

Terras indígenas e o judiciário

*Deborah Duprat
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora da 6ª Câmara de
Coordenação e Revisão do Ministério
Público Federal*

Não se pode recusar ao poder judiciário importante papel na estipulação de alguns marcos teóricos em relação à demarcação das terras indígenas, à vista do novo paradigma instaurado pela Constituição de 1988.

Persiste, todavia, ainda hoje, forte incompreensão sobre a natureza do território indígena e as repercussões jurídicas correlatas. O próprio processo em que se desenvolve a discussão a respeito do tema revela, por si, essa marca, em diferentes perspectivas. Vejamos.

O direito anterior à Constituição de 1988, na linha do pensamento ilustrado e moderno que o informava, resolveu o tema da justiça com a doutrina das "esferas de liberdade" de cada indivíduo. Frases como "minha liberdade termina onde começa a liberdade do outro" desenhavam apropriações territoriais sob o signo da ubiqüidade. O termo *ubiqüidade*, na física, é sinônimo de exclusão: dois corpos físicos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo. Levado para o campo do direito, estava a significar que todo homem desloca os demais homens de seu campo de ação (Carpintero, 1993:40). A propriedade privada é o arquétipo dessa geografia de figuras geométricas, fronteiriças e excludentes entre si.

A Constituição de 1988 reconfigura, em larga medida, a noção de indivíduo, ao recuperar, para o direito, os espaços de pertencimento. É constitutivo do ser humano viver em horizontes qualificados, dentro dos quais ele se torna capaz de tomar posições, de se orientar acerca do que é bom ou ruim, do que vale ou não a pena fazer. A identidade do indivíduo é definida pelos compromissos e identificações que estabelece no seio dessa comunidade, porque ali são vividas as relações definitórias mais importantes (Taylor, 1997).

Os territórios indígenas, no tratamento que lhes foi dado pelo novo texto constitucional, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de direitos identitários desses grupos étnicos. As noções de etnia/cultura/território são, em larga medida, indissociáveis.

Resulta inequívoca a diferença substancial entre a propriedade privada – espaço excludente e marcado pela nota da individualidade – e o território indígena – espaço de acolhimento, em que o indivíduo encontra-se referido aos que o cercam.

A prática judiciária, no entanto, tende a equiparar ambos os institutos, conferindo-lhes, de resto, tratamento processual idêntico.

A situação mais recorrente é o manejo de ações possessórias em face de territórios indígenas. Citem-se, como exemplos mais recentes, as inúmeras liminares concedidas a favor de particulares em território tradicional dos pataxó hã-hã-hãe, na Bahia, na área indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, e em diversas áreas indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul.

Uma ação vocacionada à tutela de direito de cunho nitidamente civilista neutraliza a disciplina constitucional dos territórios indígenas, porque a luta processual se desenvolve sob controle das normas constitutivas daquele campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas (Bourdieu, 2001:134). Assim, elementos tais como posse velha, ocupação física, passam a ser acriticamente definitórios de direitos possessórios¹.

Outro dado, bastante eloqüente em ações desse tipo, é a própria definição de posse. Não cuida o julgador de examinar que as partes contrapostas pertencem a comunidades lingüísticas distintas.

Há um estreito vínculo entre identidade e interlocução, reconhecido pela própria Constituição (art. 216, I e II: *formas de expressão e modos de criar, fazer e viver*). São nesses espaços comuns de vida que se estabelece o acordo de significados. Ou, talvez melhor dito, o uso da linguagem é que ativa esse espaço comum (Taylor, 1997). Daí a expressão de Wittgenstein, de que o acordo de significados envolve o acordo de juízos. Só por meio da experiência comum posso avaliar e definir o que são a raiva, o amor, a lua, a terra, e... a posse. Cada um desses elementos é significado de forma própria em cada comunidade de falantes, a partir de sua experiência de vida, quotidianamente renovada.

No entanto, no debate processual, apenas a definição oficial de posse é levada em consideração. Desconhece-se, por exemplo, que, para os guaranis, o *tekoha* é uma instituição divina criada por Ñande Ru (Melià et Alii, 1976:218). Deles desalojados com a chegada do homem branco, procuram ali permanecer, inclusive trabalhando para este nos ervais e em roças². Consideram-se, dessa forma, de posse de seu território tradicional.

A visão naturalizada da posse civil, apresentada como evidente, estabelecida de uma vez por todas, fora de discussão, escamoteia o fato de que toda e qualquer definição oficial importa em adoção de um

¹ não obstante o Supremo Tribunal Federal, já em 1993, afirmasse que *não descaracteriza o animus possidendi dos silvícolas o fato de terem sido forçados a se retirarem de suas terras* (ACO 323, Relator Ministro Francisco Rezek, julgamento em 14-10-93, DJ 16-9-94).

² laudo pericial para a AI Potrero Guassu.

determinado ponto-de-vista e o descarte de visões concorrentes (Bourdieu, 2001).

Se no regime constitucional anterior, cabia ao Estado, com exclusividade, homologar determinadas representações sociais e inscrevê-las, pelo direito, como universais, a prática não se sustenta sob uma constituição que apresenta esse mesmo Estado como etnicamente plural.

E, se o processo se desenvolve sem que se confrontem visões concorrentes de mundo e a respectiva tradução na linguagem de cada uma das partes, nega-se o postulado constitucional da pluralidade étnica e reinstala-se, na prática judiciária, a marca etnocêntrica do regime anterior.

Mas, não bastasse a situação de desequilíbrio entre as partes que a ação possessória enseja, há decisões que causam enorme perplexidade.

Em diversas ações, são concedidas medidas cautelares para assegurar a presença de supostos proprietários na área, a despeito de já concluído o processo administrativo de demarcação da terra indígena.

No Mandado de Segurança 25.463, o Presidente do Supremo Tribunal Federal concedeu medida desse naipe em relação à área indígena ñande ru marangatu, dos guarani kaiowá de Mato Grosso do Sul, cuja demarcação fora homologada pelo Decreto s/n de 28 de março de 2005. O fundamento da decisão foi a existência de uma ação judicial, anterior ao decreto presidencial, onde se discute o domínio das terras e a nulidade do processo administrativo.

Todavia, não havia, na ação em curso na justiça federal, decisão liminar que impedisse o regular desenvolvimento do procedimento demarcatório, tanto que este chegou ao seu termo.

A prevalecer esse entendimento para outras situações, estaria inviabilizada a atividade da administração pública. Bastaria a existência de uma ação judicial, onde se discutisse, *v.g.*, a constitucionalidade de um tributo, para impedir a sua arrecadação. Ou, em hipótese mais próxima, o ajuizamento de uma ação tendente a provar a produtividade de determinado imóvel rural, a impedir o desenrolar do processo de desapropriação para fins de reforma agrária. Marque-se, mais uma vez, que não se está a falar de obstáculo à atividade administrativa por força de decisão judicial, mas sim da mera existência de uma ação.

De resto, liquida-se o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Há uma outra justificativa na decisão liminar que merece registro: *o perigo da demora consubstanciado na possibilidade dos índios começarem a ocupar as terras objeto do Decreto.*

Ao que sugere o texto, constitui um risco índios ocuparem suas terras tradicionais, inclusive aquelas que foram assim consideradas, em definitivo, pelo Estado.

Assim, afora os equívocos jurídicos, há, aparentemente, na decisão, certa dose de preconceito e discriminação.

Curiosamente, em mandado de segurança com idêntico objeto, relativo aos potiguara de Jacaré de São Domingos (MS 21.986), o Presidente do STF, em 5/10/2005, votou pela denegação da ordem, exatamente sob o fundamento de que a mera existência de uma ação judicial não era de molde a inviabilizar os efeitos próprios do decreto homologatório³.

Também no RE 416.144, o STF determinou, por unanimidade, o retorno dos xavante à terra indígena Marãiwatsede, sob a consideração de *ser fato incontroverso a declaração das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pela Portaria 363/93, do Ministro de Estado da Justiça, homologada por Decreto do Presidente da República, contra o qual fora proposta ação de nulidade do processo de demarcação, cujos efeitos persistem, uma vez que até o momento não houve decisão judicial que os suspendessem*⁴.

O julgamento desse recurso extraordinário deu-se em 10/8/2004, o que significa que, desde a portaria declaratória – ato este também dotado da presunção de legitimidade – se passaram onze anos até que se desse o retorno dos índios ao seu território tradicional⁵. Tal dado não passou despercebido ao Ministro Gilmar Mendes, que, por ocasião do seu voto, afirmou que *o judiciário pensa que o tempo da sociedade é eterno*.

Rigorosamente, para além da eternidade é o tempo que o judiciário concede aos índios.

Tramita desde 1983, no Supremo Tribunal Federal, a ação cível originária 312, em que se pretende a nulidade dos títulos incidentes sobre o território tradicional dos pataxó-hã-hãe, do sul da Bahia. Por todo esse longo período de tempo, superior a vinte anos, os índios vêm sendo impedidos de ocupar integralmente o seu território, sob o pretexto, recorrentemente invocado por juízes e tribunais, de que o Supremo ainda não definiu os exatos limites de suas terras. Questão esta, aliás, que sequer era objeto da ação, mas que passou a sê-lo por compreensão do atual Relator.

Após os índios da Raposa Serra do Sol esperarem por mais de vinte anos o decreto de homologação de sua área, e o STF ter afirmado a sua competência para conhecer de ação popular contra a portaria

³ O julgamento, até o momento, não foi concluído, em face do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Por ora, concedem em parte a segurança, para sustar os efeitos do decreto homologatório, os Ministros Carlos Velloso e Cesar Peluso; e a denegam os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Carlos Britto, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

⁴ Informativo STF nº 356.

⁵ mesmo assim, parcialmente, porque ainda permanecem na área não-índios, mediante autorização judicial.

declaratória e demais ações correlatas, a justiça federal em Roraima continua a conceder medidas liminares, em ações possessórias, a favor de não-índios^{6 7}.

Esse quadro de indefinições, de decisões contraditórias no âmbito de um mesmo tribunal, às vezes de um mesmo julgador, gera, nesses povos, sentimento de discriminação perfeitamente compreensível. Pior ainda, subtrai-lhes a eleição do seu próprio destino. Tal como K., de *O Processo*, de Kafka, estão condenados a viver num tempo orientado pelos outros.

Mas há mais.

Em uma ação possessória que se iniciou na justiça federal de Alagoas, o juiz considerou provada a posse mansa e pacífica do autor e a existência de esbulho violento pelos índios xucuru-kariri, uma vez que aquela se encontrava lastreada em títulos aquisitivos legalmente constituídos. A sentença e o acórdão que a confirmou consignavam, todavia, a existência de laudo da Funai, indicando os limites da área indígena, onde também se situava a suposta posse do autor. Concluíam ainda não ser cabível perícia antropológica, porque a posse indígena já estava evidenciada por meio daquele estudo⁸.

Contrariando assim expressa disposição constitucional (art. 231, § 6º), foi conferida validade a títulos incidentes sobre área indígena, cujo laudo produzido pela Funai não foi contestado.

Esse caso é de especial gravidade, porque passa ao largo de um dos postulados mais evidentes do texto constitucional, no trato dessa matéria, e da jurisprudência que foi consolidada ao longo do tempo.

Em uma outra oportunidade, e para não fugir à linha de incoerências que permeiam a atuação judicial nessas questões, o mesmo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, analisando recursos interpostos pela comunidade indígena tremembé, pela Funai e pela União, declarou nula sentença que afirmara a validade de títulos de propriedade apresentados pela Ducoco Agrícola S/A. Naquela ocasião, disse o Tribunal que prevalecia o ato administrativo de reconhecimento da área indígena, por sua presunção de legitimidade, e que a sua desconstituição estava a depender de perícia antropológica, a ser suportada por quem o impugnava⁹.

Todas essas decisões judiciais estão inspiradas, de uma forma ou de outra, pelo mito da propriedade privada, reputado direito fundamental, tal qual o é o direito à identidade. Ambos são ponderados

⁶ a propósito, Reclamações 2833 e 3331, no STF.

⁷ os exemplos se multiplicam. O Parque Indígena do Araguaia, que abriga os povos javaé, karajá e avá-canoeiro, criado pelo Decreto 69.263, de 22 de setembro de 1971, conta, até hoje, com a presença de não-índios, em face de sucessivas liminares a estes concedidas pelo TRF-1ª Região (AG 1999.01.00.093325-4).

⁸ Processo 9400026196, 3ª vara federal de Alagoas. AC 9805002845, TRF-5ª Região. A questão, na atualidade, é objeto do Recurso extraordinário 370.808. O recurso especial, interposto perante o STJ, não foi conhecido (Resp 264.654).

⁹ a propósito, Resp 242.126-CE, não conhecido.

como se princípios fossem, e a prevalência de um ou outro fica a depender das peculiaridades do caso sob exame, simplificada na linha do que ensina Dworkin, Alexy e alguns outros.

Ferrajoli (2001) aponta diferenças estruturais entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais.

A primeira diferença consistiria no fato de que os direitos fundamentais – nos quais se inclui tanto os direitos à liberdade, à identidade e à vida, como o direito a adquirir e dispor dos bens objeto de propriedade – são direitos universais (*omnium*), no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que são seus titulares; já os direitos patrimoniais são direitos singulares (*singuli*), no sentido, também lógico, de que para um deles existe um titular determinado, com exclusão de todos os demais. Assim, os primeiros são reconhecidos a seus titulares em igual forma e medida, enquanto os segundos pertencem a cada um de maneira diversa, tanto pela qualidade quanto pela quantidade.

A segunda diferença é que os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimos. Ao contrário, os direitos patrimoniais são disponíveis por natureza, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam; aqueles permanecem invariáveis. Não é possível, juridicamente, ser mais livre, mais eu, ter direito a mais vida. No entanto, a ordem jurídica consente em que alguém seja mais rico.

A terceira diferença está em que os direitos patrimoniais, exatamente por que disponíveis, estão sujeitos a vicissitudes, *i.e.*, destinados a ser constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos. Já os direitos fundamentais têm seu título imediatamente na lei. Assim, enquanto os direitos fundamentais são *normas*, os direitos patrimoniais são *predispostos por normas*. Aqueles decorrem direta e imediatamente de regras gerais de nível habitualmente constitucional, enquanto estes dependem da intermediação de um ato.

De modo que esses direitos, a par de não serem equivalentes, têm, entre si, relação óbvia de hierarquia, homologada pelo próprio texto constitucional.

O que constituições de países capitalistas inscrevem como direito fundamental é o direito de todos a serem proprietários. Nesse sentido, não há como se recusar o caráter universal e indisponível de tal direito. Diferentemente, contudo, é o direito de propriedade em si, que, por sua própria natureza, não pode ser concebido, logicamente, como fundamental e, portanto, universal.

A inversão nessa ordem de hierarquias conduz ao estágio em que nos encontramos na atualidade. Aos índios, se recusa a ocupação dos seus espaços definitórios, subtraindo-lhes a possibilidade de exercício amplo de seus direitos identitários, em nome de supostos direitos de propriedade.

Situação bastante emblemática dessa inversão é aquela que diz com a figura dos embargos de retenção. A Constituição, em seu art. 231, § 6º, ao estabelecer a nulidade dos títulos incidentes sobre terras indígenas, assegura aos seus titulares indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. No entanto, é bastante comum, na prática judiciária, assegurar a essas pessoas permanência em território indígena enquanto não se paga a indenização.

Não bastasse a disputa que se estabelece entre direitos indígenas e direitos de propriedade, há forte incompreensão no que diz respeito ao que sejam *terras tradicionalmente ocupadas*.

Veza por outra o conceito resvala para a imemorialidade, e o juiz exige a produção de um laudo arqueológico que evidencie que a presença indígena no local remonta a tempos pré-colombianos. Tal requisito vem impedindo que os terena de Mato Grosso¹⁰ e os krahô-kanela de Tocantins¹¹ tenham acesso a um território, ao argumento de que as áreas *pretendidas* não correspondem às suas terras ancestrais.

O requisito da imemorialidade, no entanto, de há muito foi abandonado. A uma, por sua impossibilidade lógica. O processo dito colonizador avançou sobre esses territórios, descaracterizando-os. É um truismo dizer-se que não há como recuperar Copacabana para os índios. A duas, porque esse mesmo processo promoveu deslocamentos constantes, e a territorialização desses povos teve que ser constantemente redefinida. E, a três, porque estamos a tratar de populações que existem no presente, com perspectivas de vida atuais e futuras, e que não podem ser condenadas a um imobilismo do passado.

De outro giro, muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de *terras tradicionalmente ocupadas* requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, mas participação num sentido presente (Gadamer, 1998: 571). Não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação.

Daí por que a definição do que sejam *terras tradicionalmente ocupadas*, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.

Importante ressaltar, quanto ao estudo antropológico, que este não tem, e nem poderia ter, uma posição neutra em relação à sua pesquisa, no sentido de *objetificar*, de definir determinado domínio a partir de normas ou padrões externos ao grupo, pois tal importaria em privá-lo de sua força normativa (Taylor, 1997:210). É um esquema puramente

¹⁰ Ação civil pública 2002.36.00.005497-8.

¹¹ Ação civil pública 2005.43.00.002884-8.

behaviorista necessariamente fracassa quando se trata de explicar a conduta humana (Carpintero, 1993: 187).¹²

Assim, o estudo antropológico tendente à identificação de um território tradicional pressupõe compreensão e tradução das formas como o grupo se vê ao longo de sua trajetória existencial, como vê e conhece o mundo, como nele se organiza. E a compreensão de uma outra cultura, por que compreensão de sentido, não se dá mediante a atitude objetivante que adota o observador frente aos estados e sucessos fisicamente mensuráveis. Como observa Habermas (1996:460), *a realidade simbolicamente preestruturada constitui um universo que permanece hermeticamente fechado, ininteligível às olhadas do observador. O mundo social da vida só se abre a um sujeito que faça uso de sua competência de linguagem e ação, estabelecendo relações interpessoais. Só se pode penetrar nele participando, ao menos virtualmente, nas comunicações dos membros e convertendo-se, ele mesmo, em um membro, ao menos potencial.*

Nesse sentido, não deixam de ser curiosas as decisões que negam validade à perícia antropológica por *suspeição* do pesquisador, porque este tem intimidade com o grupo¹³. No entanto, para toda e qualquer perícia, requer-se, do profissional, conhecimento técnico e científico (art. 424, I, CPC). E, no caso da antropologia, apenas está habilitado a produzir essa prova aquele que conhece o grupo, que pode revelar a sua existência quotidiana.

Por outro lado, a definição de um território tradicional não pode passar ao largo do estudo antropológico, salvo se pretendermos reinstaurar o viés etnocêntrico que orientava o direito anterior, em que o juiz atribui aos agentes a sua própria visão.

Enfim, sem a pretensão de exaurir todas as dificuldades com que nos defrontamos nas lides diárias, o que se revela, nesse breve esboço, é um judiciário ainda marcadamente civilista, seja na interpretação do direito, seja na ritualística processual. Mesmo as decisões que vêm ao encontro das aspirações dos povos indígenas dificilmente conseguem fugir desse viés. É pouca a reflexão sobre direitos coletivos, e quase nenhuma sobre direito étnico.

A tarefa que se impõe a todos nós é a luta por um judiciário mais curioso e atento à novidade do que nostálgico de suas certezas.

¹² A neutralidade valorativa do objeto, para as ciências experimentais, importa, no âmbito das ciências sociais, em abstração dos valores do plexo da vida social, coisificando-a. Quando, o que, na verdade, se sancionava a posteriori, como valor, não é exterior a coisa, mas sim imanente a ela. Quando se neutraliza um aspecto da vida social, as categorias do mundo da vida ficam falsificadas. Falsifica-se o objeto da ciência (Habermas, 1996).

¹³ Como exemplo, processo 2004.36.00.002130-5, da 3ª vara federal de Mato Grosso. Há outras tantas decisões similares da justiça federal em Dourados-MS.