

DIFERENÇAS ÉTNICAS, DIREITO E RETÓRICA: O JULGAMENTO DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PET 3388/RO

Marília de Ávila e Silva Sampaio¹

■ APRESENTAÇÃO DO TEMA

A Constituição brasileira, em seu art. 1º, define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político. Entre os objetivos fundamentais da República destaca-se o propósito de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preceitua o art. 3º, IV.

Já o art. 231 da Constituição reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Assim, estabelece o texto constitucional necessidade de convivência entre culturas com valores e visões de mundo diferentes dos índios e não índios, implantando, em nível normativo, os parâmetros de convivência entre essas diversas culturas. Isso significou uma clivagem em relação ao sistema constitucional anterior, marcado por forte influência do positivismo jurídico e pela confusão dos “diferentes grupos sociais minoritários no interior da nação com uma idéia totalizante de povo homogeneamente pensado, sem contemplar quaisquer especificidades”, consoante afirma René Marc da Costa Silva. (SILVA, 2009, p. 23)

Entretanto, o que se verifica na prática é a grande dificuldade de compatibilização entre o respeito dos desiguais e a salvaguarda e implementação de direitos relativos aos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecidos por

1 Juíza de Direito do TJDF.

quem não pertence aos grupos indígenas. Sobretudo no campo dos julgamentos de questões judicializadas referentes à demarcação das terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal, o que se verifica é que o texto usado como parâmetro de reconhecimento dos direitos, não raras vezes estabelece o respeito à diferença somente em nível discursivo, retórico. Mas o que subjaz ao texto é a imposição da visão de mundo, valores e cultura majoritários, de “brancos de classe média” que tem a incumbência de decidir a questão, o que frequentemente é fruto de uma visão paternalista e assistencialista, reproduzindo, no mais das vezes, as tradicionais desigualdades da sociedade brasileira.

O que pretende o presente ensaio, então, é analisar se e como o direito pode dar conta de garantir o efetivo reconhecimento e o respeito ao outro, no caso o índio, numa sociedade com acentuadas diferenças étnicas e culturais, enfatizando a diversidade de valores e etnias, mas ao mesmo tempo, não permitindo que tais diferenças degenerem em conflitos destrutivos para os diversos grupos envolvidos. Como dar um tratamento normativo à diferença, sem que haja uma prevalência dos valores de determinados grupos nos procedimentos normogenéticos do direito no Estado Democrático de Direito? E por fim, pode o Estado Democrático de Direito dar respostas aos problemas de exclusão social e de intolerância à diferença, sem impor o fim dessa diferença?

Para a análise de tais questões foi escolhido o emblemático julgamento do STF na demarcação das terras da reserva indígena Raposa Serra do Sol, na PET 3388 Roraima, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, com a descrição do julgamento completo, incluindo os votos de todos os Ministros daquela Corte, que será apresentado a seguir, com vistas à definição dos contornos que irão balizar a discussão².

■ O JULGAMENTO DA PET 3.388

O STF, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente a ação popular ajuizada pelos Senadores Augusto Afonso Botelo e Mozarildo Cavalcanti, impugnando

2 A idéia do outro do poder dificilmente consegue vir sem uma grande narrativa dos contornos de apresentação da discussão proposta e no presente texto isso não será diferente. Este o método utilizado por Rene Marc da Costa Silva, que ao apresentar o propósito do texto Estado pluriétnico, pluralismo jurídico e pós-colonialismo, afirma que o propósito da narrativa é o de tecer “algo mais do que uma arquitetura abstrata, coerente, mas vazia de implicações concretas.” (Silva, 2009, p. 29)

o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Os autores tiveram como assistentes o Estado de Roraima e Lawrence Manly Harte e outros, representando os plantadores de arroz, já assentados no local desde 1992 e a ré, União Federal, teve como assistentes a Fundação Nacional do Índio – FUNAI e as comunidades indígenas Socó, Barro Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai.

Os debates da ação popular giraram em torno dos vícios eventualmente existentes no processo de demarcação, que não teria respeitado as normas aplicáveis à espécie, bem como não teria ouvido todos os interessados na questão. Alegou-se ainda que a reserva da área de forma contínua traria consequências desastrosas para o Estado de Roraima, o qual seria mutilado em parte de seu território; que haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais, com a fixação da reserva em faixa de fronteira e que haveria prejuízo aos legítimos interesses dos “não-índios”, que habitavam a região há muitas gerações tornando-a produtiva.

O voto do relator parte da fixação de um conceito constitucional de índio, a definição de terras indígenas e do parâmetro de um constitucionalismo fraternal, este como igualdade civil-moral das minorias. A definição de terras indígenas tem sentido sociocultural e não político e são terras que constituem propriedade física na União, mas nem por isso os índios deixam de manter vínculos jurídicos com os estados e municípios que os envolvem.

Ressaltou que o processo histórico de discriminação dos indígenas se deu não só pelos estados e municípios, que os veem como empecilho ao desenvolvimento extrativista e pela perda de território, mas também pela elite oligárquica que compõe o Estado-instituição.

Apontou o conteúdo positivo da demarcação: a) o marco temporal foi 5/10/1988; b) o marco da tradicionalidade da ocupação – transmissão da terra de geração em geração; c) correta abrangência fundiária à finalidade prática da ocupação – a terra é possuída como parte elementar da personalidade do grupo e dos índios e d) o marco do conceito fundiariamente extensivo – princípio da proporcionalidade: em matéria de terras indígenas, por aplicação da metodologia diatópica, a demarcação ganha contornos extensivos. “Se para os não índios as terras são somente

aquilo que os índios necessitam, para os índios elas representam tudo que for necessário ou imprescindível.” (p. 305)

Quanto ao formato de demarcação, o relator definiu como sendo contínuo e monoétnico, sendo que os princípios federativos e da livre iniciativa só se aplicam a terras não contínuas indígenas.

Quanto à alegação dos assistentes da União no processo de que sua ocupação é um direito adquirido, o relator rebate, alegando que a própria Constituição desqualifica a alegação de direito adquirido dos não índios, impondo indenização às benfeitorias de boa-fé, em caso de ocupação.

O relator votou, em princípio, pela improcedência da ação popular sob julgamento, mas posteriormente, refez seu voto, para, aderindo o pronunciamento do Ministro Menezes Direito, estabelecer condições de usufruto das terras pelos índios.

Seguiu-se o voto do Ministro Menezes Direito, que apresentou um relatório mais detalhado do que o do relator. No mérito, apresentou o primeiro tema de debate como sendo a ausência de vícios no processo de demarcação que possibilitou a ampla manifestação dos interessados, incluindo as comunidades indígenas, bem como os Municípios e Estados Federados.

O segundo tema de debate no voto de Menezes Direito foi o que chamou de irregularidades materiais que dizem respeito à demarcação contínua e a extensão dessa demarcação: a) o conceito de terra indígena – utiliza o mesmo marco temporal do relator, 5/10/1988 e também a questão da tradição; b) substituiu a teoria do indigenato pela teoria do fato indígena em 5/10/1988, considerando a presença indígena cientificamente comprovada na data da promulgação da Constituição; c) reconhece que os direitos dos índios são insuscetíveis de prescrição aquisitiva; d) as terras indígenas, uma vez demarcadas, sujeitam-se a um estatuto jurídico próprio (usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios, lagos, salvo quando houver interesse da União. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou qualquer outro negócio jurídico, que lhe restrinja o usufruto; é proibida a caça e a pesca ou coleta de frutos a não índios nas reservas; os direitos indígenas relativos à terra são imprescritíveis e suas terras inalienáveis e indisponíveis; a demarcação esgota a identificação das terras, nos termos constitucionais, não podendo ser objeto de posterior alteração pelo Ministro da Justiça).

Afirma que a Declaração dos povos indígenas não tem força normativa no direito interno.

No que tange à questão do equilíbrio com o meio ambiente e as zonas de fronteira, o Ministro afirma que a matéria deve ser resolvida a partir do princípio da unidade da Constituição, reconhecendo a possibilidade de tripla afetação dessas áreas, como terras indígenas, como áreas de proteção ambiental e com a possibilidade de instalação de bases militares independente de consulta às comunidades indígenas do lugar.

A Ministra Carmem Lúcia começa seu voto com uma observação de caráter procesual: o pedido da ação popular é tão somente a declaração de nulidade da portaria 534/2005, a qual estabeleceu o procedimento de demarcação viciado, lembrando que o voto do relator julgou improcedente o pedido com base nisso. Os demais pedidos relativos ao Parque Nacional Monte Roraima, a posse anterior a 1934, as terras do INCRA, exclusão das faixas de fronteira, plantações de arroz irrigadas e as demais benfeitorias construídas nas terras, são todos pedidos do Estado de Roraima, que os formulou na condição de litisconsorte, mas essa condição não foi aceita e o Estado foi admitido no processo como assistente e, nessa condição não poderia formular pedidos.

Neste ponto impende registrar que apesar da objeção da Ministra Carmem Lucia, ambos os Ministros que a antecederam, assim como o resultado final do julgamento, levaram em conta os pedidos formulados pelos assistentes, a despeito do fato de, processualmente, não poderem formular pedidos.

Aliás, chama ainda atenção o fato de que a jurisprudência consolidada do STF apontava no sentido de não ser possível o ajuizamento de ações populares no âmbito daquele Tribunal, mas o que foi objeto do julgamento na PET 3388 foi justamente a ação popular, admitida em nome da existência de um conflito federativo, envolvendo o Estado de Roraima. Ocorre que o Estado, além de não ter sido admitido como litisconsorte, mas tão somente como assistente, somente passou a integrar o processo no julgamento, com o pronunciamento oficial do relator.

O fato é digno de registro a partir do voto da Ministra Carmem Lucia, o qual chama atenção para a questão dos limites do julgamento pelo STF, mas as implicações

desse posicionamento do STF refogem aos limites do presente texto, razão por que não serão analisadas.

No mérito, a Ministra traçou um extenso apanhado histórico da demarcação das terras indígenas no Brasil, afirmando que a CF/88 inovou nos princípios e regras asseguradores dos direitos dos índios e indigenato. Ao final, concluiu pela não existência de nulidade no processo de demarcação das terras, pela não participação do Estado de Roraima, pois o processo de demarcação da área iniciou-se em 1975 com a FUNAI, sendo, portanto anterior a própria criação do Estado.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a parte relativa aos índios na Constituição Federal contou com a aprovação de 497 votos favoráveis dos constituintes e foi fruto de amplo acordo, que compreendeu diversos partidos e setores sociais, o que confirma a legitimidade do tratamento constitucional dado ao tema.

Quanto à alegação de afronta ao pacto federativo, afirmou o Ministro que o federalismo atual não corresponde mais à sua concepção clássica e dualista, típica do estado liberal, que preconizava o máximo de descentralização e mínimo de intervencionismo governamental. Hoje o federalismo é marcado pela cooperação e complementaridade nas ações dos atores do processo político institucional, o chamado federalismo cooperativo ou de integração.

Afirmou que quando o Estado de Roraima foi criado os índios já ocupavam o lugar, sendo certo que a demarcação não tem caráter constitutivo, mas tão somente declaratório, pendendo de reconhecimento tão somente a exata dimensão da área destinada à demarcação. Assim, não há afronta ao pacto federativo, quando o que está em jogo é o exercício de uma competência do Governo Central, delimitada na própria Constituição.

Já em relação ao pedido dos assistentes, decidiu que não há qualquer problema na existência de dupla afetação das áreas de fronteira existentes na faixa demarcada e que as terras indígenas são bens de uso especial.

Por determinação constitucional, as terras indígenas não podem ser objeto de posse legítima, a não ser pelos próprios índios e, como estes exercem uma posse, não poderia haver a demarcação em ilhas.

Ao final, aderiu o entendimento do Ministro Menezes Direito, afirmando que o STF com este julgamento está fixando o regime jurídico das terras indígenas.

Em seu voto o Ministro Eros Grau reconheceu que há compatibilidade plena entre soberania e reconhecimento dos direitos indígenas, que são originários. Na sua concepção, a utilização das terras por agentes econômicos privados constitui invasão de propriedade pública.

Afirmou que o interprete da Constituição Federal deve realizar sua tarefa atento aos movimentos reais de poder, compreendendo o momento histórico no qual as normas são produzidas, atentando-se para o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa, realizando uma interpretação autêntica. Ocorre que toda interpretação autêntica tem como limite o próprio texto, sob pena de tornar-se a prática jurisdicional um exercício de subjetivismo.

No mérito, acompanhou o voto do Ministro Menezes Direito.

Para o Ministro Joaquim Barbosa o procedimento de demarcação das terras foi regular, observando os limites da legislação aplicável ao caso. Concluiu também que não houve lesão ao patrimônio público, assim como não há afronta à segurança e à defesa nacional, pois o Decreto 534/2005 exclui da demarcação o 6º Pelotão de Fronteira e os bens públicos até então existentes no local.

Concluiu que não existem efeitos deletérios para a economia do Estado de Roraima com a demarcação, pois a exploração da área pelos não índios representa apenas 1,75% do PIB do Estado e o arroz poderá ser cultivado em outras áreas.

Bem assim, no que concerne aos alegados danos ao meio ambiente pelos índios na demarcação, contra argumentou o Ministro que a exploração agrícola como vem sendo feita é que causa danos ao meio ambiente e que a demarcação é que vai efetivar a proteção ao meio ambiente.

Concluiu que não há risco ao equilíbrio federativo, pois a área demarcada corresponde a 7% do total da área do Estado.

Por fim, posicionou-se pela demarcação contínua e não por ilhas, ao argumento de que tal decisão é questão afeta ao âmbito discricionário do ente político ao qual a Constituição atribuiu a tarefa, não sendo assunto afeto ao Poder Judiciário.

Concluiu seu voto pelo julgamento de improcedência da ação popular.

O voto do Ministro Marco Aurélio começa por invocar imperfeições formais no processo, inclusive no que tange à composição do polo passivo da demanda, indicando a ausência das etnias indígenas interessadas, bem como a ausência do MPF. Aponta ainda a ausência da prova pericial judicial, pois não houve a realização dessa prova no âmbito do STF, concluindo pela necessidade de saneamento do processo para citação e intimação dos faltantes e produção de prova pericial e testemunhal.

No mérito o Ministro advertiu sobre o grave risco de criação de uma soberania paralela em relação aos indígenas, por conta do tratamento hipertrofiado da questão. Reconhece que existe o comando constitucional de demarcação da terra indígena, mas salienta que não existe um modelo demarcatório claramente definido, se em ilhas ou contínuo.

Demais disso, no mérito, assevera que a propriedade privada é assegurada não só na Constituição Federal, como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – pacto de San José da Costa Rica.

Acresce que não é razoável a aplicação do fato indígena para a demarcação de uma área com 19 mil índios em um espaço 12 vezes maior do que o estado de São Paulo, onde vivem 11 milhões de pessoas. Segundo o Ministro:

(...) somente em um passe de mágica se pode conciliar o ditame constitucional no sentido da preservação da posse indígena existente em 1988 – terras ocupadas – com a desproporcional demarcação contínua. Os fenômenos se contrapõem. A lei do menor esforço, no que se deixou de levantar os espaços territoriais realmente ocupados pelos indígenas e protegidos, a partir de então, com a pecha de nulidade de atos de transferência subsequentes, mostra-se nefasta e não atende aos interesses maiores de nacionalidade, harmonizando-se, isto sim, com as diversas sinalizações internacionais de cunho separatista. Não se pode mesmo crer que em 1988, número limitado de indígenas ocupasse, de forma contínua, área tão vasta.

Por fim, o voto do Ministro Gilmar Mendes ressalta o caráter propedêutico da decisão no caso vertente, em face de outros processos de demarcação futuras.

Chama atenção para o processo histórico de fixação do conceito de posse indígena, saindo da ação civil originária 278, onde se firmou o precedente de que a posse indígena deveria coincidir com a posse civil, até a revisão deste conceito pelo STF, em 1993.

No que tange à discussão acerca da regularidade do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas o Ministro listou precedentes do próprio STF, nos quais se reconheceu que não há afronta à ampla defesa e ao contraditório quando se estabelece um procedimento diferenciado nos processos de demarcação (MS 24045-8/DF; Rel. Min. Joaquim Barbosa e MS 25483-1/DF; Rel. Min. Carlos Brito).

No mérito o Ministro Gilmar trás um argumento não utilizado pelos demais, que diz respeito à coisa julgada administrativa no procedimento demarcatório. Diz o Ministro que terminado o procedimento demarcatório, sua revisão somente pode ser realizada por outro processo onde sejam observadas as mesmas cautelas dos procedimentos anteriores, não sendo admissível sua revisão por questões de conveniência e oportunidade. Isso, argumenta, se deve em nome da segurança jurídica, resguardando-se a previsibilidade das relações jurídicas e a tranquilidade social nas áreas contíguas demarcadas. Assim, a revisão do procedimento administrativo demarcatório somente poderia acontecer em casos excepcionais de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo.

Ressaltou ainda que as terras ocupadas pelos índios não são de sua propriedade, mas da União, devendo haver a ocupação harmônica dos índios em consonância com a garantia da soberania e da defesa nacionais. Assim, o arcabouço jurídico já existente autoriza a conclusão de que não existe óbice para o ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e Forças Armadas na área demarcada, atendidas as exigências legais.

No que tange às questões ambientais, o Ministro ressaltou que deve haver cooperação entre órgãos ambientais, FUNAI e comunidades indígenas interessadas. As decisões não dependem da aceitação formal das comunidades, mas reconhece que sua participação potencializa a eficácia da conservação ambiental.

Por fim, argumenta que as áreas ocupadas por fazendas e plantações de arroz, com títulos conferidos pelo INCRA não prevalecem sobre o direito do índio à demar-

cação de sua terra. Assim, o direito de não índios, ainda que a ocupação se de há muitas décadas, não pode prevalecer sobre o direito dos índios.

O relator aderiu ao voto do Ministro Menezes Direito, para reconhecer os procedimentos administrativos serem observados, além do previsto na Lei 4.717/65.

DIÁLOGO, RETÓRICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO MULTICULTURALISMO

Apresentamos o resumo dos votos dos Ministros que participaram da decisão acerca da demarcação das terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol, pois diante do reconhecimento do caráter propedêutico da decisão, é imprescindível reconhecer-se quais os argumentos lançados no debate da questão. Entretanto, dentro da proposta do presente estudo, no sentido de verificar a possibilidade do direito de dar conta do reconhecimento e respeito à diferença a partir dos parâmetros normativos estabelecidos para a questão, impõem-se a necessidade de mais uma baliza na discussão, a qual diz respeito aos limites do diálogo ou da retórica numa decisão democrática.

Iris Marion Yong afirma que:

(...) a comunicação entre perspectivas que transcendem umas às outras preserva a pluralidade que Hannah Arendt entendeu como condição de publicidade. A pluralidade de pontos de vista no público faz com que cada participante possa compreender melhor a sociedade pretende ou quais serão as possíveis consequências de uma política ao situar sua própria experiência e interesse num contexto mais amplo de entendimento de algo em situações sociais. (YOUNG, 2001, p. 377).

Ocorre que nem sempre é fácil estabelecer os limites entre o discurso racional e a retórica. Segundo Iris Young o discurso racional consiste em "fazer afirmações e apresentar motivos sóbrios para as mesmas, com conexões lógicas entre elas claramente explicitadas". (YOUNG, 2001, p. 382). Mas numa discussão em que pessoas diferentes, com objetivos, valores e interesses diferentes, tentam resolver problemas coletivos de maneira justa, não basta fazer afirmações e apresentar

motivos, sendo necessário saber escutar, o que raramente acontece nessas circunstâncias.

Daí a conclusão de que no mais das vezes a discussão acontece não no nível do discurso racional, mas no nível retórico. A mesma autora afirma que:

(...) com figuras retóricas um discurso constrói a posição do orador em relação àqueles que o escutam. Por meio da retórica o orador apela aos atributos ou experiências de sua platéia e a sua localização em relação a ela. (...) A retórica constrói o orador, a platéia e a ocasião ao invocar ou criar significados, conotações ou símbolos específicos, e tem essa função de conexão tendo ou não a platéia e o orador significados compartilhados.

E conclui que:

(...) uma das funções da retórica é atrair e manter a atenção. Os argumentos mais elegantes e verdadeiros podem ser incapazes de obter sanção se forem enfadonhos. (YOUNG, idem)

No mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos, em seu livro *O discurso e o Poder*, afirma que “a construção retórica do processo de decisão condiciona a própria decisão, mas esta, sem deixar de ser um produto do discurso, é também o discurso produzido; é simultaneamente a medida do discurso e o discurso medido.” (SANTOS, 1988, p. 20). E concluiu Boaventura que

(...) o discurso retórico, e, sobretudo o discurso jurídico, sendo simultaneamente dialógico e antitético, é também digressivo e lateralizado. Daí que o traçado da decisão entre por vezes em áreas que seriam consideradas proibidas, quer à luz dos critérios da lógica jurídico-sistemática, quer à luz das regras definidoras da competência e da jurisdição. A decisão tende a ser investida do propósito de contabilizar em pormenor os méritos relativos das diferentes pretensões, mesmo daquelas que à partida se situam fora do objecto da causa, mas de que os participantes têm conhecimento. (IDEM, p. 21)

De outra parte, Marcelo Neves adverte que valores étnicos e identidades étnicas excludentes de outros valores e identidades e que rejeitam ou negam a heterogeneidade cultural da sociedade, “são incompatíveis com o universalismo da justiça e da cidadania e, conseqüentemente, devem sofrer restrições da ordem jurídico-

-política.”(NEVES, 2001, p. 343). E não raro a base normativa do reconhecimento das diferentes etnias e valores muitas vezes desconsidera o conflito que se estabelece no confronto com interesses antagônicos dos grupos e que este conflito pode ser prejudicial ou mesmo destrutivo para o Estado e para a sociedade.

Assim, o que se viu no julgamento da demarcação das terras indígenas da reserva Raposa Serra do Sol, mais do que um exercício de reconhecimento do direito à diferença cultural e étnica dos índios ocupantes do local, foi o exercício retórico, típico do discurso de poder do direito. Apesar o moderno pluralismo jurídico, o STF no julgamento não reconheceu os índios como povo e rechaçou a subordinação da discussão aos tratados internacionais.

A despeito da legislação editada e das tentativas de implantação de um redirecionamento do modelo de relação do Estado brasileiro com os grupos étnicos minoritários, segundo observou Rene Marc Silva, “quanto mais tais redirecionamentos abriram espaço para uma gramática discursiva fortemente pautada pela necessidade de respeito, ações e medidas de promoção da igualdade e dignidade desses grupos sociais menos se conseguiu viabilizar no interior do poder público uma política étnica definida.” (SILVA, 2009, p. 24).

Roberto Cardoso de Oliveira resume a discussão ora apresentada, afirmando que a maior necessidade na relação entre *nós* e os *outros* está na pretensão de reconhecimento de nós mesmos como pessoa, portanto como ser social. E explicita o autor, “todavia, haveria de considerar que além do reconhecimento jurídico essa pessoa deveria ser reconhecida como ente moral. Neste sentido, a manifestação mais geral do reconhecimento seria expresso como *respeito*; a rigor, uma expressão de relacionamento não abrangida pela esfera jurídica: como tornar o respeito parte da ordem jurídica?” (OLIVEIRA, 2006, p. 33).

Pelo menos no âmbito discursivo e normativo tal respeito foi incorporado ao ordenamento jurídico, principalmente após a CF/88. Mas há, de fato, um discurso ético subjacente ao discurso político? No caso em exame do julgamento da reserva indígena Raposa Serra do Sol a resposta parece ser negativa.

No item a seguir e com o intuito de pontuar que a decisão do STF se deu muito mais num nível discursivo retórico do que racional, passaremos a analisar as pe-

culiaridades dos votos dos ministros na aplicação do direito ao caso concreto da demarcação da reserva.

ANÁLISE DE PECULIARIDADES DOS VOTOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO AO CASO CONCRETO NO JULGAMENTO PELO STF DA DEMARCAÇÃO DA RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

Na visão do relator, Ministro Ayres Brito, o índio, tem a acepção de nativo, aborígene, autóctone, primitivo habitante do país, em diferenciação a outros contingentes humanos advindos de outros países ou continentes. Destaca ainda o relator que a Constituição usa o substantivo índios no plural para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias, definindo etnia como sendo grupos que se estruturam geograficamente, sob a forma de aldeias e vilarejos, em cujo interior constroem suas habitações e possuem uma linguagem comum.

No entanto, com base em diversos dispositivos constitucionais (art. 215, §§ 1º e 2º; art. 216, *caput* e § 1º do art. 242), afirma que a nação brasileira é formada por um povo que forma um só contingente humano de hoje, de ontem e de amanhã, “a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra”.

Assim, o que existe são brasileiros índios e “nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém a estatura normativa para comparecer perante a ordem jurídica internacional como nação, país, pátria, Território Nacional ou povo independente”³. As terras indígenas não detêm o status de entes federados, tendo uma feição sociocultural e não política no texto constitucional.

O Ministro Ayres Britto se insurge ainda contra a interpretação de que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual estabelece um direito a uma autodeterminação política, seria o marco positivo do reconhecimento da dignidade individual e coletiva juridicamente positivada dos índios brasileiros, pois “é a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reveren-

3 É salutar a crítica lançada pelo por Rene Silva de que positivismo jurídico ao confundir, historicamente os diferentes grupos sociais minoritários no interior da nação com “uma idéia totalizante de povo homogeneamente pensado, sem contemplar quaisquer especificidades.” (SILVA, 2009, p. 23) O Julgamento do STF, ao que parece, não conseguiu se libertar dos limites do positivismo jurídico, apesar de um discurso aparentemente legitimador dos direitos vindicados pelos índios do local.

ciar como sua carta de alforria no plano socioeconômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja”, bastando para tanto que “o Magno Texto Brasileiro saia do papel e passe a se incorporar ao nosso cotidiano existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor experiência”.⁴

O que mais chama atenção no voto do Ministro relator, a par da discussão antropológica da demarcação da terra, é, em primeiro lugar, a forma romantizada com que narra os índios e suas relações com os não índios, idealizando uma situação que nem sempre corresponde à verdade. Ou seja, se a premissa é falsa, a conclusão do julgador, por óbvio também é falsa, pois nem sempre os índios são ingênuos em relação à convivência com os não índios, nem sempre a convivência entre ambos é pacífica. E essa visão romantizada do índio, habitante do “Jardim do éden” brasileiro, pode ser constatada em diversas passagens do voto, como se pode constatar dos trechos a seguir transcritos:

No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasivamente quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto significa uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. (p. 286)

(...) Ter a chance de demonstrar que o seu tradicional habitat ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida que é de ser aproveitada como um componente da mais atualizada ideia de desenvolvimento, que é o desenvolvimento como um crescer humanizado. (p. 289)

(...) espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e suas terras

4 Aqui merece registro a observação feita por Rene Silva, apontando como novidade da convenção 169 da OIT, que trata diretamente sobre Povos Indígenas e Tribais em países Independentes e que foi ratificada pelo Brasil em 2002, a utilização do termo povo para caracterizar segmentos nacionais com identidade e organização próprias cosmovisão específica e o tipo de relação que possuem com a terra que habitam, termo este que, na visão do ministro Ayres Brito, não autoriza as comunidades indígenas a comparecer perante a ordem jurídica internacional como povo independente. (SILVA, 2009)

enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por eles ocupadas. (p. 297)

(...) seja como for, concentração indígena que se fez esse faz decisiva para a preservação da integridade territorial brasileira (esse elemento de soberania nacional), pois os nossos aborígenes, amantes e profundos conhecedores da nossa geografia, sempre souberam se opor com toda eficiência e bravura às tentativas de invasões estrangeiras em nosso país. (p. 324)

Mas na mesma proporção que o relator os representa como bravos, pacíficos e independentes, na mesma proporção estabelece que os índios devem ter na Constituição, um diploma normativo que em nada guarda correspondência com esses valores ancestrais que devem nortear o processo de demarcação das terras indígenas, a sua salvaguarda e não no seu isolamento belicoso.

Merece crítica o voto do relator, na medida em que apresenta a realidade indígena de forma distorcida e desvinculada da realidade, chegando mesmo a impor um questionamento acerca de que índios e que realidade estamos tratando: seria mesmo a realidade brasileira? Mas a par disso, desse discurso fraternal e solidário, o voto deixa entrever uma visão preconceituosa e que permeia as discussões sobre o tema feitas da perspectiva do homem branco e de classe média, ou seja, a visão de que a Constituição brasileira busca integrar os nossos índios “para agregar valor à subjetividade deles (...) para que eles sejam ainda mais do que originalmente eram, beneficiando-se de um estilo de vida que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e ser votado marcadamente” (pp. 290/291).

E mesmos quando tenta apresentar uma visão positiva da convivência dos índios com os não índios o faz de uma perspectiva depreciativa do índio, afirmando que “as populações ditas civilizadas também tem a ganhar com a sua aproximação com os índios”, o que se deve fazer com base na solidariedade, reconhecendo que os aborígenes precisam do convívio com os não índios e humildade para reconhecer uma verdadeira via de mão dupla no convívio.

Aqui merece registro que em nível discursivo o relator usa de elementos emotivos e estereótipos para caracterizar o outro, no caso os índios envolvidos no processo

de demarcação de terras, na tentativa de convencer acerca de um respeito à diferença, mas um respeito apenas retórico, sem reconhecer de fato a diferença.

Luis Alberto Warat define esse processo linguístico de uso de cargas emotivas com vistas a aproximar o receptor do campo das mensagens valorativas do emissor, encobrendo o elemento valorativo com uma roupagem descritiva para facilitar a aceitação. Assim, preleciona Warat, que existe um tipo de palavras com carga emotiva

(...) são aquelas que ao nível da significação de base apresentam uma anemia significativa. Seu sentido designativo sempre é contextualmente construído. Estas expressões denominam-se estereótipos e cumprem um importante papel para a construção de discursos persuasivos. (WARAT, 1995, p. 70).

Ainda segundo Luis Alberto Warat os estereótipos são usados para travestir as legitimações e justificações travestidas de explicação, "quando intenta-se a perpetuação da ordem existente." (IDEM, p. 71)⁵. E neste contexto o estereótipo é um forte aliado da linguagem retórica.

No caso da linguagem utilizada pelo relator da PET 3388/RO verifica-se que a mesma se apresenta impregnada do estereótipo do "bom selvagem" e de que os índios, sempre bons, contribuíram e contribuem de maneira cordata e abnegada para a defesa do território nacional.

Diferentemente do relator, o Ministro Menezes Direito não romantiza a figura do indígena e trata da questão de forma mais realista ao reconhecer que em algumas circunstâncias os próprios índios participam do desmatamento, segundo denúncias do IBAMA. Afirma que ao mesmo tempo em que não se pode generalizar a acusação quanto à conduta dos índios em suas reservas, tal realidade não pode ser desconsiderada. Para o controle da situação, propôs o Ministro que a fiscalização dessas áreas sujeitas a uma tripla afetação se de pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, podendo contar com a consultoria da FUNAI.

5 Segundo Warat os estereótipos constituem um elemento nuclear da transmissão de conteúdos ideológicos. São termos empregados para obter a consolidação e a aceitação dos valores dominantes da sociedade. Assim, ao se dizer que alguém tem um direito subjetivo, se está reconhecendo a esta pessoa um privilégio social valorizado positivamente. Desta forma, mediante a utilização de uma linguagem impregnada de significações estereotipadas, consegue-se introduzir, sob a suposta aparência de uma descrição objetiva, uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica. O objetivo central de uma expressão estereotipada é o de influenciar e determinar opiniões. Os estereótipos são palavras que apresentam uma carga conotativa provocadora de associações tão fortes que a simples evocação de seus significantes motiva comportamentos ou determina opiniões. (WARAT, 1995, pp. 71/72)

O que chama atenção é que este controle administrativo não está previsto em lei e tampouco foi objeto do pedido de qualquer das partes ou dos assistentes admitidos na lide. Aqui o ativismo judicial tomou proporções sem precedentes no STF, tendo em conta que não só propôs-se a atuação legislativa do Judiciário, como também a imposição de atribuição administrativa fiscalizadora da reserva indígena, criando regramentos não previstos pela lei 4.717/65 para a demarcação das terras indígenas.

O voto do Ministro Menezes Direito é um voto maximalista e consequentialista, inovando inclusive em relação aos limites do pedido da ação.

De maneira mais realista e ética, esta definida sob a perspectiva do respeito ao outro, a Ministra Carmem Lucia afirmou que a CF/88 garantiu aos índios o direito de não participação nas práticas civilizatórias ou sua participação se quiserem, garantindo a existência da diferença, reconhecendo que o índio é livre para escolher. Merece ser transcrito este excerto do voto da Ministra:

Tal como posto na Constituição de 1988, os índios têm direito a participarem do progresso e do desenvolvimento das instituições, dos saberes, das práticas e dos costumes, se tanto e na medida em que tanto quiserem. Não se há de insular os índios, nem se há de a eles impor venham a crer no que creem os demais brasileiros, a viver como vivemos que não estejam aldeados. Mas há de se lhes garantirem tais direitos, para que possam melhor viver, se tanto entenderem necessário, conveniente e na oportunidade que assim desejarem, sem que isso signifique abrir mão de suas crenças e de suas formas de ver o mundo e de viver o mundo. (p. 448)

E conclui a Ministra que “haverá de se abrir espaços para os índios e não obrigá-los às opções feitas por nos outros, como se fossemos os únicos a saber o que vale e o que não vale em toda a dimensão humana.” (p. 449)

Ou seja, dos votos que a antecederam e dos que a sucederam, foi uma das poucas que tentou encarar a questão sob a perspectiva dos próprios índios, dando a possibilidade de que estes escolham, se quiserem o que fazer com sua essência.

Afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski que “respeitar o espírito que presidiu a elaboração das normas constitucionais e ordinárias que protegem o pluralismo

cultural e os direitos dos índios é o mínimo que o interprete pode fazer para resgatar a imensa dívida que a sociedade brasileira tem para com os povos autóctones, da qual falavam Cândido Rondon e Roquette Pinto.” (p. 490)

No aspecto que nos interessa no presente estudo, verifica-se que o Ministro usa o argumento da maioria na democracia representativa para legitimar o tratamento constitucional do tema, fazendo alusão às escolhas do constituinte originário. Interessante observar que em outros tantos julgamentos do Supremo Tribunal e sem que haja um parâmetro metodológico para tanto, o próprio STF solenemente desconsidera o limite do texto e as escolhas do legislador constituinte para dar interpretação e extensão diversa daquela inscrita no texto constitucional. Foi isso exatamente que aconteceu no julgamento relativo às uniões de pessoa do mesmo sexo.

Da perspectiva do discurso, a falta de um parâmetro metodológico pode aqui ser usada para justificar funções sociais específicas de controle e poder no que diz respeito à aceitação da diferença. Sob a roupagem do discurso jurídico-normativo de aceitação impera a dominação e o interesse na manutenção das relações como são.

Finalizando, Warat afirma que “uma análise política do conhecimento jurídico pode demonstrar como os pontos de vista imanentes e formais, que comandam a produção da cultura jurídicista, não expressam insuficiências metodológicas, mas funções sociais específicas, contribuindo para um marco de coerção e controle “racional”. Tal marco contribui de “forma” que materialize o encobrimento das relações sociais. Eis uma parte do poder da significação jurídica”. (IDEM, pp.102/103)

■ ■ ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extraí-se dos debates realizados no âmbito do julgamento da PET 3388/RO que, a despeito do texto constitucional, o qual reconhece os direitos indígenas, sobretudo no campo da demarcação das terras habitualmente e ancestralmente ocupadas pelos mesmos, o reconhecimento da diferença se faz do ponto de vista somente discursivo/retórico.

Em toda a discussão do julgamento da demarcação das terras indígenas da reserva Raposa Serra do Sol, percebe-se que o discurso retórico foi a tônica entre os Ministros participantes, negando aos índios o *status* de povo e impondo, como um direi-

to outorgado pelos brancos, uma necessidade de assunção dos valores chamados civilizados, sem perquirir se isso é ou não o anseio das comunidades envolvidas.

Observa-se ainda um discurso marcado por estereótipos, com a intenção de legitimar e justificar a noção de que a cultura de legitimar e justificar a noção de que a cultura mais avançada e superior, portanto uma análise valorativa, encoberta por uma linguagem emotiva e retórica.

Não se demonstrou durante os votos dos Ministros um verdadeiro respeito ao outro, suas particularidades e cultura.

O que se conclui é que a questão do reconhecimento da diferença e seu tratamento pelo Direito talvez não seja possível a partir de uma perspectiva puramente dogmática, diante do esgarçamento das estruturas tradicionais do direito para o enfrentamento desse tipo de questão, na medida em que não é possível e redução da experiência à dimensão estrita da norma.

É necessário então que as questões sejam enfrentadas por meio de análises multidisciplinares e não só pela perspectiva do direito posto.

Assim, ao invés de ver o índio como um ser inadaptado e em processo de incorporação à cultura nacional, ver os índios como detentores de uma história e cultura próprias, “nem superiores nem inferiores às da comunidade envolvente, cujas ‘diferenças’ devem ser respeitadas como limites da própria identidade étnica”. (BARRETO, 2006, p. 121)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas*. Vetores constitucionais. Juruá. Curitiba. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 3388/RO*. DJe de 25/09/2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 23/04/2012.

NEVES, Marcelo. *Justiça e diferença numa sociedade global complexa*. Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jesse Souza (org.). Editora Universidade de Brasília. Brasília. 2001.

- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade*. Ensaios sobre a etnicidade e multiculturalismo. Editora UNESP. São Paulo. Paralelo 15. Brasília. 2006.
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder*. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 1988.
- SILVA, Rene Marc da Costa. Estado pluriétnico, pluralismo jurídico e pós-colonialismo. Revista ação e debate político e gestão pública/Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Universidade do Parlamento. Ano 2. V. 2 (jan/ jun 2009) Fortaleza. INESP. 2009.
- YOUNG, Iris Marion. *Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa*. Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jesse Souza (org.). Editora Universidade de Brasília. Brasília. 2001. Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jesse Souza (org.). Editora Universidade de Brasília. Brasília. 2001.