

A (IN)JUSTIÇA E A (IN)TOLERÂNCIA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS TERRITORIAIS ENVOLVENDO DIREITO INDÍGENA

THE (IN)JUSTICE AND THE (IN)TOLERANCE IN THE RESOLUTION OF TERRITORIAL DISPUTES INVOLVING INDIGENOUS RIGHT

DANIELA GOMES¹

RESUMO: Apesar de o direito indígena ao solo ser ainda uma área pouco explorada pela ciência jurídica brasileira, esse tema, em razão dos conflitos territoriais entre indígenas e agricultores ocorridos nos últimos anos, vem ganhando repercussão nacional, especialmente diante da necessidade de se avaliar a existência de um direito originário e, ao mesmo tempo, de se discutir a formulação de um marco regulatório para as demarcações de terras indígenas. No Brasil, em diversas ocasiões que envolvem o conflito entre o direito indígena ao solo e o direito de propriedade, visualiza-se, por um lado, um cenário de injustiça quanto à aplicação do direito diante do caso concreto, e, por outro, a intolerância quanto ao reconhecimento de direitos culturais. Face a essa situação, a partir da contribuição da teoria da justiça, com o objetivo de avaliar a (in)justiça na resolução das demandas pela posse e pela propriedade de terras e a (in)tolerância quanto ao reconhecimento do direito indígena ao solo, busca-se, inicialmente, considerar o tratamento jurídico da questão indígena a partir da Constituição Federal de 1988 e compreender a tensão social originada pela demanda de demarcação de terras indígenas. Por conseguinte, procura-se abordar a (in)justiça e a (in)tolerância na resolução dos conflitos territoriais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Indígena; (In)Justiça; Propriedade Privada; (In)Tolerância.

ABSTRACT: Despite the fact that the right to indigenous land is still a topic that has been poorly explored by Brazilian legal Science, this issue, due to the territorial conflicts among indigenous people and farmers over the past few years has been getting national repercussion, especially because the need to assess the existence of a original right and at the same time, to discuss the formulation

Artigo recebido em 25.08.2014. Pareceres emitidos em 18.02.2015 e 02.03.2015.

Artigo aceito para publicação em 30.03.2015.

¹ Doutoranda em Direito pela Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. danielagomes@imed.edu.br

of a regulatory framework for the demarcation of indigenous lands. In Brazil, in several occasions that involve the conflict between the indigenous right to the land and the right to property, it can be seen a scene of injustice regarding the application of the right in relation to the concrete case and on the other hand, the intolerance about the recognition of cultural rights. In view of this situation from the contribution of the theory of justice with the objective of evaluating the (in)justice in the resolution of the demands by the possession and ownership of land and the (in)tolerance in relation to the recognition of indigenous rights to land it is aimed initially to consider the legal treatment of indigenous issue from the Federal Constitution of 1988, as well as, understand the social tension caused by the demand for demarcation of indigenous lands. Therefore it is intended to approach the (in)justice and the (in)tolerance in the resolution of territorial disputes.

KEYWORDS: Indigenous Right; (In)Justice; Private Property; (In)Tolerance.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Tratamento Jurídico da Questão Indígena a partir da Constituição Federal de 1988; 2. A Tensão Social originada pela Demanda de Demarcação de Terras Indígenas; 3. A (in)Justiça e a (in)Tolerância na Resolução dos Conflitos Territoriais entre Indígenas e Agricultores; Considerações Finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. The Legal Treatment of Indigenous issue from the Federal Constitution of 1988; 2. The Social Tension caused by the Demand for Demarcation of Indigenous Lands; 3. The (in)Tolerance in the Resolution of Territorial Disputes among Indigenous Peoples and Farmers; Final Thoughts; References.

INTRODUÇÃO

A partir dos elementos assinalados neste texto, não se pretende esgotar o tema do tratamento jurídico da questão indígena a partir da Constituição Federal de 1988 ou da tensão social originada pela demanda de demarcação de terras indígenas, muito menos exaurir o tema da (in)justiça e da (in)tolerância quanto à garantia do direito indígena ao solo, mas, sim, utilizá-los como subsídio e aprendizado, a fim de contribuir para os debates jurídicos que utilizam a teoria da justiça para compreender e avaliar as dinâmicas sociais em um Estado democrático e pluralista.

A (in)justiça e a (in)tolerância na resolução dos conflitos territoriais envolvendo direito indígena, enquanto tema desenvolvido neste artigo, apesar de pouco explorado pela doutrina brasileira, vem ganhando espaço nos debates jurídicos. No Rio Grande do Sul e em vários locais do país, isso se dá em razão da adoção de procedimento administrativo de demarcação realizado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), tendo por base a utilização do Decreto 1.775/96, que, embora tenha sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concreto, ainda instiga apontamentos quanto à violação de direitos fundamentais dos agricultores que serão removidos das terras, objeto da demarcação, bem como pelo tratamento injusto que o Judiciário vem dando ao tema, com decisões sem qualquer critério de equidade.

Assim sendo, com o intuito de bem desenvolver tal tema, busca-se, em um primeiro momento, evidenciar o tratamento jurídico da questão indígena a partir da Constituição Federal de 1988 para, por conseguinte, abordar a tensão social originada pela demanda de demarcação de terras indígenas, e, por fim, avaliar a (in)justiça e a (in)tolerância na resolução dos conflitos territoriais, buscando sempre tornar evidente que esse tema é, sem dúvida alguma, muito mais complexo do que assinala o esboço apresentado.

1. O TRATAMENTO JURÍDICO DA QUESTÃO INDÍGENA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A abordagem do direito indígena e de suas peculiaridades está intimamente ligada à compreensão das transformações pelas quais passou a política indigenista ao longo da história do Brasil, sendo importante, por vezes, a realização de um resgate histórico que contemple os principais acontecimentos que propiciaram o reconhecimento de direitos aos povos indígenas na legislação brasileira. Em que pese a importância de uma descrição dos principais fatos históricos, a abordagem ora proposta contempla a compreensão do direito indígena pós Constituição Federal de 1988 (CF/88), em razão de ser este o marco jurídico que desencadeou os atuais conflitos sociais envolvendo a demanda pela demarcação de novas áreas indígenas e a intolerância quanto ao reconhecimento do direito indígena ao solo.

No que tange à Constituição Federal de 1988, cabe referir que, devido à importância do tema, os direitos indígenas, em especial sobre a terra, foram inseridos em capítulo próprio, incluídos na Ordem Econômica e Financeira. A partir de então, passou-se a reconhecer aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231), competindo à União concluir a demarcação destas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição (art. 67 do ADCT).

Para regulamentar esse capítulo constitucional, foram instituídos o Decreto 1.775/96 e a Portaria 14/96 do Ministério da Justiça, atribuindo à FUNAI a responsabilidade pela demarcação de áreas indígenas, estabelecendo os procedimentos a serem adotados para sua implementação.

Observando as políticas adotadas no passado, certamente marcou época a aspiração protecionista que pautou o Estado até entrar em vigor a CF/88, assim como regime tutelar do Código Civil de 1916 e do Estatuto do Índio de 1973, pois, de uma política de submissão e escravidão promovida durante o período colonial (de 1500 a 1808), passando pelo período imperial (de 1808 a 1849), no qual os índios atravessaram longos períodos de tentativa de incorporação à sociedade, e durante o período republicano, que culminou com a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), da FUNAI e do Estatuto do Índio, houve significativo avanço quanto ao reconhecimento dos direitos indígenas, ao mesmo passo em que se perdeu muito em relação à cultura, aos costumes, à religião e à língua.

De tal forma, é possível, a partir da análise do “reconhecimento” dos direitos indígenas nas Constituições brasileiras, compreender que o ponto fundamental sempre foi a preocupação com as terras, relegando a um segundo plano a preocupação com a pessoa do índio, com a alteridade, com o respeito à diferença, que, por enquanto, não saiu integralmente do papel.

Ademais, cumpre destacar ainda que, embora na época do “descobrimento” não existissem dados precisos quanto à população indígena, Cunha refere a estimativa de que havia, nas terras baixas da América do Sul, entre 1 milhão a 8,5 milhões de índios.² A FUNAI aponta a estimativa atual de 225 sociedades, somando-se aproximadamente 460 mil índios, representando cerca de 0,25% da população brasileira,³ o que evidencia, em razão dos diversos conflitos territoriais enfrentados na atualidade, a urgência da adoção de medidas que venham a garantir o reconhecimento dos direitos indígenas dispostos na CF/88.

Antes de tecer comentários concernentes à interpretação dos dispositivos constitucionais que, desde 1988, passaram a assegurar o direito indígena de forma mais abrangente, cumpre destacar que a CF/88 pouco difere do diploma legal de 1973, denominado Estatuto do Índio, em especial no que diz respeito à questão da terra. Contudo, mesmo não sendo inovador o texto constitucional, cabe evidenciar que a inclusão de tais direitos no texto da Constituição elevou-os a *status* de direitos humano-fundamentais e, por consequência, conferiu a esses a garantia de que sejam paulatinamente assegurados pela União.

Após essa breve explanação, torna-se relevante abordar a interpretação que vem sendo dada aos artigos 231 e 232 do referido diploma legal, uma vez que este se apresenta como um marco jurídico importantíssimo na história do reconhecimento dos direitos indígenas.

O primeiro artigo da CF/88 a tratar da questão indígena é o 231, que passa a reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las e protegê-las. Também há que se destacar que a CF/88 considera como “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, § 1º), dando a entender, em uma análise prévia e superficial, que a ocupação deve ser um processo contínuo, embora não tenha estabelecido em seu texto um marco temporal para a questão da ocupação.

² CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 14.

³ VILAS BOAS, Márcia Cristina Altwater. *Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática: da integração à interação*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 18.

Com relação a esse tema, o Poder Judiciário diverge, uma vez que nos termos da Súmula 650 do STF, considera-se que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não alcançam as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado não remoto. Em que pese a Súmula do STF referenciar os aldeamentos extintos, ressalta-se que em algumas circunstâncias específicas, como no estado do Rio Grande do Sul, não se trata de aldeamentos extintos, mas sim da reivindicação da restauração de áreas que, em determinados momentos históricos, foram ocupadas por índios (por terem sido demarcadas pelo Estado para esse fim) e, em anos seguintes, foram distribuídas ilegalmente para fins de produção agrícola, pelo governo do estado do Rio Grande do Sul. Nesse sentido, se o foco da discussão for a demarcação de terras que já foram ocupadas por índios no passado, está se falando de demarcação (ou redefinição) e não de aldeamentos extintos, por conseguinte, não se aplica esta súmula, podendo essas áreas serem consideradas terras tradicionalmente ocupadas, sendo os direitos sobre elas imprescritíveis.

Por outro lado, voltando à interpretação do texto constitucional, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao tratar de tema ligado à área indígena e da posse originária, destacou que “[...] o território indígena é constituído não só pela área efetivamente ocupada pelo grupo tribal, isto é, a que circunda a aldeia e as roças, mas também as imprescindíveis à conservação de sua identidade étnico-cultural”.⁴ Ademais, corroborando o entendimento acima explanado, o Desembargador Tourinho Neto⁵ identifica que o afastamento dos índios de suas terras não implica a perda de seu direito à posse:

Os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Certo. Todavia, se provado que delas foram expulsos, à força ou não, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando sequer, como tutelados, podiam agir judicialmente; quando sequer desistiram de tê-la como própria. É de assinalar-se, também, que não se pode igualar a posse indígena à posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível [...].

Igualmente notório é o disposto no art. 231, § 4º, da CF/88, que reconhece serem inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis os direitos sobre as terras indígenas, ou seja, se o entendimento acerca da expressão “terras tradicionalmente ocupadas”, em interpretação abrangente, alcançar as áreas de terras ocupadas pelos índios em sua condição natural, alcançar as áreas não efetivamente ocupadas de aldeamentos extintos, levando-se em consideração a posse originária, é seguro afirmar que os direitos sobre essas

⁴ Ver na íntegra: TRF: Apelação Cível nº 90.01.14365-2/MT, Rel. Des. Federal Mário César Flores, Julg. de 24.06.1998.

⁵ TOURINHO NETO, F. C. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993, p. 20.

terras não prescrevem nunca e poderão ser pleiteados a qualquer tempo, haja vista não existir, na Constituição, a definição de um marco temporal para as ocupações.

Outro aspecto ressaltado no § 5º do art. 231 da CF/88 diz respeito à vedação da remoção de grupos indígenas de suas terras. São exceções a essa regra as circunstâncias de caso de catástrofe, epidemia que ponha em risco a população indígena ou situações ligadas ao interesse da soberania do país, sendo necessário o consentimento do Congresso Nacional, dispondo a Constituição claramente sobre a obrigatoriedade do retorno imediato logo após cesse o risco que deu causa à remoção.

Não se pode esquecer que, relacionado ao tema da terra indígena e todos os demais direitos decorrentes da posse da terra, dispõe o § 3º, art. 231 da CF/88, que devem ser ouvidas as comunidades indígenas afetadas pelo aproveitamento dos recursos hídricos, potenciais energéticos e recursos minerais, para, somente após esse procedimento, o Congresso Nacional autorizar a exploração desses bens ambientais. Frente ao insculpido na Carta Magna, não se pode deixar de referir recente circunstância polêmica envolvendo a construção da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Rio Xingu (PA), sobre o que tramitavam ao menos 12 ações judiciais com o propósito de impedir a construção da usina, das quais duas possivelmente chegarão ao Supremo Tribunal Federal (STF) questionando a legalidade de autorização dada pelo Congresso Nacional para aproveitamento hidrelétrico em um local onde há dez demarcações de terras indígenas, sem ouvir as comunidades indígenas afetadas. Esse fato remete a circunstâncias similares, ocorridas no passado, tendo em vista sobreporem-se interesses econômicos e sociais em detrimento de direitos fundamentais assegurados na legislação, o que ainda vem ocorrendo com frequência, mesmo em um Estado pautado pela igualdade, que se julga democrático.

Se por um lado a CF/88, por não ter trazido expressamente um marco regulatório para a questão das demarcações posteriores à sua entrada em vigor, sugere, em uma interpretação extensiva, a possibilidade de reconhecimento de um direito originário, por outro lado, também cabe a interpretação de que a tais direitos originários só cabe reconhecimento quando houver terras tradicionalmente ocupadas destinadas à “posse permanente” de indígenas.

Para resolver essa “lacuna legislativa”, se é que se pode assim nominar, e dirimir os intensos conflitos pela posse e pela propriedade de terras entre comunidades indígenas e agricultores, que têm surgido no período pós Constituição de 1988 e que vêm sendo fomentados por decisões judiciais contraditórias, discricionárias e infundadas (como será visto adiante), há a necessidade de avaliar a possibilidade de Emenda à Constituição com o propósito de estabelecer um marco regulatório para a questão.

Atualmente, está sendo discutido o Projeto de Emenda à Constituição 215, que havia sido proposto em 2000 e que visa transferir a competência da

União na demarcação de terras indígenas para o Congresso Nacional, possibilitando inclusive a revisão das terras já demarcadas. Outra alteração proposta pela PEC à legislação em vigor é a mudança nos critérios e procedimentos para a demarcação de áreas indígenas, que passariam a ser regulamentadas por lei e não mais por Decreto, como atualmente é (Decreto nº 1.175/96).

Cumpra ressaltar que a previsão legal atual determina que a FUNAI, o Ministério da Justiça e a Presidência da República são os responsáveis pelas demarcações de terras indígenas. Contudo, passados 25 anos da promulgação da CF/88, o processo de demarcação das terras indígenas que deveria ter sido realizado no prazo de cinco anos da entrada em vigor da Constituição, conforme refere o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), até o ano de 2013 não havia sido concluído.

Entre idas e vindas do plenário da Câmara dos Deputados e da Comissão de Constituição e Justiça, a PEC tramita há 13 anos. Em abril de 2013, foi criada uma Comissão Especial com a intenção de examinar e emitir parecer sobre a viabilidade da proposta. Assim, tendo sido movida a tramitação de tal proposta, os movimentos indigenistas têm se manifestado contra ela e contra a criação da Comissão Especial, haja vista que se insurgem quanto à inconstitucionalidade da proposta, a qual fere os direitos fundamentais indígenas historicamente conquistados, entendendo ainda que o objetivo da bancada ruralista é impedir o término do processo de demarcação.

Em setembro de 2013, os deputados da Frente Parlamentar de Apoio aos Povos Indígenas ingressaram com pedido de suspensão da tramitação da proposta no Supremo Tribunal Federal (STF). O Ministro Luís Roberto Barroso negou o pedido, baseando sua fundamentação no entendimento de que o Judiciário não pode interferir indevidamente nas atribuições deliberativas do Congresso Nacional, sob pena de estar violando o princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CF/88.

Nesse sentido, também merece destaque o Projeto de Lei Complementar 227 de 2012, proposto pela bancada dos ruralistas, que busca, por intermédio de Lei Complementar, “regulamentar” o artigo 231 da CF/88, apontando exceções ao direito de uso exclusivo dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, podendo, nessas, ser permitida a exploração de agronegócio e de mineração, e a construção de empreendimentos ligados a interesses do governo federal, estadual e municipal, dentre outros. Tal projeto é fortemente rechaçado pelo movimento indigenista, que entende ser inconstitucional por violar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais e Resolução da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Integrantes da mesma bancada ruralista também foram os propulsores de outras medidas contrárias aos direitos dos povos indígenas, como foi o caso da Portaria 303 da Advocacia Geral da União (AGU) de 2012, suspensa no segundo semestre do mesmo ano e, em outubro de 2013, analisada pelo STF,

em decorrência da propositura dos Embargos de Petição – PET nº 3388. O Supremo acabou restringindo a aplicação das dezenove condicionantes para a demarcação de terra indígena, previstas na Portaria, apenas ao caso do julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

A tese exaustivamente defendida pelos parlamentares ruralistas parte do pressuposto de que a FUNAI, enquanto órgão técnico que deveria ser, é parcial, ao passo que os indígenas reiteram existir violação a seus direitos constitucionalmente previstos e à Convenção 169 da OIT. Quanto a isso, em encontro com as lideranças indígenas em outubro de 2013, a presidente da República Dilma Rousseff declarou que o governo federal fará as modificações necessárias no procedimento de demarcação. A partir da manifestação da Chefe do Poder Executivo Federal, muitas dúvidas surgem quanto ao futuro dos direitos indígenas.

De fato, todo esse necessário processo interpretativo, pós Constituição Federal de 1988, vem originando novos desdobramentos. Alguns pontos centrais dos direitos indígenas, tutelados pela CF/88, se complexificam ao passo que novas interpretações são possibilitadas, como é o caso do tema do direito à posse originária das terras indígenas ou do estabelecimento de um marco regulatório para delinear o processo demarcatório.

Certamente, a inexistência de um marco regulatório explícito, que deixe claro que as demarcações de terras indígenas deverão ser realizadas, no que refere às ocupações tradicionais, até data anterior ao Estatuto do Índio ou data anterior ao estabelecimento da Constituição Federal de 1988 como marco temporal, propicia interpretações demasiadamente extensivas e muitas vezes descabidas ou desproporcionais aos demais direitos reconhecidos e tutelados pela CF/88, como é o caso do direito à propriedade privada. Ademais, também cabe frisar que a eleição de um marco temporal justo implica a realização de um levantamento preciso das ocupações tradicionalmente indígenas em todo o território nacional, o que leva certamente a um questionamento que fica em aberto, o da prova das áreas indígenas.

No que tange ao tema do marco regulatório, foi analisada, em 2010, pela Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 49, de autoria da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária (CNA), que pretendia a pacificação do entendimento de que os incisos I e XI do artigo 20 da CF/88 (são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios) não alcançariam as terras de aldeamentos extintos antes de 5 de outubro de 1988, mesmo tendo sido as terras ocupadas por indígenas em passado remoto.

Na deliberação sobre a edição de enunciado de Súmula Vinculante, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski manifestaram o entendimento de que a edição de tal súmula depende da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria no exato sentido proposto

pela CNA, o que, na prática, não há, mesmo tendo sido citada a Ação Cível Originária nº 1383 e o Mandado de Segurança nº 28555, nos quais o tema já havia sido preliminarmente analisado, configurando a inexistência de requisito formal para a proposta de Súmula Vinculante, sendo, portanto, arquivada.

Por outro lado, o risco de, a partir de uma Emenda Constitucional, ser delimitada a interpretação dos direitos indígenas na CF/88 é o risco de repetir as políticas anteriormente adotadas, mas agora com uma nova roupagem, não mais de política integracionista, mas com a nítida função de prevalência de direitos de uma minoria que os defende a partir da apropriação de canais institucionais para esse fim, comprometendo a ordem e a segurança jurídica, atingindo o princípio da proibição do retrocesso social, reproduzindo mais uma vez injustiça e intolerância.

2. A TENSÃO SOCIAL ORIGINADA PELA DEMANDA DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

A demanda pela demarcação de terras indígenas foi possível devido ao reconhecimento dos direitos indígenas na CF/88. A partir disso, em várias localidades do Brasil, tal demanda passou a ganhar destaque, ante aos conflitos que vêm se estabelecendo entre o interesse indígena à posse de terras, mediante demarcação, em contraponto à manutenção da propriedade privada, pleiteada por agricultores, tendo o caso mais emblemático sido a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol.

Assim sendo, quando se fala em direito indígena ao solo, não se pode deixar de salientar um pouco da história dos conflitos territoriais existentes no estado do Rio Grande do Sul entre indígenas e proprietários de áreas rurais, por trazer à baila duas situações bastante complexas, semelhantes às que vêm ocorrendo em quase todos os estados do país.

É importante frisar que na história do Rio Grande do Sul evidenciou-se a expropriação indígena de suas terras como um processo iniciado a partir da fixação do homem branco em solo gaúcho no início do século XIX, tornando-se um processo acelerado a partir de 1850, em decorrência da Lei de Terras e do reconhecimento da existência de terras devolutas, assim consideradas pelo Estado.⁶ Explicando melhor, é possível verificar duas situações bem distintas quanto às áreas indígenas, embora ambas tenham sido deflagradas por ocasião da redação dada ao direito indígena no texto da Constituição Federal de 1988.

Uma primeira situação, iniciada em 1990, que pode ser chamada de recuperação dos limites territoriais de áreas indígenas demarcadas pelo estado do Rio Grande do Sul, se deu em função de que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 64, transferiu aos estados o domínio e a atribuição para gerenciamento

⁶ CARINI, Joel João. *Estado, Índios e Colonos: o conflito na reserva indígena de Serrinha-norte do Rio Grande do Sul*. Passo Fundo: UPF, 2005, p. 127.

das terras devolutas que estivessem situadas em seu território. No mesmo sentido, a Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850, denominada Lei de Terras, em período anterior à Constituição, já havia autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira em terras devolutas, tendo indicado, igualmente, em seu artigo 12, que o Governo deveria reservar as terras devolutas que julgasse necessárias, em primeiro lugar, para a colonização dos indígenas, em segundo lugar, para a fundação de povoações, abertura de estradas e quaisquer outras servidões, e, em terceiro lugar, para a construção naval.

Em função dessa legislação é que o estado do Rio Grande do Sul procedeu, de 1910 a 1918, à demarcação de 11 reservas indígenas⁷. Ocorre que, por volta de 1930, houve mudança no que diz respeito à competência para o gerenciamento de áreas indígenas, que passou novamente a pertencer à União. Nesse sentido, o Governo do estado do Rio Grande do Sul, nas décadas de 1950 e 1960, tendo sido pressionado por colonos sem terra a destinar áreas para cultivo, no intuito de resolver tal demanda, loteou terras indígenas que já estavam sendo ocupadas por agricultores, legalizando, assim, o ato de ocupação ilegal, mediante a emissão de títulos de propriedade privada de algumas áreas indígenas. Quanto a esse fato, há o questionamento acerca da legalidade ou ilegalidade da medida adotada pelo governo gaúcho, uma vez que desconstituiu área indígena que foi por si demarcada para constituir título de propriedade privada, quando não tinha mais atribuição de gerenciamento de tais áreas.

Em razão disso, o Poder Judiciário já decidiu pela redefinição das áreas indígenas e indenização dos agricultores, baseando-se no disposto na Constituição Federal de 1988, que assegurou juridicamente a retomada das áreas de reservas indígenas expropriadas, possibilitando a recuperação dos territórios originariamente demarcados. Assim, muito embora as Constituições brasileiras não tenham legitimado, de forma alguma, o esbulho dos índios de suas terras, cabe referir, a partir da década de 1950, procedimentos administrativos de vários governos do estado do Rio Grande do Sul autorizaram a expropriação de terras indígenas, fundamentada pela necessidade de implementação de política fundiária e assentamento de colonos sem terra, restando intactos apenas o território de Carreteiro, Guarita e Ligeiro. Frente a essa situação, é evidente a sucessão de atos que atentaram contra os preceitos da Constituição Federal da época são, portanto, inconstitucionais.

A segunda situação, também possibilitada pelo texto constitucional de 1988, é a que se pode chamar de demanda por ampliação e constituição de novas áreas indígenas, que vem ocorrendo a partir de 2004, travando um grande embate social, econômico e jurídico ligado ao direito de propriedade em contraponto ao direito indígena. Essa situação somente ocorre em razão da

⁷ Cacique Doble (1910), Carreteiro (1911), Caseiros (1911), Inhacorá (1911), Ligeiro (1911), Nonoai (1911), Serrinha (1911), Ventarra (1911), Guarita (1917), Votouro Caingangue (1918) e Votouro Guarani (1918) (CARINI, 2005, p. 136).

imprecisão do texto constitucional quanto à existência de um marco regulatório que indique um lapso temporal para as ocupações que podem ser demarcadas.

Por fim, quanto à primeira circunstância, destaca-se ainda que a Constituição do estado do Rio Grande do Sul, datada de 03 de outubro de 1989, estabeleceu o prazo de quatro anos, a partir de sua promulgação, para que o estado promovesse o “[...] reassentamento dos pequenos agricultores assentados em áreas colonizadas ilegalmente pelo Estado, situadas em terras indígenas” (art. 32, ADCT), passando o estado a reconhecer a ilegalidade de seus atos e a garantir o direito que assiste aos indígenas de reaver seus territórios. Diante da interpretação de tal dispositivo, é relevante referir o problema que tal previsão legal, na prática, acarreta aos agricultores que, uma vez induzidos pelo estado a adquirir terras anteriormente demarcadas como terras indígenas, passam, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ter o dever de desocupar esses espaços. Nessas circunstâncias, até hoje, ainda muitas famílias de agricultores aguardam o recebimento da indenização referente às terras por eles adquiridas, que lhe é devida pelo estado.

Quanto à segunda circunstância, que também vem ocorrendo em outros estados brasileiros, no contexto dos preceitos legais insculpidos na CF/88, tem-se, de um lado, o reconhecimento do direito à propriedade privada (arts. 5º, XXII, 170, II), desde que cumprida a função socioambiental (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182 § 2º e 186 c/c art. 225) que lhe é inerente. De outro lado, também são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sendo esse direito imprescritível (art. 231, caput e § 4º). Ambos considerados pela CF/88 como direitos fundamentais, sendo que nenhum destes direitos é absoluto.

Frente a isso, quase sempre se chega ao seguinte questionamento: quais desses direitos fundamentais deve sobrepor-se ao outro? Para responder a essa indagação é necessário identificar duas situações distintas: o restabelecimento das áreas indígenas nos limites constituídos no início do século XX e o processo de ampliação e demarcação de novas áreas indígenas que vem ocorrendo nos últimos anos no estado do Rio Grande do Sul.

Na primeira circunstância, entende-se que o direito à posse dos índios sobre as terras onde estavam localizados (11 reservas indígenas demarcadas entre os anos de 1910 a 1918 e que no ano de 1960 foram reduzidas significativamente) era reconhecido pela Constituição de 1946 (vigente na época), uma vez que o artigo 216 referia “ser respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados”, nada referindo acerca da nulidade da ocupação não indígena, tampouco sobre a possibilidade ou impossibilidade de o Estado reduzir essas áreas.

Somente com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 é que as terras habitadas pelos silvícolas passaram a ser consideradas inalienáveis, cabendo a eles sua posse permanente (art. 198, *caput*). Também é a partir desses dispositivos legais que se passa a reconhecer a nulidade e a

extinção de efeitos jurídicos aos atos que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

Nesse sentido, entende-se que mesmo diante da inexistência de texto constitucional vedando a redução de áreas indígenas, o governo do estado não tinha nenhum respaldo jurídico para autorizar procedimento administrativo de redução de áreas indígenas demarcadas e efetivamente ocupadas, tendo em vista que, em todas suas esferas, está adstrito ao princípio da legalidade⁸. Por esse princípio, deduz-se que o governo do estado estava limitado ao cumprimento da lei, não tendo autonomia e/ou poder discricionário para aplicar a legislação de forma mais ampla.

Por essa razão, destaca-se que não havia dúvida histórica, jurídica ou sociológica de que as terras pleiteadas eram indígenas, uma vez que tinham sido demarcadas no início do século XX e reduzidas na década de 1960. De tal forma, mesmo ocorrendo um intenso impacto social para inúmeras famílias de agricultores que haviam comprado as terras do estado e tiveram que deixá-las, deve-se reconhecer que a sociedade, o estado e o Poder Judiciário não tinham dúvidas de que a observância dos preceitos constitucionais apontava para a devolução das terras aos indígenas.

Do mesmo modo, ainda que o proprietário da área afirmasse possuir justo título, garantido em decorrência do cumprimento da função socioambiental da propriedade e que, por esse motivo a Constituição lhe garanta que sua terra não será desapropriada, há que se salientar que, na verdade, o seu direito à propriedade é um direito fundado com base em um ato jurídico eivado de vício, portanto, não é um direito que encontra respaldo jurídico. Ademais, a insegurança jurídica residiria no fato de o Poder Judiciário não reparar tamanha desconsideração aos direitos indígenas, ocasionado justamente por aquele que tem o dever legal de zelar pelos direitos inscritos na Constituição.

De outro modo, na segunda circunstância, a interpretação é um pouco diversa, pois se refere ao processo de ampliação e demarcação de novas áreas indígenas. As áreas pleiteadas, além das nunca terem sido demarcadas, estão, há séculos, ocupadas e escrituradas para agricultores familiares. Quanto a essa situação, mesmo diante da defesa da cultura indígena, há que se indagar a pertinência de tais demandas. Nesse caso, a fundamentação que embasa o pleito não se dá propriamente em razão do critério de justiça social pautada na correção de um ato ilegal, mas, sim, deve fundamentar-se no direito originário à posse indígena, lembrando-se que os direitos originários dos índios são reconhecidos independentemente da demarcação de suas terras, pois a demarcação é ato meramente declaratório, um reconhecimento feito pelo Estado, cujo objetivo é identificar a extensão da posse.

⁸ É importante frisar que o Princípio da Legalidade está previsto em todas as Constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937.

Nesse caso, a fim de fundamentar tal posicionamento, muito se fala sobre o princípio da continuidade, indicando estar este atrelado à ideia de que o direito originário sobre as terras que os indígenas ocupam ou ocuparam não se refere a lapso temporal, pois, se aqueles que não eram índios invadiram as terras indígenas pré-colombianas, houve a quebra da continuidade e a usurpação dos direitos originários.

Dando sequência à compreensão de tal princípio, há que se destacar um questionamento recorrente em parte da doutrina que busca estudar o alcance do princípio da continuidade diante da previsão legal da imprescritibilidade do direito indígena ao solo. Tal questionamento diz respeito ao fato de todo o território nacional ter sido ocupado por índios no período anterior à invasão dos portugueses e à possibilidade de a imprescritibilidade do direito indígena ao solo retroagir no tempo para alcançar a demarcação de todas essas áreas. Poderão os índios reivindicar judicialmente a qualquer tempo essas áreas? Sua pretensão guarda respaldo jurídico? Para essas questões, nem a doutrina, nem o Poder Judiciário tem entendimento pacífico.

Outro ponto importante que deve ser levado em consideração é a (in)segurança jurídica que uma decisão judicial abarcando o embate entre o direito à propriedade privada e o direito indígena ao solo pode acarretar. Se o Poder Judiciário, frente à circunstância de reivindicação de área que fora ocupada pelos índios em período anterior à invasão do território nacional pelos portugueses, atender tal pleito, tem-se, sob o ponto de vista estritamente jurídico, insegurança jurídica, decorrente do fato de existir, na Constituição Federal de 1988, previsão legal de insuscetibilidade de desapropriação (art. 185 da CF/88) de propriedades rurais que estejam cumprindo os requisitos do artigo 186, portanto, que sejam cumpridoras da função socioambiental inerente ao direito de propriedade privada.

Por outro lado, diante da reivindicação do reestabelecimento das áreas indígenas formalmente constituídas no século XX e posteriormente limitadas por procedimento administrativo ilegal do estado, haverá insegurança jurídica se a decisão do Poder Judiciário não vier a reconhecer a ilegalidade do ato do governo e a determinar o restabelecimento de tais áreas nos limites anteriormente constituídos.

Contudo, se nesse caso, os direitos indígenas sobre as terras são analisados na perspectiva dos direitos naturais inerentes à condição humana, a propriedade, em sua forma privada, é um direito instituído pelas leis dos homens, de reconhecimento condicionado ao exercício da função socioambiental e garantido a partir de títulos concedidos pelo estado no decorrer do processo de colonização do território brasileiro. Desse modo, se está diante de um embate cuja solução não é tão simples, pois qualquer decisão adotada terá impactos sociais, econômicos e políticos bastante significativos.

Por fim, frente à circunstância da constituição e demarcação de novas áreas indígenas, mesmo diante de objeções e dúvidas, a FUNAI estabeleceu

diversos processos administrativos buscando identificar, delimitar e demarcar novas áreas. O trâmite de grande parte desses processos se arrasta por mais de uma década, fazendo com que se multipliquem acampamentos indígenas na tentativa de forçar a abertura de novos processos administrativos. Nesses últimos anos, a tensão envolvendo o embate entre indígenas e agricultores tem se agravado e tende a se agravar ainda mais. Não é difícil compreender as razões que motivam tais conflitos, eis que, de fato, é importante que sejam estabelecidas ações a curto, médio e longo prazo. Dentre essas ações, pode-se pontuar a suspensão dos processos administrativos e a incorporação de novos estudos para evitar distorções e abusos. Além disso, é imprescindível avaliar soluções para a imprecisão do marco regulatório e do conjunto da atual política indigenista.

3. A (IN)JUSTIÇA E A (IN)TOLERÂNCIA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS TERRITORIAIS ENTRE INDÍGENAS E AGRICULTORES

Dando sequência ao estudo da problemática proposta, diante das circunstâncias trazidas nos tópicos antecedentes, é extremamente relevante delinear um panorama que abarque a tamanha complexidade gerada pelo embate entre o reconhecimento do direito indígena ao solo em contraponto à garantia do direito à propriedade privada. Esse embate proporciona vislumbrar a (in)justiça, inicialmente, sob dois pontos de vista que podem ser tidos como antagônicos ou não e que passarão a ser tratados neste tópico.

De início, cabe frisar que o termo justiça, em cada período histórico e a partir da compreensão única de cada filósofo que se ateve a descrevê-lo, abarca uma variedade de significados. Se para Aristóteles, filósofo da Antiguidade, a justiça é uma virtude moral, a partir da Modernidade ela passou a ser ressaltada como “fundamento da sociedade”. Para David Hume, cuja concepção moderna de justiça está alicerçada em um pensamento utilitarista, a justiça, fundada em uma convenção social preexistente, é uma virtude artificial em prol da “maximização do bem-estar social”. Em Kant, é possível observar a justiça “como um dever absoluto que consistiria em tratar cada ser humano com respeito, isto é, como um fim em si mesmo e não como meio para obtenção de algo”. Proudhon, ao visualizar na reciprocidade a faceta da justiça, identificou que, na “faculdade de reconhecer, em nós mesmos e na figura do outro, uma idêntica dignidade”, repousaria a justiça.⁹

Por outro lado, Marx, Nietzsche e Kelsen, apesar de filósofos modernos, tiveram uma concepção do ideal de justiça bastante descrente. Para Marx, a justiça é um produto das relações de classe derivada “da infraestrutura econômica da sociedade burguesa”, enquanto que, em Nietzsche, a justiça encontra-se atrelada a uma vontade de impor valores por parte do soberano. De outro modo, Kelsen considerou a justiça um ideal irracional alicerçado

⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar; São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 493-494.

em uma compreensão que transcende a esfera jurídica.¹⁰ Nesse sentido, “pode-se dizer que as teorias de justiça antigas partem da virtude, enquanto as modernas começam pela liberdade”.¹¹

Segundo Sandel, a justiça pode ser abordada sob três formas. Em uma primeira, significa maximizar a utilidade ou o bem-estar para o maior número de pessoas; uma segunda forma de pensar a justiça está atrelada ao respeito à liberdade de escolha; e uma terceira forma manifesta-se por meio do cultivo da virtude e da preocupação com o bem comum.¹² Na perspectiva do trabalho ora proposto, quanto ao ideal de justiça, adota-se por referencial Aristóteles, filósofo que considera a terceira forma de justiça referida por Sandel.

Na contemporaneidade, o tema da justiça permanece importante e vem edificando debates bastante pertinentes e peculiares, pois todas as questões que envolvem a sociedade democrática e a lei são questões sobre a justiça, cabendo divergências entre certo e errado, entre justiça e injustiça.¹³

No conflito territorial entre indígenas e agricultores, uma faceta da (in)justiça pode ser avaliada na perspectiva das atuais decisões judiciais. A fim de avaliar o tema da resolução dos conflitos territoriais entre indígenas e agricultores na perspectiva da justiça ou da injustiça, elegeu-se uma decisão judicial envolvendo um caso emblemático do norte do estado do Rio Grande do Sul, que, até este primeiro bimestre do ano de 2015, vem suscitando inquietação. Assim, serão sucintamente abordados a repercussão e os apontamentos referentes à decisão proferida na Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (RS), movida pelo Ministério Público Federal em maio de 2006 contra a União – Advocacia Geral da União, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e o estado do Rio Grande do Sul.¹⁴

Inicialmente, cumpre referir que se trata de Ação Civil Pública com o objetivo de sanar a situação conflituosa que se instaurou no município de Getúlio Vargas/RS, em relação à Comunidade Guarani da Terra Indígena de Mato Preto, objetivando, em sede liminar, decisão determinando que seja suprida a omissão da União na conclusão do levantamento fundiário e na finalização do processo de demarcação de área de 223,8350 hectares na denominada “Reserva Florestal do Mato Preto”, nos Municípios de Getúlio Vargas, Erechim e Erebangó.

¹⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar; São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 494.

¹¹ SANDEL, Michel J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 9. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 18.

¹² *Ibidem*, p. 28-29.

¹³ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴ JFRS: Ação Civil Pública nº 2006.71.17.001628-1 (RS). Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfrs&documento=6764902&DocComposto=&Sequencia=&hash=a5e6ca44b8c7c853a8ab055a727d4862>. Acesso em: 10 jun. 2013.

O Ministério Público Federal requereu que fosse determinada à FUNAI a finalização do procedimento de demarcação¹⁵ dos limites das terras indígenas na localidade. Requereu ainda que, em não havendo cumprimento pela FUNAI de tal solicitação, seja procedida à demarcação judicial da área. Por fim, pleiteou, depois de realizado o processo de demarcação da terra indígena, a condenação do estado do Rio Grande do Sul e do INCRA ao reassentamento e ao pagamento de indenização às famílias de agricultores com propriedades na área demarcada.

Na Ação Civil Pública, no exercício do contraditório, o INCRA apresentou manifestação informando que está aguardando decisão da FUNAI quanto aos limites da área indígena em comento, para posteriormente adotar as providências cabíveis junto ao governo do estado do Rio Grande do Sul. A FUNAI manifestou-se informando que os trabalhos de identificação e delimitação já estavam em estágio avançado de desenvolvimento, afirmando inexistir omissão quanto à demarcação da Área Indígena de Mato Preto e juntando petição noticiando que a área a ser demarcada seria de aproximadamente 650 hectares e não somente os 223 hectares iniciais. Também foi juntada manifestação da Comissão de Agricultores da área, sustentando não se tratar de área indígena.

Por sua vez, o estado do Rio Grande do Sul manifestou-se salientando ao juízo que: nunca reconheceu o pedido ou obrigou-se a indenizar, pois não reconheceu a área da Reserva de Mato Preto como indígena, não a colonizou ilegalmente e não se obrigou a expulsar, reassentar ou indenizar as famílias residentes na Reserva de Mato Preto; que compreende haver a impossibilidade jurídica de sentença condicional, pois a eficácia da sentença depende da conclusão do laudo antropológico da FUNAI, devendo as condições da ação estar presentes no seu ajuizamento; que a área de Mato Preto não é indígena, pois não há no laudo antropológico elemento consistente que indique ser a área pretendida área tradicionalmente ocupada, conforme a Constituição Federal e a Constituição Estadual; que a obrigação de indenizar do estado, prevista no artigo 32 do ADCT da Constituição Estadual, destina-se a áreas já definidas pelo estado como áreas indígenas em trabalho feito de 1911 a 1918, não abrangendo a Reserva Florestal de Mato Preto; que é competência originária do Supremo Tribunal Federal o conhecimento do processo, uma vez que opondo-se o Estado à pretensão do MPF e da FUNAI à demarcação, há uma situação de conflito entre entes federados, conforme prevê a alínea “f”, do inciso I, do artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, em maio de 2011, foi publicada sentença baseada no entendimento de que não é objeto do feito a caracterização ou não da área como indígena, considerando matéria que deve ser discutida na seara administrativa ou em posterior ação própria a ser ajuizada pelas partes interessadas. Nesse sentido, foi julgado procedente o pedido inicial.

¹⁵ Processo Administrativo/FUNAI sob o nº 08620.1150/07 (Processo FUNAI/BSB/1150/07).

Logo após proferida a sentença, o estado do Rio Grande do Sul apresentou Embargos Declaratórios, para que fossem supridas omissões, contradições e obscuridades, alegando a falta de encerramento formal da instrução, a ilegitimidade do estado do Rio Grande do Sul, além de afirmar que a sentença é condicional e contraditória e a decisão é *ultrapetita*. Em apreciação aos embargos, o juiz entendeu ter sido a instrução encerrada, considerando os limites da inicial, sendo desnecessária a prova de ser a área indígena, pois tal caracterização não é objeto do processo, além do que, sem apreciar os demais pontos, referiu que os Embargos pretendem atacar o mérito, não devendo o Juízo responder a questionários jurídicos dos litigantes.

No prazo legal, o estado do Rio Grande do Sul, por meio da 18ª Procuradoria Regional, apresentou suas razões de apelação devidamente fundamentadas, indicando inicialmente, na contestação, sua ilegitimidade, uma vez que a pretensão era dirigida contra a FUNAI e a União, não sendo competência estadual a matéria dos autos. Ademais, por estar em trâmite o processo administrativo de demarcação, a qualidade de ser terra indígena não estaria definida, havendo documentação comprovando que seria uma reserva florestal decorrente de sobra de áreas em construção de ferrovia.

Na apelação, acerca das nulidades da sentença, o estado arguiu a falta de prestação jurisdicional e a existência de vício quanto à observância do direito fundamental ao devido processo legal. Pode-se observar, através da leitura da sentença mal redigida, de poucas laudas, que agora a questão superficialmente apreciada do encerramento precipitado do processo, deveriam ter sido enfrentados pelo órgão julgador os demais levantamentos, sob pena de omissão e cerceamento do direito constitucional à jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos, LIV e LV da CF), bem como de vício ao próprio art. 535 e incisos do CPC.

O julgamento antecipado só é possível quando a questão for unicamente de direito ou quando não houver a necessidade de produção de prova. O caso em tela trata de direitos públicos indisponíveis, o que impede a transação. Não obstante isso, o estado pediu expressamente a produção de prova em contestação (folha 826), havendo cerceamento de defesa com o encerramento abrupto do processo.

Também foram levados a conhecimento nos autos, cópia de difundido Mapa Etnográfico de Curt Nimuendaju, feito no início do século passado, que demonstra não haver correntes migratórias guaranis em Mato Preto e cópia da Resolução nº 1.605/68 da Assembleia Legislativa do estado, que já havia aprovado o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, que reconheceu o direito de posse dos índios sobre os toldos demarcados e proposta a recuperação progressiva de todas as áreas ocupadas, não incluindo a área de Mato Preto, evidenciando que o estado não colonizou irregularmente esse espaço, eis que a colonização se deu anteriormente a 1910, quando as colonizações indevidas de áreas indígenas pelo ente federativo ocorreram em

1941, conforme Processo nº 1819/41 da Secretaria da Agricultura. Aliás, prova contundente é o laudo antropológico que reconhece a existência de um cemitério de colonos poloneses na área, com lápides datadas de 1908 a 1927, o que é anterior às demarcações feitas pelo estado no período de 1911 a 1918. O juízo, entretanto, não apreciou essas alegações, nem para acolher, nem para afastar, mesmo tendo sido provocado a manifestar-se.

Ademais, no que tange à contradição da sentença condicional, cumpre ressaltar que o objeto da ação é a demarcação da área conhecida como Reserva do Mato Preto. Assim, é causa de pedir a condição de ser a área tradicionalmente indígena. A sentença, no entanto, condena a União a declarar os limites da terra indígena em trinta dias, determinando a demarcação, definindo diligências necessárias ou desaprovando a identificação da área. Isto é, a sentença reconhece que o processo administrativo é que reconhecerá ou não a área como indígena e, contraditoriamente, condena o estado ao reassentamento dos ocupantes não índios em 120 dias, sob pena de multa. Ora, a decisão é contraditória, pois admite a possibilidade de a área não ser indígena, condicionando a eficácia da sentença à conclusão do laudo antropológico da FUNAI.

Por conseguinte, também cumpre ressaltar que o formato do processo administrativo para demarcação de área indígena, regulado pelo Decreto 1.775/96, apesar de este já ter sido declarado constitucional pelo STF em controle concreto, permanece suscitando dúvidas quanto à observância, no caso concreto, de algumas garantias fundamentais do devido processo legal, tais quais: a) unilateralidade/parcialidade; b) ampla defesa; c) contraditório; d) igualdade; e) direito a uma decisão justa; f) direito à vida e à dignidade da pessoa humana; e h) direito de propriedade. Tal Decreto, em seu artigo 1º, estabelece que a demarcação administrativa é de iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio (FUNAI) e o procedimento será fundamentado em trabalhos realizados por antropólogos de qualificação reconhecida, que irão elaborar estudo antropológico de identificação (art. 2º). Ressalta-se que o grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases (art. 2º, § 3º). Quanto a representatividade, defesa, acompanhamento ou participação, durante a tramitação do procedimento administrativo de demarcação, por agricultores, proprietários ou ocupantes das áreas requeridas, o Decreto oportuniza o exercício do contraditório e da ampla defesa. Contudo, entende o MPF que o fato de o STF ter declarado a constitucionalidade do Decreto, sinalizando que este prevê o exercício do contraditório e da ampla defesa, não isenta o procedimento administrativo de graves falhas e violações.

A CF/88 é bastante clara ao reconhecer, no artigo 5º, inciso LV, o direito que se estende àquele que litiga, em processo judicial ou administrativo, de exercício do contraditório e da ampla defesa. Também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27, de

29 de maio de 1992, garante, em seu artigo 8º, o contraditório e a ampla defesa. Por essa razão é que o Decreto 22/1991 foi substituído pelo Decreto 1.175/96, haja vista que o primeiro, de fato, é que permitia a violação ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo.

De tal forma, em novembro de 2012, o estado do Rio Grande do Sul requereu a suspensão da execução de decisão antecipatória de tutela proferida na supracitada Ação Civil Pública, indicando como requisitos para a suspensão: a grave lesão à ordem, à saúde e à segurança pública e a iminência de grave conflito social; o manifesto interesse público; a ilegitimidade do estado; as nulidades processuais; o laudo antropológico fraudulento; o vício ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

Em dezembro de 2012, foi concedida a suspensão para a demarcação de Mato Preto, sob a fundamentação de haver necessidade de preservação do interesse público diante de ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia pública e que o caráter excepcional da demarcação de terras impõe o máximo rigor na averiguação dos pressupostos autorizadores, caso a caso. Também foi considerado ser este procedimento de alta complexidade, não apenas pelas dificuldades inerentes ao levantamento fundiário, mas pela extensão da área e pelas peculiaridades da região, altamente produtiva e ocupada por cerca de 385 famílias de agricultores. Concluiu a magistrada que devido ao caráter irreversível das providências, que evidenciam risco de lesão grave à ordem pública, cabe a suspensão dos efeitos da medida antecipatória.

Quanto ao conflito e à decisão judicial ora analisados, no que tange à (in)justiça, cabe tecer alguns comentários. Para Aristóteles, a justiça é uma virtude moral, percebida como a “[...] disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto”.¹⁶ Contudo, em que pese essa definição geral, cabe o destaque de que ela se estende às disposições de caráter e não às ciências e faculdades, como se passará a avaliar.

De tal modo, também há que se considerar que “[...] o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme a lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei, e dizemos que cada um deles é justo”. É a lei que determina a prática de atos pelo homem, ou seja, a lei prescreve certos atos e condena outros.¹⁷ Transportando esse entendimento de justo e injusto para a decisão analisada, pode-se afirmar que, devido ao fato de o juiz, para proferir a decisão, não ter levado em consideração a tramitação exigida pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil, agiu injustamente, pois agiu em desconformidade com a lei.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed., São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 94.

¹⁷ *Ibidem*, p. 96.

Por conseguinte, o justo é uma espécie de termo proporcional, é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional. Outra espécie de justiça que cabe referir aqui é a justiça corretiva, na qual o juiz diz a justiça tentando corrigir uma espécie de desigualdade, restabelecendo a igualdade. Outrossim, no caso de disputas por direitos, recorrer ao juiz é “[...] recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas procuram o juiz como um intermediário [...] na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo” e, nas palavras de Aristóteles, o “justo é um meio-termo já que o juiz o é.”¹⁸

Partindo dessa afirmação de Aristóteles, na análise das circunstâncias elucidadas, há a possibilidade de compreender que, se o justo é o meio-termo que o juiz determina enquanto intermediário na resolução de um conflito, o juiz, ao não observar a lei (que é um critério de justeza estabelecido) na tramitação do processo, adotou uma decisão desproporcional e, conseqüentemente, injusta. Em outros termos, se para Aristóteles o “magistrado é um guardião da justiça e, portanto, também guardião da igualdade”¹⁹, pode-se compreender que se ele adotou decisão desproporcional, não é guardião da justiça e sim da injustiça, sendo sua decisão não apenas injusta para as partes, mas para toda a sociedade, pois, ao violar a lei, viola também a equidade e a segurança jurídica.

Corroborando o acima exposto,

[...] se um juiz decidiu mal por ignorância, não age injustamente com respeito à justiça no sentido legal, e sua decisão não é injusta neste sentido, mas em outro sentido é efetivamente injusta (pois a justiça legal e a justiça primordial são diferentes); mas se julgou injustamente, com conhecimento de causa, ele mesmo está visando a um quinhão excessivo, seja de gratidão, seja de vingança.²⁰

Por fim, quanto à equidade e o equitativo e sua relação, respectivamente, com a justiça e o justo, cumpre destacar que “o que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disso é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares”. Assim, o procedimento estabelecido pela lei não deixa de ser correto, “[...] pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie”. Por isso, “o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao

¹⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed., São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 100-102.

¹⁹ Ibidem, p. 107.

²⁰ Ibidem, p. 114.

erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal”.²¹ Nesse sentido, a natureza do equitativo é a correção da lei quando esta é deficiente em função da universalidade.

Numa palavra final quanto à (in)justiça acarretada por um Decreto inconstitucional e por uma decisão que viola preceitos fundamentais, cabe concluir que carece de “equitatividade” qualquer análise judicial que estabeleça direitos que, no caso concreto, estejam em conflito, e estes sejam superficialmente analisados diante de uma lei universal, sem a necessária avaliação das nuances que o caso concreto suscita, numa perspectiva da implicação social, econômica, política e jurídica da decisão. Decisões que não são equitativas (justas) comprometem o ideal de equidade (justiça) e acarretam insegurança jurídica.

Por outro lado, uma segunda perspectiva da (in)justiça diante dos conflitos territoriais pode ser percebida a partir da análise da (in)tolerância quanto à garantia do direito indígena ao solo, nos casos em que tal direito está configurado a partir do texto constitucional.

Tecido um breve resgate histórico das políticas indigenistas adotadas no Brasil e do reconhecimento dos direitos indígenas nas Constituições, é possível observar uma evolução gradativa em relação a tais direitos, em especial do direito à posse de terras tradicionalmente ocupadas, que consta pormenorizado na Constituição Federal de 1988. De tal forma, tendo a Constituição assegurado direito à posse de terras às comunidades indígenas e, ao mesmo tempo, assegurado o direito à propriedade privada na área urbana e rural (desde que cumprida a função socioambiental), foram estabelecidos diversos embates sociais nos quais se pleiteiam, por um lado, a garantia de um direito individual e, por outro, a garantia de um direito nascido a partir de uma terceira dimensão de direitos que reconhece a cultura, a diversidade e os direitos coletivos como direitos de uma sociedade democrática e pluralista. Diante destas circunstâncias, é preciso buscar soluções que não apontem para um conflito de direitos, mas sim para o diálogo envolvendo valores ou virtudes políticas fundamentais, onde se insere a tolerância e o questionamento acerca dos limites da lei.

A ideia de tolerância, embora advinda de contendas teológicas, foi incorporada ao debate político e passou a significar a “[...] aceitação das convicções dos outros”. Foi Pierre Bayle quem retirou o debate da tolerância do campo religioso, transferindo-o para o âmbito da legislação moral. Por outro lado, com John Stuart Mill, houve a sistematização de argumentos que propiciaram a ligação do conceito de tolerância com o conceito de liberdade, através do exercício do direito à opinião divergente. Contudo, foi somente na contemporaneidade que houve a “[...] reformulação do conceito liberal de tolerância, fazendo com que o pensamento social revisse a ideia original

²¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed., São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 116.

de Mill, ampliando a sua abrangência ao demonstrar que existem laços necessários, não somente entre tolerância e liberdade [...]”.²²

É possível observar que o crescimento da intolerância aumenta em sociedades que negam o pluralismo. Em razão disso, no debate sobre a tolerância atrelado à diversidade dos conflitos étnicos, “[...] a reflexão filosófica passou a procurar uma justificativa moral para a virtude da tolerância na sociedade democrática contemporânea”.²³ Ademais,

O pensamento social contemporâneo procura, depois de reconhecer a importância funcional da ideia de tolerância para a prática política e a ordem jurídica, preencher o vazio que mina a expressão, provocado pelo relativismo e falta de convicções intelectuais na sociedade contemporânea, onde a tolerância acabou por significar o nivelamento comum de todas as ideias e convicções, como se todas tivessem o mesmo valor.²⁴

Também há que se ressaltar a aparente relação conflituosa que permeia a natureza das relações de tolerância e democracia, que levam ao desvelamento de uma incompatibilidade entre os dois conceitos que, *prima face*, podem parecer excludentes um do outro. Em que pese às dificuldades de compreensão acerca da função da tolerância na teoria social e política, a teoria contemporânea da justiça contempla a tolerância como uma virtude atrelada à equidade. No que se refere à tolerância, John Rawls esboça que

[...] as democracias liberais contemporâneas caracterizam-se por serem pluralistas, onde coexistem uma pluralidade de concepções do bem; O Estado nesse contexto não pode empregar a força para impor os valores ou crenças da maioria dos grupos minoritários. O princípio da tolerância imprime à ação do poder público a necessária neutralidade face aos valores e práticas religiosas, morais e estéticas, que não sejam compartilhadas pela maioria da coletividade.²⁵

Por outro lado, é possível perceber que no final do século XX a tolerância social apresenta-se bastante proeminente nos debates sobre a justiça, pois em uma sociedade culturalmente e economicamente diferenciada, como é o caso das sociedades democráticas e pluralistas, a convivência requer tolerância social. Assim, o direito passa a ter função corretiva diante das situações de desigualdade e injustiças.

²² BARRETTO, Vicente de Paulo. Tolerância, Exclusão Social e os Limites da Lei. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 191-192.

²³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Tolerância, Exclusão Social e os Limites da Lei. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 193.

²⁴ *Ibidem*, p. 193.

²⁵ *Ibidem*, p. 195-196.

No caso em tela, para o reconhecimento do direito indígena ao solo, é imprescindível que haja tolerância, no sentido de reconhecimento do direito do outro e flexibilização de alguns direitos que até há pouco tempo eram tidos como absolutos ou preponderantes. Aliás, cumpre destacar que a pobreza e as diferenças culturais evidenciam como os direitos sociais conflitam com os direitos do estado liberal, em especial com o direito de propriedade. Para Vicente de Paulo Barretto, no primeiro momento do processo de democratização do Estado liberal, os direitos sociais surgiram mais como forma jurídica desse processo de democratização, e, em virtude disso, estão demorando para serem implementados.²⁶

De certa forma, a ordem legal beneficia a perpetuação da intolerância, muito embora a legislação vigente não favoreça diretamente a desigualdade e a exclusão. A intolerância étnico-cultural pode ser percebida até mesmo nas decisões judiciais, nas quais, na aplicação da lei, torna-se ausente qualquer consideração sobre o impacto social da aplicação do Direito. A consequência desse tipo de “legalismo discriminatório” (se é que assim se pode determinar) é a exclusão de grupos sociais do sistema de garantia de direitos.

No que tange ao reconhecimento do direito indígena ao solo, é possível admitir que talvez a intolerância persista em razão do desconhecimento da história do direito indígena e do receio de que as transformações sociais venham a sobrepor os direitos culturais em detrimento de direitos individuais. Por fim, somente poderá se falar em justiça a partir do momento em que houver tolerância quanto aos direitos dos outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos abordados neste texto, muito pouco se buscou em termos de respostas para o presente momento, até porque uma resposta pode ser apenas um possível rebate à demanda por justiça, além de outras várias que podem surgir a partir dos questionamentos que se buscou instigar. Assim sendo, não há respostas definitivas, há respostas coerentes para cada momento histórico vivido, desde que estas levem em consideração a pluralidade de interesses em jogo e visem à equidade como elemento fundamental.

Com a abordagem de uma questão tão complexa como o conflito territorial entre indígenas e agricultores (utilizando como base para a discussão decisão polêmica proferida para caso ocorrido no norte do estado do Rio Grande do Sul), não se pretendeu esgotar o tema, mas, sim, instigar questionamentos acerca da justiça ou da injustiça na resolução de tais demandas, que vêm se tornando frequentes. De tal forma, o que se buscou foi a análise do tema na perspectiva da contribuição da teoria da justiça em Aristóteles e Sandel, a fim de avaliar se o procedimento administrativo de demarcação de terras

²⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Tolerância, Exclusão Social e os Limites da Lei. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 200.

indígenas, bem como a decisão judicial na Ação Civil Pública proposta para o caso da “Reserva Florestal de Mato Preto”, foram pautados pela equidade ou pela iniquidade.

Nesse sentido, o presente estudo partiu de uma abordagem do direito indígena a partir da Constituição Federal de 1988 e permeou uma breve explanação da tensão social gerada pela demanda de demarcação de terras indígenas, que vem fazendo com que emergjam debates suscitando a avaliação da resolução dos conflitos territoriais em uma perspectiva da (in)justiça e da (in)tolerância. Por fim, é possível assinalar que justiça é uma virtude moral em que se insere a preocupação com o bem comum, que somente é passível de ser realizada a partir do exercício de outra virtude: a tolerância.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed., São Paulo: Martin Claret, 2013.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar; São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- _____. Tolerância, Exclusão Social e os Limites da Lei. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- CARINI, Joel João. *Estado, Índios e Colonos: o conflito na reserva indígena de Serrinha-norte do Rio Grande do Sul*. Passo Fundo: UPF, 2005.
- CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.
- SANDEL, Michel J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 9. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- TOURINHO NETO, F. C. *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.
- VILAS BOAS, Márcia Cristina Altwater. *Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática: da integração à interação*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.