

Regimes de propriedade e regimes de identidade: um pluralismo em perspectiva

Por Katarina Pitasse Fragoso

(Bolsista do CNPQ e Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense)

1) Introdução

Identificamos no direito das coisas brasileiro as formas pelas quais o cidadão se relaciona com a terra. Com o advento do código civil de 2002, a posse e a propriedade, tidos como os principais direitos reais, ganharam um contorno mais objetivista (Ihering, 1889) e menos patrimonialista, em comparação com o código de 1916.

A partir da CF de 1988, a propriedade se eleva ao status de garantia real cuja principal função é servir de instrumento para a realização da igualdade social e da solidariedade coletiva (Konder). A função social da propriedade estabelece sua legitimidade e seus limites, isto é, a justificativa finalística dos poderes em razão das exigências suscitadas na utilização concreta dos bens jurídicos e em face de outros interesses juridicamente relevantes tutelados pelo ordenamento.

É justamente a função social da propriedade o ponto de partida para esta pesquisa. Mais precisamente, a análise perpassa pelo papel da propriedade relativamente aos povos tradicionais e sua identidade com o lugar, de forma que o espaço que ocupam representa o *locus* para o desenvolvimento de seus saberes. Isto porque um grupo tradicional atribui à terra caracteres oriundos de sua cultura, transformando os *topoi* e nos sugerindo novas maneiras de lidar com a terra, para além das noções civilistas de posse e propriedade.

Para alcançarmos um conhecimento maior sobre a relação do grupo com o espaço e também sobre as diversas formas de propriedade existentes, seja de um direito positivado ou não, nos propomos conhecer as condições do grupo tradicional que vive no Morro das Andorinhas, localizado na região oceânica de Niterói.

O foco da pesquisa é avaliar as possibilidades de regimes diferenciados no âmbito jurídico-social brasileiro, especificamente no que se refere ao acesso à propriedade e a posse para a permanência do grupo tradicional no local. A problemática não está só no reconhecimento das diferenças, mas em como corrigir as desigualdades e como conectar tais redes culturais (Néstor Canclini, 2007), pois a interface vai além das idéias do reconhecimento, vez que o estudo foca a autonomia do grupo para a resolução de seus conflitos internos. Para tanto, é fundamental a compreensão acerca das relações existentes entre o sistema jurídico e outros sistemas não legitimados pelo Estado, mas legitimados e

identificados pelo grupo, particularmente pela Comunidade Tradicional do Morro das Andorinhas.

2) Posse e propriedade, um breve comentário

Os clássicos regimes de propriedade advindos do direito civil são os institutos de posse e propriedade. Com a finalidade de compreender a lógica do direito oficial, a fonte para conceituar tais institutos será advinda da codificação positivada pelo Estado.

No artigo 1.196 do código civil temos que a posse é o poder fático sobre o bem, ou seja a posse consiste no exercício autônomo de alguma das faculdades inerentes ao domínio. Com efeito ao possuidor são garantidos alguns poderes da propriedade, de usar e fruir. A posse, desse modo, é a circunstância em que a coisa física se encontra atrelada ao uso efetivo do possuidor, que tem o *animus* de tê-la.

A propriedade é um direito real independente da posse, pois esta se conservará mesmo com a perda da primeira. Ao proprietário é garantido um direito amplo de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. *In verbis*: artigo 1.228 do código civil.

Podemos dizer, assim, que a posse é uma situação jurídica transitória, sendo um direito restrito, e a propriedade permite o pleno gozo do bem. Por fim, destaca-se que em ambos institutos a coisa ou o bem são tratados com conotações econômicas e monetárias, cuja finalidade é conferir segurança e garantias ao patrimônio privado.

2.1 Posse e propriedade para os povos tradicionais

Contemplando o aspecto social da propriedade, a Constituição determina que aos indígenas cabe a posse permanente e o usufruto exclusivo da terra (art. 231,§1 CF). Já aos remanescentes de quilombolas é assegurada a propriedade definitiva (art. 68 CF).

Apesar de estar garantida aos indígenas a posse e aos quilombolas a propriedade definitiva, é o Estado que permanece como verdadeiro titular da coisa, de forma que é o Poder Público o administrador.

Quanto às demais populações tradicionais, cabe destacar *a priori* que elas existem no plano jurídico. Esta foi a grande novidade trazida pelo SNUC (lei 9.985/00), regulamentador do art. 225 da CF, que trata das questões sobre preservação ambiental, ao utilizar o termo ‘populações tradicionais’ em sua forma genérica. A finalidade é abarcar todos os povos que não se identificam como indígenas ou quilombolas.

E assim, como os indígenas e os remanescentes de quilombolas, as populações tradicionais precisam dos seus *topoi* para preservação e desenvolvimento de suas culturas. Não há na constituição federal nenhum dispositivo que regulamente a posse ou a propriedade para esses tradicionais de forma direta. Todavia, há o decreto 6040 de 2007 que institui a política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Em seu art. 3º inc. II, o decreto preleciona que os territórios tradicionais são:

II - os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

Além disso, a lei estadual nº 2393 de 1995 assegura o direito real de uso das áreas ocupadas às populações nativas, residentes há mais de 50 (cinquenta) anos em unidades de conservação no Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, cabe dizer que tanto o decreto 6040/07 quanto a lei estadual estão alicerçados nos artigos 215 e 216 da CF, que asseguram o desenvolvimento das tradições étnicas e culturais. Merece destaque, também, a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas, da qual o Brasil é signatário.

3) Por uma conjuntura plural

Um dos aspectos ímpares da Constituição de 88 foi o reconhecimento¹ de que o Brasil é um Estado pluriétnico, ou seja, existem diversas culturas que foram construídas ao longo dos processos históricos, e que tais direitos originários serão resguardados constitucionalmente.

Destarte, se há pluralidade de grupos sociais, conseqüentemente existem outras formas de resolução de conflitos, que, na maioria das vezes, diferem da lógica positiva do Estado.

¹ “A constituição de 1988 representa uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, ao reconhecer o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades.” (PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O Estado Pluriétnico**. p.41 Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf)

Portanto, ao reconhecer que o Estado é multiétnico é preciso que haja a coordenação dos sistemas jurídicos étnicos com o sistema jurídico nacional. A perspectiva é plural, no sentido de englobar as variedades de representações existentes, e não eliminá-las. Nessa sentido, afirma Geertz que “o direito é um saber local e não um princípio abstrato que constrói a vida social no lugar de refleti-la”². Assim, para que o Estado dê a devida importância para esses povos e seja efetivamente pluriétnico, é preciso a garantia dos espaços para essas identidades, um olhar plural, com o viés da convivência de diferentes direitos oriundos das diversas organizações sociais³.

Dito isto, o presente trabalho busca compreender a interface entre o direito estatal e as demais formas de administração de conflitos advindos das práticas sociais. Desse modo, é necessário o pluralismo jurídico, pois não é apenas o direito do Estado que tem legitimidade em uma sociedade com culturas diversas, mas os vários mecanismos que atingem a justiça intercultural.

4) Alvorada lá no morro que beleza⁴

O Morro das Andorinhas está localizado na região oceânica de Niterói, mais precisamente entre a praia de Itaipu e a praia de Itacoatiara. É uma região privilegiada pelas diversidades naturais: além da vista para o mar há a presença da mata atlântica em abundância. A região desperta nos moradores e nos visitantes o aconchego e bem estar.

O acesso ao Morro é difícil, visto ser necessário caminhar por uma passagem íngreme. Cabe destacar que, antes de chegar no início do morro, deparamos com quatro mansões e durante a subida encontramos algumas casas de alvenaria. Mais acima, não há construções, apenas a mata. Ao chegar no topo do morro, há um simpático balanço rústico que nos avisa que o local é habitado.

A dificuldade de acesso garantiu que o local não fosse tão freqüentado pelo público. De acordo com Lobão, essa característica possibilitou momentos de paz para a família que habitava o local e evitou o processo de favelização⁵.

² GEERTZ, Clifford. O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa. Trad. Vera Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ. Editora: Vozes, 1997. p. 328

³ Dois exemplos emblemáticos do órgão Estatal admitindo a importância da reprodução social e jurídica de povos tradicionais foi o caso Delgamuukw que aconteceu no Canadá em 1997, em que a Suprema Corte decidiu de forma favorável ao título aborígine, e foi possível aos nativos reafirmar suas culturas. O segundo caso representativo, ocorreu na Colômbia no ano 1991 com a promulgação da nova constituição que houve a possibilidade dos povos indígenas e das populações negras receberem seus direitos sobre a propriedade e posse de tal forma que dentro desses territórios há a administração dos conflitos pelos próprios tradicionais.

⁴ Referência à música interpretada por Clara Nunes, cuja composição é de Carlos Cachça, Cartola e Herminio Bello de Carvalho.

4.1) O grupo

De acordo com a história local, contada através de relatos dos habitantes, o nome do morro está associado a uma fenda conhecida como buraco das Andorinhas. Os primeiros moradores eram pescadores e plantavam na horta para sustento da família, produzindo mandioca, milho, feijão e café.

A tradicionalidade dessa comunidade está presente desde a estrutura em que as casas estão dispostas até as práticas rotineiras dos moradores. São doze famílias, com laços de parentescos entre elas, que vivem em sintonia com o meio ambiente que está ao redor. O zelo histórico dessa comunidade com a terra perdura por pouco mais de cem anos. Tal fato é relevante para entender os seus hábitos e culturas atuais, pois com essas práticas foram sendo construídas as identidades presentes.

A comunidade tradicional que habita o topo do Morro das andorinhas contribui para preservar e manter o equilíbrio do meio ambiente. É perceptível o carinho que os moradores dedicam à mata. Eles têm posturas conscientes e ainda procuram repassar aos visitantes os seus conhecimentos para que estes preservem o espaço da flora visitado.

A importância de resguardar os moradores no local está no seu saber tradicional, ou seja, são conhecimentos construídos que lhes possibilitaram preservar o local. Tal sabedoria baseia-se principalmente no sentimento de pertencimento que existe entre as doze famílias que habitam o morro, seja pelo laço familiar ou pela forma que eles lidam com o território ocupado, incidindo características coletivas que se distanciam da noção moderna de propriedade privada. O valor dedicado ao espaço é de identidade, assim o lugar se torna insubstituível para seus habitantes. Como seu Bichinho, o morador mais antigo do morro, declarou em uma recente conversa: “Se eu sair daqui, se por acaso a gente sair daqui pra morar em outro lugar, é a mesma coisa que tirar um peixe fora d’água”⁶.

4.2) Os litígios⁷

⁵ Expõe Lobão: “só podia ter sido a invisibilidade o segredo para o topo do Morro das Andorinhas não ter virado uma favela ou um condomínio de luxo. Poucos sabiam de sua existência!”(Op.Cit, p.22)

⁶ LOBÃO, Ronaldo. **A História do Morro das Andorinhas**. (mimeo, sem data).

⁷ Para esse tópico foi indispensável a monografia da Tatiana Caladrino. (MARANHÃO, Tatiana Caladrino. **Relativizando Direitos: Uma reflexão crítica sobre a Defesa Judicial do Meio Ambiente a partir do caso do Morro das Andorinhas**. Monografia de Graduação. Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2007).

Em 1990 o Morro das Andorinhas foi declarado área de preservação permanente. Em 1991 foi criado o Parque Estadual da Serra da Tiririca. No início seus limites ainda não estavam definidos, mas havia a possibilidade da inclusão do Morro das Andorinhas em sua constituição. Somente no ano de 2007 houve a ratificação de que o Morro das andorinhas pertencia aos contornos definitivos do parque.

Todavia, os moradores tradicionais do Morro das Andorinhas foram protagonistas de embates políticos e jurídicos desde 1994. O conflito se deu a partir de um abaixo assinado feito pelos moradores vizinhos que reivindicavam políticas de preservação do meio ambiente. As reclamações tinham, originariamente, o objetivo de retirar as casas luxuosas construídas na encosta do morro. O ministério público começa com o inquérito civil com a finalidade de fiscalizar a ocorrência dos danos materiais ocasionados pelas construções, desse modo a prefeitura de Niterói é intimada para realizar o controle sobre a área. Em resumo, os fatos seqüenciais no mundo jurídico foram a denúncia, depois o Inquérito Público feito pelo MP e a Ação Civil que deflagrou os efeitos mais graves.

Tanto o primeiro quanto o segundo ato da justiça oficial trouxeram impactos aos moradores tradicionais, pois foi proibido o plantio da horta que eles cultivavam para sua subsistência, de forma que perderam sua autonomia. A ação Civil foi o ponto crítico, pois houve uma perda irreparável para o grupo, em função da antecipação de tutela requerida pelo MP⁸, fundamentada pela alegação de que a presença dos tradicionais prejudica o meio ambiente.

Cabe destacar, apesar de o foco inicial do MP era proibir a construção de mansões na encosta do morro, as principais vítimas acabaram sendo os moradores tradicionais que habitam o ápice do Morro das Andorinhas. Um deles chegou a ter a casa demolida no final de 2001.

Se analisarmos a questão com um olhar plural, fica fácil perceber que os habitantes do topo do Morro das Andorinhas lidam com o território através do seu pertencimento cultural com o espaço, de maneira que a demolição da casa de um morador foi, no mínimo, uma atitude precipitada do MP. Afinal, essa população utiliza o espaço como local de reprodução de seus saberes tradicionais, há uma identificação com a terra, pois eles estabelecem com ela uma relação de *topophilia* (Tuan, 1990) sendo incoerente a afirmação de que grupo estaria prejudicando o meio ambiente, quando na verdade ajudam a preservá-lo.

⁸ Recapitulando: Em março de 2000, o Ministério Público propôs Ação Civil Pública contra a Prefeitura Em julho de 2001 o Ministério Público solicitou e obteve a decisão pela antecipação de tutela parcial para desocupação em 90 dias e demolição de qualquer nova construção.

Com efeito, o grupo estabeleceu sua ocupação no espaço desde do final do século XIX, no ano de 1890, antes da decretação da unidade de conservação. Tal aspecto não pode ser desconsiderado. Diante das ações do Poder Público e adotando uma estratégia de defesa, no ano de 2002 os moradores do topo do Morro das Andorinhas reuniram e formaram a ACOTMA (Associação da Comunidade Tradicional do Morro das Andorinhas), para juntos lutarem pela permanência no seu lócus.

Em 2006, o Ministério Público, representado pelo promotor de justiça da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Niterói, propôs à comunidade do Morro das Andorinhas a realização de um termo de ajuste de conduta (TAC) para harmonizar a preservação do meio ambiente e a permanência das famílias. Posteriormente, com a redefinição do PEST⁹ e a inclusão do morro no parque a área passou a ser administrada pelo Instituto Estadual de Florestas (e, atualmente, pelo INEA- Instituto Estadual do Ambiente). Tal mudança foi bem recebida pelos moradores, a mudança representaria maior garantia de permanência no local e maior possibilidade de extinção da ação civil pública. Todavia, com a mudança da administração do IEF para o INEA, a pauta sobre a fixação dos moradores tradicionais no morro das andorinhas está parada e a ação civil pública ainda não foi apreciada.

Desse modo, com a administração pelo IEF o conflito foi aparentemente solucionado fora dos autos judiciais. No entanto, a incorporação do instituto ao INEA trouxe à tona um clima de insegurança, vez que não se pode afastar a possibilidade de o órgão recém-criado adotar um posicionamento desfavorável em relação à permanência dos tradicionais no ápice do morro.

5) Regimes de propriedade e Regimes de identidade: como conectá-los?

Diante do exposto, fica evidente a falta de diálogo entre o regime oficial de propriedade - entenda-se justiça oficial - e a identidade dos moradores tradicionais em seus *topoi*.

A lógica Estatal de justiça hodierna não comporta interface com os demais saberes sociais: há uma imposição dos procedimentos jurídicos de maneira unilateral. Assim, cabem a seguinte reflexão: não obstante os dispositivos da magna carta, nosso Estado é realmente pluriétnico? Afinal de contas, um Estado pluriétnico não consideraria os moradores do

⁹ Parque Estadual Da Serra da Tiririca

morro das andorinhas como predadores, não imporiam condicionantes, não demoliria a casa mais antiga da comunidade, não estaria na eminência de expulsar o grupo do local.

O Poder Público deveria primar pela compreensão da lógica e dos saberes tradicionais, já que a efetivação do Estado multiétnico engloba também o pluralismo jurídico, sendo necessária uma perspectiva que abarque mudanças na cultura legal e política.

A identificação dos moradores do topo do morro das Andorinhas a terra é maior que qualquer regime de propriedade e posse, pois mais do que ter a terra eles são a terra, o sentimento é de pertencimento.

6) Conclusão.

Temos de início a premissa de que a administração dos bens públicos rege-se pelas normas do direito público, aplicando supletivamente as normas de direito privado. A transferência da propriedade dos bens imóveis se opera segundo as normas e instrumentos civis (escritura e registro). E embora utilizados coletivamente pelo povo ou individualmente por algum usuário, cabem sempre ao poder público a administração e proteção de seus bens.

No caso do morro das andorinhas, o conflito está entre a preservação do meio ambiente e a conservação dos saberes tradicionais. De um lado, temos que a lei 9885/00 que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, cujo parâmetro é o art. 225 CF. Já em defesa dos tradicionais há o decreto 6040/07, que defende a permanência do grupo tradicional nos seus *topoi* para a manutenção de sua cultura, e está alicerçado nos art. 215 e 216 da CF. Também merece destaque a lei estadual 2393/95, que assegura o direito real de uso das áreas ocupadas às populações nativas, residentes há mais de 50 (cinquenta) anos em unidades de conservação no Estado do Rio de Janeiro.

O caso em tela não envolve o regime de propriedade, tendo em vista que o grupo não poderá dispor do bem, muito menos o regime de posse, já que não se trata do exercício do direito de usar e de fluir, visto haver condicionantes para a utilização. Portanto, estamos diante da expectativa de permanência do grupo em uma unidade de preservação integral, para que sejam preservados seus hábitos e costumes.

Concluimos que é necessário conjugar os sistemas étnicos e o ordenamento jurídico nacional, para suprir a ausência de mecanismos que estabeleçam esta interface. Tal iniciativa demandaria a adequação normativa por parte dos legisladores, de forma a contemplar o pluralismo jurídico, e significaria um marco no que respeita ao diálogo dos povos tradicionais com a justiça intercultural, que passaria a ser pautado pela pluriétnicidade.

7) Bibliografia

BOURDIEU, Pierre. O Poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. 8ª ed. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2005.

CANCLINI, Nestor García. **Diferentes, desiguais e desconectados**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em:
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato.html>>

DUPRAT, Deborah. O Estado Pluriétnico. In.: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Et al (orgs). Além da tutela bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: contra capa livraria/LACED, 2002.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Trad. Vera Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ. Editora:Vozes, 1997

IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Trad. Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: RIDEEL, 2005.

LEITE, Eliane. **Morar lá em cima é tudo**. Niterói: CREA/Copy House, 2003

LLANES, Carolina. **Jurisdicciones Yuxtapuestas y autoridades em conflicto, Teyuna-Ciudad Perdida**. Monografia de Grado. Antropologia. Universidad de Antioquia. Colômbia. 2006

LOBÃO, Ronaldo Joaquim da Silveira. **Cosmologias Políticas do Neocolonialismo: como uma política pública pode se transformar em uma política do ressentimento**, Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**, capítulo V. Os pensadores. Editora abril, São Paulo, 1973.

MARANHÃO, Tatiana Caladrino. **Relativizando Direitos: Uma reflexão crítica sobre a Defesa Judicial do Meio Ambiente a partir do caso do Morro das Andorinhas**. Monografia de Graduação. Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2007.

MARES, Carlos. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Et al** (orgs). **Além da tutela bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: contra capa livraria/LACED, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume IV, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel A proteção Judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e PEREIRA, Cláudio. ET AL (coordenadores). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2008.

8) Legislação consultada

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988

Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Institui o código civil

Lei nº 9985 de 18 de julho de 2000

Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

Decreto nº 6040 de 7 de fevereiro de 2007

Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Lei Estadual nº 2393 de 20 de abril de 1995

Dispõe sobre a permanência de populações nativas residentes em Unidades de Conservação no Estado do Rio de Janeiro.

9. Documentos Consultados

Ação Civil Pública nº 2000.002.004290-4 – Tribunal do Estado do Rio de Janeiro Comarca de Niterói.

A Lay Person's Guide to DELGAMUUKW disponível em: www.delgamuukw.org <acessado no dia 12 de junho de 2009 >