo, em que a natureza local e as culturas locais não contavam. A produção se concretizava com o trabalho mais alienado possível, a ponto de manter o trabalho escravo dentro do sistema de produção liberal, transformando uma natureza trazida de fora, depois de destruir a local.

Nesse sistema foram desconsiderados os trabalhadores – em geral escravos, grande parte de origem africana – e os “não trabalhadores”, indígenas que mantinham sua vida comunitária autônoma. Isso significa que os escravos e os não integrados no sistema não poderiam ter qualquer direito, e os direitos individuais, portanto, eram privilégio dos senhores coloniais. A natureza exuberante e fértil, com uma extraordinária diversidade, era considerada um empecilho ao processo colonial, chamado mais tarde de desenvolvimento, que não era senão a possibilidade de produzir monoculturas de exportação, com cultivares trazidos e desenvolvidos em outras partes do mundo. Assim, a profunda separação entre ser humano e natureza se agigantou no sistema colonial da América Latina. A natureza relegada e expulsa da modernidade² na Europa foi considerada hostil e nociva na América, tendo que ser substituída tanto quanto as pessoas.

Porém, a natureza e as pessoas não aceitaram essa substituição. Independentemente das mudanças sociais ocorridas, as reações da natureza e das pessoas sempre persistiram e também ganharam formas diferentes. Como a modernidade tem estruturas sociais baseadas em Estados juridicamente constituídos, é claro que as mudanças requeridas deveriam estar refletidas nessas estruturas e, especificamente, nas constituições que começaram a reger a vida dos Estados-Nacionais no começo do século XIX. Desde a constituição desses Estados exige-se o reconhecimento dos povos e da natureza como seus territórios, mas os textos ficaram no discurso do reconhecimento e na hermenêutica da negação. Desta maneira, gerou-se um constitucionalismo muito especial que, sendo cópia do europeu, na hermenêutica, difere no discurso, desde que foram escritas as primeiras constituições, no século XIX.

2 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. *Revista Crítica do Direito*, n. 5, vol. 66, ago./dez. 2015. p. 88-105.

1.1 A NATUREZA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

Para o Direito, na teoria da modernidade, as mercadorias são tipificadas como objetos sobre os quais recai o direito do indivíduo. Esses objetos, também individualizados, dotados de valor econômico, suscetíveis à troca, são o fundamento e a razão do direito de propriedade. São as coisas feitas pelo ser humano (pelo trabalho humano), disponíveis para serem transferidas pelo contrato, e se constituem, ainda, como bens jurídicos. Essa materialidade explícita da mercadoria, porém, ficou perdida nos séculos XVI e XVII³, porque a produção de capitais, isto é, sua acumulação, requeria outros bens jurídicos cuja materialidade é muito mais simbólica do que real, como o dinheiro e a terra. A terra é o exemplo mais visível, não só porque sua privatização, no estrito sentido de propriedade individual moderna, é uma rejeição à sua função provedora de necessidades de todos os seres vivos, como pelo fato de ela não poder ser entesourada, como o ouro, a prata e os demais metais preciosos. Essa terra sempre está lá, aberta, livre, acessível a qualquer animal e vegetal, e mesmo aos seres humanos perdidos e “desviados” da conduta, por não abusar da coisa alheia nem mesmo para saciar a fome ou a sede. Como não pode ser guardada no cofre, ela continua gerando vida, mesmo que o proprietário não a use.

A terra, portanto, é um capítulo especial nessa criação ou invenção de mercadorias⁴. Para que a terra fosse transformada em propriedade e mercadoria era necessária a destruição da natureza que a cobria. Deveria germinar na terra-propriedade somente a vida controlada e desejada pelo humano-proprietário. Neste sentido, ganhou especial relevo outro direito associado à propriedade: a posse. Por isso são tão intensas e relevantes as discussões sobre posse a partir do século XIX. É que, para a terra ingressar na modernidade como bem jurídico ou mercado-

3 O principal representante dessa materialidade clássica é: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultural. s/d.

4 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000.

ria, teve que ser cercada e melhorada, isto é, teve que haver ação humana sobre ela. Esta ação humana caracteriza a posse e, em consequência, a propriedade, e não se realiza pela presença e interação com a natureza existente, como a coleta e caça de bens naturalmente produzidos, mas, exatamente ao contrário, pela destruição da natureza. O cercamento, *enclosure* na expressão original inglesa, só faz sentido com o complemento “melhoramento” (*improvement*), que significa a transformação da natureza local ou, dito de uma forma simplista, a expulsão da natureza e a inclusão de bens jurídicos produtivos como, no caso original, carneiros e seus alimentos. Essa terra cercada e melhorada, portanto, com posse efetiva e trabalho humano, é que se transformou e fundamentou o direito de propriedade imóvel que, para o sistema econômico, significa mercadoria.

O processo colonial sobre a América, a partir do fim do século XV, se iniciou com a extração direta de bens e riquezas, especialmente as minerais, com alguma essência vegetal, como o pau brasil. A exploração das riquezas minerais continua, até hoje, praticamente da mesma forma, com altíssima exploração da mão de obra, produção para exportação e esgotamento das fontes. A exploração mineral é, por si mesma, destruidora da natureza, mas a exploração que veio a seguir, a não mineral, não foi menos agressiva. A exploração agrícola dos grandes produtos continua mais ou menos igual era no início: destruição absoluta de toda a natureza, quer dizer, das florestas ou outras formas de vegetação, e produção intensiva, monocultural, para exportação, com o esgotamento dos recursos. Tanto na mineração quanto na agricultura a natureza foi e ainda é altamente espoliada. Mas o ser humano também o é, como já veremos.

A transformação da terra em propriedade privada excluiu a natureza, isto é, a terra deixou de ser provedora das necessidades para ser produtora de novas mercadorias necessárias ou inventadas. Essa transição na Europa foi lenta e consistente na medida em que os reis foram cedendo poder a quem recebia o direito de cercar as terras. Somente no começo do século XIX, justamente na época da organização dos Estados-Nacionais, é que o direito à terra ficou claramente resolvido e

passou a ser chamado de propriedade imóvel. A partir daí e por esse motivo, houve discussões teóricas sobre a posse moderna naquele século. As novas terras na América, densamente povoadas e com uma rica e exuberante natureza que conseguia prover todas as necessidades de seus habitantes, humanos ou não, ainda não sofriam os efeitos da separação entre homem e natureza. Portanto, a discussão sobre posse e propriedade não tinha relevância e, desta forma, não se concluiu a concepção do iluminismo individualista. De uma só tacada se despedem os povos e a natureza, e ambos não são só podem, como devem ser destruídos.

Terra sem dono deve ser conquistada, e os enviados dos reis tomaram posse e cuidaram para que a primeira propriedade fosse cuidadosamente entregue a quem não precisasse dela para produzir comida e subsistência. As terras foram entregues a capitais produtivos, capazes de comprar mão de obra, mesmo que tivesse sido roubada e/ou sequestrada entre os povos originários da própria América, da África ou de outra parte qualquer, desde que pudessem ser constrangidos a trabalhar por baixos preços ou sem pagamento algum. O primeiro trabalho dessa nova empreitada foi exatamente expulsar as gentes e as naturezas, que significava, é claro, “melhorar” a terra, torná-la produtiva, sem índios e sem natureza hostil. É infame a legitimidade do trabalho escravo. O direito de fazer alguém trabalhar para si está no contrato de compra, não na captura. O comprador com contrato não fazia perguntas como o ser humano foi reduzido à condição de escravo, pois o que valia era o contrato posterior.

As leis, porém, só podiam dizer isso nas entrelinhas, às vezes ao interpretar, às vezes no silêncio. Assim, não há leis para dizer qual é a legitimidade da escravidão ou como devem ser tratados os escravos, nem regras de novas aquisições e trocas. As normas referentes à libertação são escassas e, na maior parte das vezes, costumeiras. Contudo, há leis que proibem quem não for proprietário de destruir a natureza⁵, autorizando, nas entre-

5 Essas proibições estão em várias leis, desde as ordenações do reino, em especial o artigo 2º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, que proibia derrubar mato ou colocar fogo em terras devolutas.

linhas, o proprietário a destruí-la. Assim começam a ser estabelecidos os direitos e as obrigações dos que recebem terras como privilégio real. A Espanha prefere conceder as terras e tudo que tem dentro, inclusive as gentes; Portugal é mais seletivo e usa uma velha lei de terras e trabalho, chamada Lei de Sesmarias, estabelecida em 1375 e reproduzida em todas as ordens do reino para conceder terras e não dispor sobre seus habitantes⁶.

Não houve diferenças profundas com as independências, e a natureza expulsa estava destinada a ser destruída. A cada invento ou inovação, uma nova armadilha era preparada e acionada para destruir com maior velocidade e ferocidade. A natureza parecia destinada à destruição total, especialmente quando cresciam as cidades imunes à liberdade das plantas e dos animais. O sistema jurídico com as independências ganhou novas formas muito mais sofisticadas, com as constituições e os códigos que enalteciam os direitos de propriedade, como sua argamassa, e o respectivo objeto individualizado. Os Estados constituídos passaram a expropriar as terras coletivas e a legitimar a propriedade privada. Tudo era muito parecido com a legitimação do escravo. A terra, no direito dos códigos, é propriedade imobiliária e está detalhadamente regulamentada, quer dizer, o direito de propriedade está regulamentado, mas não o seu uso. O proprietário tem poderes de usar conforme melhor lhe convenha. A terra é apenas um trecho cercado, individualizado, objeto do direito de alguém. A natureza não conta, ou melhor, conta menos, e diminui a conta. Para essa lógica proprietária, a terra e a natureza que nela vive pertencem a uma pessoa. O sistema não concebe nem aceita a propriedade coletiva que não seja a soma de propriedades individuais. Por isso, como não concebe um sujeito coletivo, não consegue conceber um bem de todos. Na realidade, a terra e a natureza são bens de todos, mas o direito moderno as reduziu a uma propriedade individual. O proprietário passa a ter plenos poderes para destruir tudo que não lhe seja útil ou agradável.

6 LIMA, Ruy Cirne. Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas. 4. ed. Brasília: ESAF, 1988. 112 p. para Portugal e CAPDEQUI, Ots. El Estado Español en las Indias. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

1.2 OS POVOS, A CULTURA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

Se a colonização europeia trouxe um dano real e concreto para a natureza, não poderia deixar de causar dano de equivalente grandeza aos povos que nela viviam e aos que vieram viver nas Américas. Hoje reconhece-se, pela Convenção 169 da OIT, a existência de duas diferentes formas genéricas de organização social entre os não integrantes do sistema capitalismo hegemônico: os povos indígenas e os povos tribais:

[...] povos tribais [...] cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; e povos [...] 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 delas⁷.

Os dois grupos estão, corretamente, no plural, porque são termos genéricos. Não existe povo indígena, mas milhares de povos diferentes. No Brasil, há mais de três centenas destes com religião, direito, organização social, língua e cultura próprias. Portanto, o nome genérico “povos indígenas” é um nome do colonizador e não é preciso buscar sua fonte e o equívoco que ela revela. Dentre os chamados “povos tribais”, também há diferentes origens e inúmeros povos com a mesma origem. Por exemplo, os afrodescendentes que se reuniam e se constituíam em comunidades, em geral fora do alcance da polícia colonial, estão perfeitamente enquadrados no conceito de tribal e ganharam diversos nomes pela América Latina afora, como quilombolas, palenques, marrons, cimarrónes, maroons etc. Cada um desses termos regionais e

7 Texto do artigo 1º da Convenção 169 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5051, de 19 de abril de 2004.

também genéricos engloba uma quantidade enorme de comunidades diferentes, com raízes históricas parecidas, mas de constituição e organização social diferente. Para além desses, há uma gama muito grande de povos que se enquadram nas definições da OIT que, portanto, devem ser tratados com direitos diferenciados e, sobretudo, coletivos. A todos esses coletivos tem-se dado o nome de povos tradicionais.

Nesse momento o propósito não é analisar esses grupos e suas relações com a sociedade colonial capitalista que os envolveu, mas tão somente entender que existe uma quantidade enorme de povos que viviam, se propuseram a viver e continuam vivendo coletivamente, como grupo diferenciado. Isso ocorre porque já eram assim antes do contato com os colonizadores ou porque se rebelaram contra o sistema de trabalho que lhes era imposto e buscaram sua própria sobrevivência.

A América Latina colonial acumulou riquezas para os capitais europeus, fundada no trabalho escravo. Os povos originários e os africanos eram a principal fonte de mão de obra escrava. Portanto, capturar índios ou africanos na América ou na África era um negócio legitimado pelas leis coloniais, abençoado pelas igrejas e largamente utilizado, eticamente aceitável, fundamentado num racismo que atribuía aos não europeus uma situação sub-humana. Ainda quando a captura era considerada pouco ética, a venda posterior legitimava o negócio. Essa realidade da ameaça da escravização resultou numa necessidade de os povos cobrirem sua visibilidade da forma mais engenhosa que pudessem fazer.

Mesmo para os naturais das Américas, essa não era tarefa simples, porque havia disputas territoriais, inimizades antigas, dependências, explorações, traições etc. A dificuldade era obviamente maior para as comunidades de africanos que se libertavam das garras da escravidão, porque estas conheciam menos a natureza circundante. Deste modo, em piores condições de sobrevivência que os índios, eram caçados com mais intensidade e violência porque já tinham preço e domínio estabelecidos. No Brasil, por exemplo, sempre houve uma não observada, mas legal, proibição de escravização de índios e, portanto, entre caçar um índio ou um negro, muito mais fácil e valoroso era prear africanos.

Isto quer dizer que a vida dos africanos livres tinha tudo para ser mais dura do que dos índios livres. Os índios e africanos livres não eram os únicos povos que se negavam a trabalhar como escravos. Começou-se uma mestiçagem que, em alguns países, praticamente acabou com as origens indígenas, como por exemplo, em Cuba⁸.

É óbvio que a sobrevivência de uns e outros fora da *plantation* ou da mina dependia de uma produção autóctone e, para isso, de um conhecimento da natureza. O conhecimento da natureza e a necessidade de sobrevivência naquele território amoldavam a cultura a ponto de refazê-la ou aprofundá-la, principalmente aquelas que poderiam ser chamadas “novas comunidades”, não só de africanos, mas também alguns indígenas que tiveram que migrar para muito longe do contato inicial com os colonizadores armados e ferozes⁹.

Esses povos necessariamente coletivos não tiveram seus direitos reconhecidos pelas colônias. Porém, as lutas que os povos travavam contra os poderes coloniais eram vistas como resistência, crime e desrespeito às leis trazidas da Europa e sempre eram tratadas como individuais e criminalizadas. Os sistemas jurídicos europeus, ainda que precários na época, já começavam a delinear direitos individuais sobre a terra e, de qualquer forma, os direitos sobre a terra dependiam da metrópole e do respectivo rei. Sendo assim, o sistema colonial despiu de direitos esses grupos humanos que reivindicavam sua existência como coletivos e lhes oferecia, em geral, a *manu militari*, o único direito de ser trabalhador individual, não livre.

As revoltas dessa época são muito pontuais e quase todas se constituem enfrentamentos de um ou poucos povos contra o sistema. Não há uma unidade de povos nem um enfrentamento em que ficasse clara a contradição entre o sistema colonial capitalista e os interesses de todas as comunidades indígenas ou tribais, segundo a OIT.

8 GUERRA VILABOY, Sergio. LOYOLA VEGA, Oscar. Cuba: uma história. México: Ocean Sur, 2012.

9 São inúmeros os relatos de povos indígenas que migraram do litoral para o interior em rota de fuga dos colonizadores.

Na América do Sul, a mais importante de todas essas guerras provavelmente seja os levantes de Tupac Amaru II, a Grande Rebelião, que vai até as portas da independência e que enfrentou dois vice-reinos espanhóis, o da Prata e o do Peru¹⁰. Na América Central houve a maior guerra negra, que resultou na independência do Haiti e derrotou os três maiores impérios da Época: França, Espanha e Inglaterra¹¹. Essas duas guerras populares pela liberdade estão na origem da independência, que viria poucos anos depois em todo o continente. Curiosamente, a primeira independência se deu no Haiti e a última em Cuba, as duas pérolas do Caribe.

Para todos os escravos do continente, a independência teria que significar sua libertação. Esta foi a clara mensagem do Haiti e a guerra de Toussaint L'Overture. Para os índios, deveria significar o reconhecimento de seus territórios e o fim da escravidão e dos trabalhos servis. Esta foi a mensagem da guerra de Tupac Amaru II.

1.3 A NEGAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NAS INDEPENDÊNCIAS

O fim do século XVIII e o começo do XIX foram anos de revoluções, libertações e independência tanto nas colônias como nas metrópoles. Na França rolaram cabeças de reis e na Espanha defenderam-se reis, ambos em nome da liberdade. A América obteve suas independências com grande confusão de propostas teóricas, promessas de liberdade e práticas coloniais. A América Latina começou a escrever suas constituições e constituiu muitos Estados-Nacionais.

As constituições que surgiram naquele momento tinham por base o ideário de liberdade, a estrutura da Constituição de Cádiz de 1812 e o liberalismo econômico como princípio. Todas declararam a liberdade e

10 LEWIN, Boleslao. *La rebelión de Tupac Amaru y los orígenes de la independencia de Hispanoamericana*. Buenos Aires: SELA, 1967.

11 JAMES, Cyril Lionel Robert. *Los jacobinos negros: Toussaint L'Overture y la revolución de Haití*. Buenos Aires: RyR, 2013.

a propriedade como direitos estruturantes dos Estados nascentes e reconheceram o direito individual como único no sistema, muito especialmente o direito à terra, que não ficou explícito nas constituições, mas subentendido clara e profundamente para se tornar lei logo em seguida. Todas prepararam o sistema jurídico para defender um caráter absoluto do direito de propriedade da terra e elevaram a liberdade à categoria de direito universal.

O curioso é que as independências contaram com a participação dos africanos e dos índios como tropas nos exércitos de libertação. Os libertadores, Bolívar, San Martín e Artigas, defenderam o fim da escravidão e os direitos dos índios e não puderam cumprir suas promessas porque não governaram os países que libertaram. Talvez, historicamente, o mais correto seria dizer que não governaram porque cumpriram suas promessas, e as novas elites dominantes aliadas às novas potências coloniais não desejavam uma mudança no sistema de produção baseado na escravidão e no saqueio das terras indígenas. Isso significa que a dupla destruição deveria continuar: os povos e a natureza não poderiam entrar num documento jurídico que proclamava a propriedade individual como centralidade do sistema. Povos, enquanto coletividade autossustentável, e natureza, sobre uma terra, na prática, atrapalhavam e continuam atrapalhando, de acordo com a concepção capitalista, a produtividade da terra, vista como produtora de rendimentos e remuneração do capital. Para essa concepção, a terra deve estar livre e vazia de povos e natureza “inútil”¹².

A esperança dos índios rapidamente se esvaiu, e as rebeliões seguiram seu curso, sempre caracterizadas por levantes de povos ou parcialidades de povos, muitas vezes resultando em massacres e genocídios¹³, porque a principal reivindicação, a terra coletiva, não poderia ser aceita no novo sistema constitucional. O silêncio sobre os direitos indígenas

12 SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Terra mercadoria, terra vazia: povos, natureza e patrimônio cultural. *Revista InSURgência*. Brasília, ano 1, v.1, n.1, jan./jun. 2015, p. 57-71.

13 Sobre essa resistência, como por exemplo: OLIVA DE COLL, Josefina. *A resistência indígena*. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986. 233 p.

era total, e as poucas exceções não se referiam à terra, como o Artigo 68 da Constituição do Equador, de 1830, que nomeava os padres, em suas paróquias, como “*tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable*”¹⁴.

Provavelmente, os escravos, índios ou africanos nem souberam da promulgação das constituições, mas se as tivessem lido naquele momento ficariam radiantes de alegria, pois estaria consagrado, em todas elas, o direito à liberdade tão eloquente quanto o de propriedade. No entanto, era falsa a declaração. A liberdade somente valeria, na interpretação das elites, para quem tivesse propriedade, uma vez que aquela era requisito dos sujeitos do contrato, não de seu objeto. A perversa lógica dos juristas do século XIX era que somente tem direito à liberdade os cidadãos, e cidadãos são homens livres; se os escravos não eram livres, não eram, portanto, cidadãos, e então não tinham direito à liberdade¹⁵.

Assim, as independências e suas constituições não mudaram a vida dos povos, índios, escravos, comunidades quilombolas e outros grupos que viriam a ser chamados de tribais pela OIT no avançado século XX. Eles continuaram invisíveis ao direito como sempre foram e, mais do que isso, se o direito não os reconhecia, a cultura hegemônica os desprezava e os considerava atrasados, no sentido de que, quem sabe, um dia eles poderiam se integrar na “civilização”. Aliás, essa era a recomendação que as constituições e leis posteriores dariam aos Estados-Nacionais: integrá-los quando aprendessem um ofício e a religião. A ideologia perversa em relação aos escravos era de que se não fossem mal tratados não trabalhariam, e como a integração de todos era pelo trabalho, se houvesse liberdade os escravos deixariam de ser integrados.

Se assim era com os povos, maior preconceito havia com a natureza, considerada inútil, nociva e fora da lei.

14 A Constituição do Equador de 1830 está disponível, na íntegra, em: <https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Ecuador_de_1830>. Acesso em: 25 jan. 2016.

15 Esta é a tese defendida pelo jurista Perdígão Malheiro. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdígão. *A escravidão no Brasil: ensaio jurídico, histórico, social*. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1866. (eBookBrasil, 2008).

1.4 O REENCONTRO DA AMÉRICA LATINA OU O RENASCER DOS POVOS

As lutas dos povos fora do sistema hegemônico, por 500 anos, foram pela sobrevivência do povo, fosse dos que já estavam aqui ou que aqui se formaram. Somente em meados do século XX que surgiu uma unidade entre povos e uma reivindicação mais plural que englobasse mais de um ou todos os povos do continente. A teoria e o direito coloniais dos Estados-Nacionais sempre foram no sentido de entender esses povos como generalidade, mas sempre trataram os problemas de forma individualizada, isto é, de povo para povo, ora reprimindo um povo, ora formando aliança com outro, ora escrevendo um tratado, ora concedendo um direito à terra, sempre como ameaça ou prêmio ao comportamento de sua relação com o opressor. Por isso também a resistência era do grupo, com raras alianças, como a chamada Confederação dos Tamoios, complicada aliança entre povos em guerra com os portugueses no século XVI¹⁶.

Essa política de alianças e declaração de guerras sempre fez o colonizador mais forte e a resistência indígena menos eficaz. No século XX, essa situação começou a ser modificada, e os movimentos indígenas tomaram um caráter de alianças mais gerais. Para isso houve uma mudança na estrutura organizativa destes povos. A forma tradicional de organização, com as hierarquias, os clãs, as divisões internas e formas de solução dos conflitos em geral, não facilitou a união de povos. Por isso foi necessário que os indígenas do continente e de cada Estado-Nacional comesçassem a se organizar de forma diferente, em verdadeiros movimentos sociais, cuja reivindicação genérica era o reconhecimento de direitos que pudessem ser incluídos nas normas legais de cada Estado-Nacional e, portanto, com caráter geral a todos aplicável.

Esses movimentos aparecem na revolução mexicana, desde sua origem, em 1910, até a formulação da Constituição de 1917, mas são tão desconsiderados pela historiografia oficial quanto eram na Consti-

16 Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-colonia/confederacao-dos-tamoios>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

tuição de 1917, pela Teoria do Direito e seus intérpretes¹⁷. Na América do Sul, um importante marco histórico foi a Guerra do Chaco entre a Bolívia e o Paraguai. Com a derrota da Bolívia, suas elites saíram muito enfraquecidas, e os índios, mineiros, camponeses e operários melhor organizados. Há uma visível mudança na forma de organização dos povos quechuas e aymaras que foge ao marco do tradicional. Ainda que mantendo suas tradições e hierarquias, as demandas são então pensadas de forma nacional, e a reclamação é de reestruturação do Estado boliviano. Essa disputa, já com os índios camponeses e operários em união, culmina na revolução de 1952¹⁸. A clareza dos povos bolivianos se estendeu rapidamente para todo o continente e propôs-se um grande congresso indígena interamericano. Os Estados-Nacionais se preocuparam e não permitiram que acontecesse, mas, sem saída, realizaram um congresso de Estados para tratar da questão indígena no continente, que chamaram de Congresso Indigenista, e criaram o Instituto Indigenista Interamericano -I.I.I., com sede na Cidade do México.

No mesmo período, surgiu um pensamento cultural na América Latina que se propôs a buscar as origens indígenas e africanas dos povos habitantes da região. Os nacionalismos e o indigenismo ganharam espaço e ocorreu, em São Paulo (Brasil), a Semana de Arte Moderna, em 1922¹⁹. Eclodiu-se, então, uma literatura andina densa e bela, tendo como exemplo José María Arguedas, alfabetizado em espanhol, mas que declarava ter como língua materna o quechua. No México, o muralismo ganhou destaque internacional, e Frida Kahlo refigurou a pintura do continente.

17 O ministro Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao proferir o discurso de abertura da Assembleia Nacional Constituinte Brasileira, citou muitas constituições do mundo, mas não considerou importante se referir à mexicana de 1917, embora com esta tenha grande proximidade. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224180>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

18 GOTKOVITZ, Laura. *La revolución antes de la revolución: luchas indígenas por tierra em Bolívia 1880-1952*. La Paz: Plural, 2011. 404 p.

19 Apenas como exemplo, o romance de Mario de Andrade, *Macunaíma*, de 1928, e a obra musical de Heitor Vila-Lobos, que cria uma temática brasileira, baseada em tradições indígenas e africanas.

Nesse ambiente, o século XX avançou e com ele as organizações indígenas não tradicionais, quer dizer, estruturadas como movimentos sociais ou mesmo como federações e confederações oficiais, segundo o modelo de pessoas jurídicas do Direito Ocidental Moderno, como o caso da organização dos índios do Equador, a CONAIE, *Confederación de las Nacionalidade indígenas del Ecuador*, fundada em 1986.

Embora o movimento indígena seja muito anterior, foi na década de 1980, século XX, que a organização tomou vulto. No Brasil, no fim do período ditatorial, 1979/1980, algumas lideranças indígenas intelectualizadas começaram a articular com intelectuais não indígenas, ligados à universidade, a defesa e proteção dos direitos indígenas. A esse movimento logo se integraram lideranças tradicionais que sentiram a ameaça que recaía sobre seu povo. Foi exatamente esse movimento que garantiu que, em 1988, a Constituição brasileira reconhecesse os direitos indígenas como originários e garantisse a sua perpetuação. Os índios, as lideranças tradicionais e as intelectualizadas participaram ativamente do processo constituinte embora tenha sido negada a sua representação como deputado. Também por meio desse movimento que se conseguiu que uma instituição do Estado, o Ministério Público, tivesse, entre suas funções definidas na Constituição, a defesa dos direitos indígenas. Cada palavra inscrita na Constituição brasileira referente aos povos indígenas foi negociada, reivindicada e reclamada por este movimento que, em 1988, tinha a força da tradição indígena cultuada nas aldeias, somada aos intelectuais indígenas que conheciam suficientemente a sociedade hegemônica para exigir os termos do reconhecimento dos direitos.

1.5 A VELHA ALIADA NATUREZA MOSTRA SUA CARA

Outro fator decisivo no reconhecimento dos direitos indígenas foi o da proteção da natureza. Em 1972, na Conferência de Estocolmo da ONU, houve uma discussão sobre a necessidade de proteger a natureza. Tratava-se da Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente. Já naquele momento a natureza dava demonstrações

de esgotamento. O mundo começava a sofrer as consequências do que se chamou “revolução verde” e intensificou-se o uso de pesticidas e máquinas agrícolas, destruindo com muito mais intensidade a natureza. A introdução de agrotóxicos químicos e maquinário pesado abriu a possibilidade de ampliação da produção e a necessidade de mais terras, o que gerou um rápido avanço das fronteiras agrícolas sobre a natureza, significando também um avanço sobre os territórios dos povos tradicionais. A Conferência de 1972 não freou esse processo que estava apenas no início. O passo seguinte da revolução verde foi estabelecer o controle de sementes e os conhecimentos associados à biodiversidade, o que significou mais um atropelo aos direitos indígenas e tribais, porque limitou o seu uso sobre as sementes tradicionais e focou a apropriação de seus conhecimentos associados à natureza, transformados em mercadoria²⁰.

Entretanto, as discussões a partir da Conferência da ONU desencadearam um conjunto de normas jurídicas em todo o mundo cuja finalidade era impor restrições aos avanços da fronteira agrícola e à destruição da natureza. Não foi diferente no Brasil. As constituições que vieram após essa conferência começaram a introduzir proteções especiais aos denominados bens ambientais. Curiosamente, os sistemas jurídicos não usaram o nome natureza, mas meio ambiente²¹.

Não foi difícil para os povos indígenas e outras populações tradicionais entenderem que o apelo ao chamado meio ambiente era muito parecido com suas reivindicações. Quando cada povo reivindicava seu território, estava implícita a cobertura natural que o envolvia, já que sua vida não dependia da terra nua, como a revolução verde pretendia, mas dos seres vegetais e animais que coabitavam com os humanos. Os povos começaram a se dar conta de que sua luta era também a luta pela natureza, ganhando com um isso uma forte aliada.

Isso ocorreu não somente com indígenas e comunidades afro-

20 SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.

21 A Conferência recebeu o nome *Human Environment*, em inglês; *L'environnement*, em francês; *Medio humano*, em espanhol; *Umwelt des menschen*, em alemão, não usando o termo natureza. Em francês, até mesmo o termo humano ficou subentendido.

descendentes, mas também com os camponeses que, aos poucos, foram se dando conta de que a forma produtiva da revolução verde não era compatível com o seu modo de vida e produção. A equação parecia óbvia: se o mundo estava preocupado com a preservação da natureza, e os índios e outros povos tradicionais promoviam essa proteção ou conservação por fazerem parte de seu modo de vida, o mundo estava aberto à proteção dos territórios e modos de vida destas populações.

Essa equação óbvia começou a aparecer pelas constituições da América Latina, em geral de forma separada. Por um lado se protegiam dos chamados direitos ambientais, e por outro dos povos tradicionais. A junção estava na interpretação da antropologia jurídica e dos povos tradicionais, chamando isso de direitos socioambientais. Mas, apesar de óbvia a junção, o sistema econômico jurídico capitalista conseguiu interpretar de forma diversa tanto a proteção da natureza como a dos povos tradicionais, a partir da vontade de ampliação das terras de produção intensiva.

A luta dos povos tradicionais por território, assim, sempre se complementa com a proteção da natureza e a possibilidade de harmonia entre a vida humana e as demais vidas sobre o planeta, mas o avanço e a destruição desses territórios continuam, apesar das leis e constituições.

1.6 O DIFÍCIL RETORNO

Nas constituições latino-americanas do final do século XX da América Latina, os direitos tanto da natureza quanto dos povos passaram a ser garantidos, numa tentativa de reintrodução no sistema jurídico. De fato, a natureza e os povos tinham sido excluídos do sistema e tolerou-se a sua existência, desde que estivessem em lugares tão distantes e tão invisíveis que não atrapalhassem a produção das mercadorias com uso intensivo da terra. A partir da Constituição brasileira de 1988, os direitos coletivos foram reconhecidos de forma cada vez mais aprimorada, chegando-se à Constituição do Equador de 2008, que reconhece o direito a todos os povos e define a natureza como sujeito de

direitos²². Na Constituição da Bolívia de 2009, não há uma formulação expressa sobre a natureza como sujeito de direitos, mas possibilitou-se e induziu-se que a lei o fizesse, por isso foi decretada a Ley 300, de 05 de setembro de 2012 (Ley Marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para el vivir bien)²³.

Pode-se dizer que, no final do século XX e começo do XXI, houve um retorno tanto dos povos quanto da natureza ao sistema jurídico. Esses direitos são necessariamente coletivos no específico sentido de se contraporem a direitos individuais, concretamente ao direito individual de propriedade da terra, fina criação da modernidade capitalista. Estes também se contrapõem a outros direitos finamente criados pela modernidade capitalista, como os direitos de propriedade individual intelectual sobre o conhecimento associado à natureza e o que lhe deriva sobre as sementes.

As constituições latino-americanas introduziram direitos coletivos de povos sobre seus territórios e direitos coletivos sobre a natureza, tendo a Constituição do Equador de 2008 se referido a direitos da natureza, bem como a lei boliviana de 2012. Esses direitos coletivos podem ser chamados de socioambientais e estão articulados entre si porque todos os povos tradicionais²⁴, para existirem, precisam de um território que não signifique terra para produção extensiva, mas terras para a sua manutenção e para a sua reprodução física e cultural, significando

22 Constituição da República do Equador, de 2008: Art. 10. *Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.*

23 *Do numeral 1 do artigo 9 da ley 300 establece: Derechos de la Madre Tierra, como sujeto colectivo de interro de interonizadores. Dcción armónica y en equilibrio entre los seres humanos y la naturaleza, en el marco del reconocimiento de que las relaciones económicas, sociales, ecológicas y espirituales de las personas y sociedad con la Madre Tierra están limitadas por la capacidad de regeneración que tienen los componentes, las zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra en el marco de la Ley N°071 de Derechos de la Madre Tierra.*

24 Por “tradicionais” devem ser entendidos os que não estão inseridos na produção capitalista fundada em contratos, especialmente o do trabalho, que gera a contração capital/trabalho. A tradição ou costume é a maneira de fazer as coisas e as relações sociais.

naturalmente florestada. Todos os povos, incluindo os camponeses que não cederam ao canto da sereia da produção capitalista monocultural e altamente tecnológica, ao reclamarem espaço territorial, reivindicam proteção da natureza, porque dependem desta para viver.

O agronegócio, a agricultura capitalista, que esgota os recursos naturais imaginando que os pode substituir com tecnologia química ou genética, chama essas reivindicações de “atrasadas”, mas a verdade é que elas não ingressaram nas constituições da América Latina para atingirem a “evolução” devastadora, mas para se manterem de forma permanente e duradoura. É um reconhecimento de que, antes de serem um problema ou empecilho ao progresso, trata-se de uma solução à devastação e à crise ambiental e, portanto, as reivindicações apresentam uma solução ao problema da humanidade, e não um atraso. Não significa, porém, esquecer os avanços científicos e “voltar atrás”, mas recuperar os conhecimentos ancestrais e associá-los ao científico moderno para o bem da humanidade, e não para sua destruição. Todo conhecimento é, desta forma, bem-vindo.

O conhecimento, porém, é um fenômeno coletivo que se transmite em sociedade. Conhecer é observar a natureza, entender suas leis e mecanismos e aplicá-los de forma sábia. Entretanto, a modernidade, ao separar o ser humano da natureza, imaginou que o conhecimento poderia estar fora dela e o transformou em uma nova mercadoria que chamou de propriedade intelectual. Assim como a terra, que foi transformada no objeto de uma única pessoa (física ou jurídica), o conhecimento, a descoberta, a inovação, a partir das leis naturais, também passou a ser. Na exata medida em que se tornou objeto de direito de propriedade, transformou-se em mercadoria, negociável por meio de contrato. Ambas as coisas, terra e conhecimento, são patrimônio da humanidade porque são provedores de todas as necessidades humanas (e não só humanas). A terra é natureza, e o conhecimento humano é o meio pelo qual se extrai da natureza as possibilidades de vida. É essa intrínseca relação que os povos tradicionais mantêm e que foi introduzida como direitos coletivos nas constituições da América Latina.

Dito assim, parece fácil e óbvia a relação, mas a ordem constitucional, apesar de reconhecer os direitos coletivos, manteve a integridade dos direitos de propriedade individual sobre todos os objetos, inclusive e especialmente a terra e as propriedades intelectuais. Com isso, transformaram-se direitos em conflitos. Como as propriedades individuais estavam mais regulamentadas e faziam parte da ideologia dominante, ficaram estabelecidas grandes dificuldades para o pleno exercício dos direitos coletivos. O Estado, com suas três estruturas ou poderes, executivo, legislativo e judiciário, existe ainda para garantir os direitos, individuais e coletivos, mas, depois de mais 200 anos garantindo os individuais²⁵, tem dificuldade de transitar no conflito. O conflito antigo de direitos individuais contra direitos individuais ficou muito bem regulado e de fácil solução: os direitos individuais podem ser reduzidos à pecúnia, com valor monetário definível, e, assim, o conflito de direitos individuais se resolve em perdas e danos, mesmo quando o dano é moral. Os direitos coletivos não têm valor monetário definível e, portanto, não se resolvem, ou seja, não há solução possível que não seja o perecimento do direito individual envolvido, que nem sempre pode ser indenizável. Essa nova dimensão de conflito integra as constituições e, deste modo, remete diretamente aos três poderes do Estado, que sempre tentam resolver a favor dos direitos individuais, gerando novos conflitos, desta vez em confronto direto com os movimentos sociais detentores ou defensores dos direitos coletivos.

Essa dualidade de direitos, porém, não cria somente um profundo conflito entre direitos individuais *versus* coletivos. Há conflitos também entre direitos coletivos. Se os conflitos entre os direitos individuais sempre se resolvem em perdas e danos, os coletivos não. Os conflitos coletivos são sempre de difícil solução, e o sistema não está preparado para isso. O sistema criou no século XIX o chamado Poder Judiciário, independente e pretensamente neutro, para julgar os

25 200 anos se refere apenas ao período em que os Estados-Nacionais foram constituídos (por uma Constituição), mas o aprendizado de violar direitos coletivos em nome de direitos individuais, na América Latina, tem mais de 500 anos.

conflitos individuais. O aperfeiçoamento foi no sentido de melhorar a técnica de julgamento e elisão de erros que continuaram existindo. Houve, desta maneira, um aprofundamento formal, dando ao processo a capacidade de destituir direitos e criá-los. Em relação aos direitos individuais, isto não causa grandes traumas para a sociedade, embora possa criar injustiças e frustrações. O sistema, contudo, se mostrou incapaz de julgar os direitos coletivos, porque sempre faz preponderar as regras de direitos individuais ou, pelo menos, o método e as soluções de conflitos individuais. A razão é simples: o sistema judiciário foi criado para ser técnico jurídico, isto é, expressar o que a vontade da lei determinasse. Já as regras de proteção e existência dos direitos coletivos se referem aos conhecimentos, à vida das comunidades, às tradições, à cultura e às leis da natureza, demasiadamente distantes das regras jurídicas despidas das ciências naturais e separadas da ética. Daí a dificuldade de se solucionar os conflitos entre direitos coletivos e entre estes e os individuais. Os juízes podem ser excelentes técnicos do Direito, mas a solução dos conflitos que envolvem direitos coletivos vai muito além da técnica jurídica e exige conhecimentos que os juízes não têm.

Tanto a Constituição do Equador, 2008, como a da Bolívia, 2009, introduziram os direitos coletivos dos povos e da natureza com maior explicitude do que a brasileira, 1988, e a colombiana, 1991, mas as dificuldades não diminuíram na mesma proporção. Bolívia e Equador reestruturaram seus poderes judiciais, o que facilitou um pouco as decisões menos individualistas. O Brasil e a Colômbia introduziram um tribunal superior constitucional como reforma do sistema, mas pouco democrático, no caso da Colômbia, e sem nenhuma democracia, no caso brasileiro²⁶.

Entretanto, todas essas dificuldades jurídicas não são mais do que explicitações diretas da maior dificuldade, que é a econômica. O sistema

26 Os membros da Corte Constitucional são eleitos pelo Senado para um mandato de oito anos não reelegíveis, com restrições de candidatura a membros dos altos escalões dos três poderes. Não é o caso do Brasil, em que os membros são de livre escolha do Presidente da República, com homologação do Senado e, o que piora muito a situação, vitalícios.

jurídico está pensado e desenvolvido para garantir o modo de produção capitalista e a ele serve, não apenas por definição ideológica, mas por estrutura técnica. Deste modo, as mudanças introduzidas nas constituições, como frutos diretos dos movimentos sociais, sejam indígenas, de populações tradicionais, ou de integrantes da sociedade hegemônica, críticos à devastação ambiental e social, têm dificuldade de alcançar os objetivos porque a estrutura econômica continua a mesma. Ou seja, persegue-se o lucro, e não a harmonia entre a sociedade e natureza. A introdução de ambos, povos e natureza, nas constituições, com direitos coletivos, criou mais legitimidade para a disputa, mas não foi suficiente para produzir a transformação que não pode ser feita senão pelas forças sociais reais que compõem a sociedade

Curitiba, janeiro de 2016.