



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

VITORIA ALBUQUERQUE PERES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS
COMUNIDADES INDÍGENAS: O CASO RAPOSA
SERRA DO SOL À LUZ DA CRÍTICA AO ATIVISMO
JUDICIAL**

**FORTALEZA
2011**

VITORIA ALBUQUERQUE PERES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS
COMUNIDADES INDÍGENAS: O CASO RAPOSA
SERRA DO SOL À LUZ DA CRÍTICA AO ATIVISMO
JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito, da Universidade Federal do
Ceará (UFC), como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Me. Bruno Cunha
Weyne

**Fortaleza
2011**

VITORIA ALBUQUERQUE PERES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS
COMUNIDADES INDÍGENAS: O CASO RAPOSA
SERRA DO SOL À LUZ DA CRÍTICA AO ATIVISMO
JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC),
como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Bruno Cunha Weyne (Orientador).
Universidade Federal do Ceará.

Prof. Eric de Moraes e Dantas.
Universidade Federal do Ceará.

Prof. Rodrigo Barbosa Teles de Carvalho
Universidade Federal do Ceará.

Ao Centro de Assessoria Jurídica
Universitária (CAJU) e ao Mário.

AGRADECIMENTOS

A meus pais por me deixarem livre para escolher o caminho que me faça feliz.

À minha irmã querida por todo o carinho.

Ao Mário por ter me incentivado durante toda a Faculdade a sempre procurar fazer mais e por, durante essa empreitada, ter sido tão companheiro.

Ao amigo e Professor Bruno Cunha Weyne, por ter sabido equilibrar bem os dois papéis durante essa caminhada.

Aos amigos, Manuela, Marina, Rossana, Seledon e Gabriel, pela amizade e companheirismo desde as capacitações do CAJU.

À Zara, por ter partilhado do sonho de estudar Direito desde os tempos do colégio.

Ao Prof. Eric Dantas e Prof. Rodrigo Barbosa, por terem aceitado gentilmente o meu convite para avaliar este trabalho.

Ao Centro de Assessoria Jurídica Universitária (CAJU) por ter me dado tantas oportunidades de conhecimento durante a Faculdade, por ter introduzido alguns saberes que dentro da sala de aula não seriam possíveis e pelos amigos conquistados.

“O aspecto típico dessas biografias de juízes parece se configurar na idéia – que suscita algo como uma reedição dos antigos “espelhos dos príncipes” – de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem na formação da personalidade de juízes”

Judiciário como superego da sociedade,
Ingeborg Maus.

RESUMO

O objetivo do estudo consistiu em analisar o ativismo judicial manifestado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Popular nº 3388, que decidiu pela demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Utiliza-se como base a pesquisa bibliográfica e a análise jurisprudencial, para, no primeiro capítulo, apresentar o conceito de Constituição Dirigente e a crise que a envolve. Dessa forma, faz-se alguns apontamentos sobre a desconfiança em torno do legislador, no que concerne à concretização das imposições constitucionais, próprias desse tipo de Constituição. A substituição das funções do Poder Legislativo pela atuação dos Ministros do STF é perceptível através dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. A expressão “ativismo judicial” é largamente difundida, entretanto, muitas vezes, há falta de precisão no emprego de seu conceito. Por essa razão, apresentou-se o conceito de ativismo judicial e as suas dimensões. Em seguida, empreendeu-se na análise da decisão da Ação Popular nº 3388. O estudo demonstrou que as condicionantes impostas pelo Supremo Tribunal Federal contrariaram legislação vigente e restringiram direitos indígenas garantidos pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Direitos Indígenas.

ABSTRACT

The aim of this study was to analyze the judicial activism manifested in the decision of the Supreme Court in the People Action No. 3388, which decided for continuous demarcation of the Raposa Serra do Sol indigenous land. Literature review and analysis of case law are used as foundation to, in the first chapter, introduce the concept of Leader Constitution and the crisis that surrounds it. Thus, there are some notes about the distrust around the legislator regarding the implementation of constitutional constraints, directly derived from such Constitution. The substitution of the functions of the Legislature for the actions of the Ministers of Brazilian Supreme Court (STF) is noticeable through the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism. The term "judicial activism" is widespread, however, there is often a lack of precision in the use of the concept. For this reason, the concept of judicial activism and its dimensions were introduced. Afterward, on an analysis of the decision of the Popular Action No. 3388 was undertaken. The study showed that the conditions imposed by the Supreme Court contradicted current legislation and restricted indigenous rights guaranteed by the Constitution of 1988.

Keywords: Judicial Activism. Supremo Tribunal Federal. Indigenous Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ATIVISMO JUDICIAL	13
1.1 Teoria da Constituição Dirigente e a Crise da Constituição Dirigente	13
1.2 A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial	21
1.3 Ativismo Judicial e as suas dimensões	26
2 O CASO RAPOSA SERRA DO SOL	31
2.1 A relação dos povos indígenas com a terra	32
2.2. Apresentação do caso	34
2.3. O julgamento do caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal	39
2.3.1 Ativismo judicial no julgamento raposa serra do sol.....	43
2.3.1.1 <i>Condicionante nº 1</i>	47
2.3.1.2 <i>Condicionante nº 2 e condicionante nº 3</i>	48
2.3.1.3 <i>Condicionante nº 4</i>	48
2.3.1.5 <i>Condicionante nº 5</i>	49
2.3.1.6. <i>Condicionante nº 6</i>	50
2.3.1.7. <i>Condicionante nº 7</i>	51
2.3.1.8. <i>Condicionante nº 8</i>	51
2.3.1.9. <i>Condicionante nº 9</i>	53
2.3.1.10. <i>Condicionante nº 10</i>	54
2.3.1.11. <i>Condicionante nº 11</i>	54
2.3.1.12. <i>Condicionante nº 12</i>	55
2.3.1.13. <i>Condicionante nº 13</i>	55
2.3.1.14. <i>Condicionante nº 14 e condicionante nº 15</i>	55
2.3.1.15. <i>Condicionante nº 16</i>	56
2.3.1.16. <i>Condicionante nº 17</i>	56
2.3.1.17. <i>Condicionante nº 18</i>	57
2.3.1.18. <i>Condicionante nº 19</i>	58

CONCLUSÕES.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

A demarcação das terras indígenas não é uma problemática recente, entretanto, os atuais conflitos têm lhe dado uma visibilidade maior, conquistando a atenção da sociedade e do governo. Aos indígenas compreende-se, além dos direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos, a promoção de direitos específicos. Como garantias especiais, podem-se apontar o direito à terra, do qual dependem todos os demais direitos e a própria continuidade e reprodução sociocultural destes povos. A demarcação dos territórios indígenas torna-se de maior importância, visto que garante o espaço para a sua preservação e para a sua atualização cultural. A garantia do acesso a terra, além de afastar a falta de garantia das populações que moram nestas áreas, pondo fim, assim, a muitos dos conflitos que as envolvem, e permite determinar o alcance da posse indígena a fim de assegurar a proteção dos limites demarcados¹.

Os direitos indígenas estão garantidos, na Constituição Federal de 1988, que se manifesta como uma das representantes do constitucionalismo dirigente, cujo fim é a promoção do bem-estar da sociedade. O objetivo deste trabalho é fazer uma crítica ao ativismo judicial, que, frequentemente, é utilizado como meio para garantir às minorias o acesso a direitos fundamentais. Essa crítica é apresentada através da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Popular nº 3388, que teve como objeto a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Para tanto, o trabalho se dividiu em duas frentes.

O primeiro capítulo tem início com algumas considerações sobre Constituição Dirigente dadas por Peter Lerche e Canotilho. Peter Lerche define, como Dirigente, parte da Constituição que prevê imposições contínuas ao legislador. Para Canotilho, no entanto, não apenas parte da Constituição é Dirigente, mas toda ela vincula e conforma o legislador às suas imposições. A dificuldade estaria em o legislador cumprir tais diretrizes constitucionais sem cometer excessos. Nasce, dessa maneira, um receio em deixar o cumprimento da Constituição nas mãos do Poder Legislativo, que, muitas vezes, é enxergado apenas pela ótica dos interesses privados. A concretização das imposições constitucionais passaria, então, para o Judiciário visto como um órgão independente e alheio a pressões externas Bercovici compreende que, sendo parte nuclear da discussão em torno da Constituição Dirigente, o ato de concretizar as

1 ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

imposições constitucionais pelo Poder Judiciário, conduziria os órgãos judiciais de controle de constitucionalidade a um lugar de relevância única na disposição institucional de poder².

A judicialização da política ocorre quando se busca resoluções para as querelas sociais e políticas dentro do Judiciário. Já o ativismo judicial se manifesta quando o juiz ou tribunal exerce a sua função de maneira extensiva, necessariamente, interferindo nos poderes político-normativos e transpondo os limites ordinários, constitucionalmente estabelecidos, do papel institucional do Poder Judiciário³. A judicialização da política e o ativismo judicial são fundamentalmente ligados. A primeira busca lugar e se desenvolve com o ativismo judicial, pelo qual se fortalece e se renova⁴. Ao fim do primeiro capítulo, o conceito de ativismo judicial e suas dimensões são trabalhados com o fim de embasar de forma mais fundamentada a análise da decisão da Ação Popular nº 3388.

No segundo capítulo, inicialmente há um breve apanhado histórico sobre os impasses à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol ainda no âmbito administrativo. Em seguida, um relatório sobre a Ação Popular nº 3388 é apresentado com o intuito de expor os argumentos utilizados pelas partes no processo e demonstrar a pluralidade de setores sociais interessados na resolução dessa querela. No último ponto do trabalho, critica-se o ativismo judicial presente na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, através do estudo das condicionantes estabelecidas como solução para o caso.

Finalmente, deve-se ressaltar que, por se tratar a monografia de um estudo de caso, com a análise da Jurisprudência do STF, manuseio de livros, de artigos, de trabalhos de conclusão de curso, de dissertações e de teses, a metodologia utilizada foi bibliográfica e análise jurisprudencial. Exposto esse panorama geral do trabalho, dá-se início à parte expositiva.

² BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al (Org.). **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1, p. 551.

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1, p. 551.

1 ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Teoria da Constituição Dirigente e a Crise da Constituição Dirigente

A Constituição Federal de 1988 aparece como uma das representantes do constitucionalismo de feição social ou dirigista, cuja finalidade é a promoção do bem-estar da sociedade. Construída sob a influência de uma ampla participação social – inédita na história constitucional e legislativa pátrias – foi formulada através de um compromisso entre variados setores sociais. A Constituição esmiuçou a sua gama de direitos e de garantias, avançando ao estabelecer direitos políticos, civis, econômicos e sociais e ao introduzir novos direitos a minorias, como indígenas e crianças⁵. Pouco avançou, contudo, em relação a concretização desses direitos fundamentais, não pela falta de instituições responsáveis pela garantia e pela promoção de tais direitos, mas talvez, seja pela falta de vontade e articulação política dos gestores à frente dessas instituições, o que termina por gerar reiterado contraste entre os direitos constitucionalmente instituídos e a sua recorrente agressão⁶.

Ao analisar os artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988, é notória a escolha do Constituinte por um modelo econômico de bem-estar, que não pode ser rejeitado ou desconsiderado pelo Poder Executivo, o qual está vinculado às diretrizes constitucionais de caráter condicionante e impositivo. Dessa maneira, como lembra Eros Roberto Grau, os programas governamentais devem se adaptar à Constituição, e não o oposto. Em outras palavras, os projetos político-partidários é que devem buscar compatibilidade com o texto constitucional, devendo-se afastar qualquer tentativa de mudança do conteúdo mínimo da Constituição para atender a interesses de gestões

⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 26-27.

⁶ O caráter compromissório existente nas constituições remonta aos tempos da República de Weimar e aos seus célebres debates em sede de direito público. A Constituição de Weimar, de 1919, seria compromissória porque previa em seu texto uma série de “compromissos dilatatórios”, isto é, tarefas a serem implementadas pelo Estado a fim de concretizar, em benefício de variados setores da sociedade, direitos fundamentais, em especial os de índole social. Ver nesse sentido: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 25-50; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37-39. Para as clássicas críticas de Carl Schmitt, assinalando as contradições internas e a impossibilidade de efetivação da Constituição de Weimar, cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 52-57.

momentaneamente à frente da Administração Pública⁷. Isso se dá, porque o texto da Constituição brasileira de 1988 é bastante claro quanto ao modelo de Estado previsto. Trata-se de um modelo de Estado desenvolvimentista, dirigente, que busca a implementação de direitos de caráter social, do bem-estar coletivo. A situação brasileira é distinta da que ocorreu em outros países, como a Alemanha. Neste país, conforme ensina Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, o texto da Lei Fundamental de Bonn deixa margem para que o governo implemente tanto políticas mais voltadas para uma economia social (*Sozialwirtschaft*) quanto políticas mais voltadas para uma economia de mercado (*Marktwirtschaft*). O caso do Brasil, todavia, como já assinalado, é diferente⁸.

Bercovici afirma possuírem os princípios constitucionais fundamentais o papel de identificar o regime constitucional regente. Os artigos 1º e 3º, como manifestação dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, traduzem a fórmula política do Estado, responsável por individualizar o Estado brasileiro. Em resumo, o artigo 3º⁹, em especial, expressão dos objetivos e das tarefas postas ao Estado e à sociedade brasileira, sintetiza os elementos jurídicos e políticos componentes dos princípios ideológicos constantes na Constituição. O artigo acima mencionado é compreendido como *cláusula transformadora*, responsável por colocar em relevo a distância existente entre a realidade da desigualdade social e o caminho até a situação ideal. Dessa maneira, então, obsta-se que a Constituição tenha como concluído aquilo que claramente ainda está para ser realizado, o que resulta no dever do Estado de trabalhar a favor da mudança nas estruturas econômicas e sociais. Esse dispositivo constitucional vincula o Estado a fomentar maneiras de realizar essas imposições de forma ativa e progressiva. As diretrizes constitucionais que exigem contínuo agir ao legislador, presentes, principalmente, nas Constituições do pós-segunda Guerra, caracterizam as Constituições conhecidas como “Constituições Dirigentes”¹⁰.

⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

⁸ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Subdesenvolvimento e Constituição Dirigente: uma possível abordagem materialista. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (Org.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 308–309.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 291-302; BERCOVICI, Gilberto. Políticas Públicas e Dirigismo Constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, 2003, p. 173-176.

Peter Lerche amplia a tradicional divisão de Constituição, a qual se manifestaria sempre em quatro partes: “as linhas de direção constitucional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, garantias e repartições de competências estatais e as normas de princípios”¹¹. Para Lerche, as constituições modernas possuem a mais um conjunto de diretrizes que perfazem imposições contínuas ao legislador. Esse conjunto seria a Constituição Dirigente¹². Lerche destaca a sua função dinâmica e integradora, ou seja, a Constituição deve carregar em seu texto as forças sociais, tendo em consideração, desse modo, o dinamismo social. Entretanto, entendendo não ser possível abarcar tal dinamismo em toda a sua completude, cabe à interpretação prover a elasticidade e o poder de transformação que as forças sociais demandam. A preocupação de Lerche está em delimitar as normas que sujeitam o legislador, o qual, para o autor, possui certa margem de discricionariedade, possibilitada pela Constituição Dirigente¹³.

Canotilho é outro autor que versa acerca da Constituição Dirigente. Da mesma forma que Lerche, desconfia do legislador e investiga um método para vinculá-lo à Constituição. Contudo, amplia o conceito de Constituição Dirigente, pois não fica adstrito apenas a uma parte da Constituição, e sim a toda ela. Isto é, enquanto para Lerche uma parte da Constituição é dirigente, vinculando, somente essa parte, o Legislador, para Canotilho, toda a Constituição é dirigente e vincula, no todo, o Legislativo. Por isso se diz que a concepção se diz que a concepção de Canotilho é mais ampla. Todas as Constituições, para Canotilho, pretendem moldar juridicamente o político. No entanto, a Constituição Dirigente assume mais clara e visivelmente esse papel. A Constituição Dirigente, quando sustenta um embasamento constitucional para a política, procura submetê-la aos princípios da razão, integralizando uma dimensão que a legitime materialmente.¹⁴

A Constituição Dirigente traz expressamente empreitadas e objetivos que, para Canotilho, são o caminho para a sua legitimação material. O desafio seria cumprir as imposições constitucionais sem que houvesse excessos pelo Poder Legislativo. Esse temor em relação ao legislador tem como consequência a delegação das resoluções de questões constitucionais ao Poder Judiciário, que, através do controle de

¹¹ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Goldbach: Keip, 1999 apud BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115

¹² Idem, ibidem, p. 115.

¹³ Idem, ibidem, p. 98.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p 277-282.

constitucionalidade, torna-se essencial à concretização constitucional. O referido autor, nesse passo, questiona quem seria o detentor da responsabilidade pela concretização constitucional, procurando delimitar os espaços de conformação legislativa e judicial¹⁵. Canotilho apresenta objeções à discricionariedade do legislador, ao aceitar a *prognose legislativa*, fazendo uma ressalva:

[...] a conformação da vida social, as mudanças das condições de vida, a direcção económica e social, movem-se num *plano de incerteza* e de dependência da evolução técnica e científica, Não obstante a exigência de *programação racional* e de conformidade com os fins constitucionais, as soluções legislativas podem ser *inadequadas, viciadas ou erradas*. Neste ponto, justificam-se as reservas quanto ao controlo jurídico-constitucional da *prognoses legislativas*¹⁶.

Nesse ponto, fica claro que, para Canotilho, mesmo que esteja o legislador tomado por “sentimentos nobres”, no instante em que exerce a sua discricionariedade para tornar eficazes as imposições constitucionais, a dinâmica social pode exigir outros fins e tornar desatualizado o trabalho legislativo. A atividade judicial se tornaria, então, necessária. A preocupação de Canotilho está em reconstruir a Teoria da Constituição através de uma Teoria Material da Constituição, concebida como Teoria Social¹⁷. Segundo Canotilho, a expressão “Constituição Dirigente” afirmou intencionalmente a força orientadora do Direito Constitucional. O sentido dessa força sempre se apresentará com a intenção de conformar o político, seja como mantenedor do *status quo*, seja como revolucionário:

Se esta conformação é no sentido <conservativo>, <evolutivo> ou <revolucionário>, se o momento constitutivo-constitucional se impregnou de <política> e de <ideologia> (isto é: com constitucionalização de normas programáticas e de princípios definidores dos fins do Estado), ou se o processo de decisão constitucional conformadora se inspira no lema da *policy without law* porque acredita na auto-regulação do *status quo*, isso em nada altera a <intenção actuante> do direito constitucional.¹⁸

A concepção de atos governamentais tidos como atividade livre e criativa fora do direito resta eliminada pela relevância das imposições constitucionais. O intuito do

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 282-287.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 275.

¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 116.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 28.

bloco constitucional dirigente seria a subsistência de atos de direção política e governamental, como atos programáticos. A planificação constitucional dirige o projeto de governo, porquanto o escopo da vinculação jurídico-material do bloco dirigente não é acabar com a faculdade de avaliação por parte do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, mas instituir um fundamento constitucional para a política¹⁹. O estudo de Canotilho sobre a Constituição Dirigente tem como foco a proteção da Constituição frente a interesses imediatistas e a livre disposição pelos legisladores, enquanto compreende ser da essência dessa Constituição fortalecer e embasar juridicamente a mudança social. A Constituição Dirigente tenta tornar racional a política, incorporando algo que a legitime, ao determinar um fundamento, para a política, constitucional. Pode-se resumir que, para Canotilho, a discussão desse tema gira em torno da legitimação *na* Constituição Dirigente²⁰.

Canotilho afirma, no prefácio à nova edição da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, que as Constituições dirigentes elevaram o Estado diretor exclusivo da sociedade e transformaram o Direito em ferramenta funcional dessa direção. Assevera ainda que esse tipo de Constituição não percebe a complexidade do mundo e o desenvolvimento das relações entre nações, resultando em um *autismo nacionalista e patriótico*. Desenvolve críticas à falta de compreensão teórica, no que concerne à aplicabilidade de direitos, e reconhece que a Constituição, a qual, mesmo não podendo ser um *documento sagrado*, deve continuar a estabelecer imposições constitucionais mínimas, entendidas como um conjunto de direitos protegidos das maiorias parlamentares. Afirma Canotilho que as tradicionais fontes do direito, primordialmente a Constituição, mostram-se, nas suas funções, inadequadas para impulsionar e para formar o embasamento jurídico conformador de uma sociedade distinta²¹.

Coloca em relevo que é dever da teoria constitucional levar em consideração a estruturação das sociedades pluralistas no que tange à complexidade, a qual a conduz à auto-organização mais do que na política intencionalmente construtivista. Essa complexidade faz nascer naturalmente sistemas e códigos relacionados à funcionalidade diferenciados, o que leva à margem da realidade e à tentativa de um *código unitarizante dos vários sistemas sociais dirigir constitucionalmente a sociedade*. Canotilho assegura

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 463.

²⁰ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 117.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 117-119.

que o dirigismo constitucional compreendido como *normativismo constitucional revolucionário* autossuficiente, para perfazer mudanças emancipatórias, levará à morte da Constituição Dirigente. Termina por afirmar que, em resposta aos que construíram, nas imposições constitucionais, uma saída para a neutralização dos *caminhos plurais da implantação da cidadania*, possuem os textos constitucionais o dever de ditar as bases materiais das políticas públicas em um Estado, onde se quer continuar a chamá-lo de democrático e de direito²².

Já Bercovici aponta que um dos problemas dessa percepção, no que diz respeito ao cumprimento do texto constitucional, seria que, ao temer deixar a Constituição sob a responsabilidade do legislador, a resolução das querelas constitucionais passaria às mãos do Poder Judiciário. Por ser parte central do problema da Constituição Dirigente, a concretização das diretrizes constitucionais pelo Judiciário acabaria por fazer dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade instituições de relevância ímpar no arranjo institucional de poder. A resposta imediata a isso seria o incremento da despolitização da Constituição. O maior desarranjo da Teoria da Constituição Dirigente estaria na idéia de ser a Constituição um plano de ação para modificar a sociedade, bastando para tal a sua correta aplicação. Essa interpretação errônea deságua na Teoria da Constituição “autocentrada em si mesma”. A crença na possibilidade de reforma social exclusivamente através dispositivos constitucionais, como se o mero texto normativo, sozinho, fosse capaz de implementar mudanças na realidade socioeconômica, recai no incremento do instrumentalismo constitucional. A consequência disso é a diminuição da importância do Estado e da política²³.

Gilberto Bercovici afirma ser a Teoria da Constituição Dirigente uma Teoria da Constituição sem Estado e sem política. O tribunal, em resposta ao esvaziamento da função dos partidos políticos no debate parlamentar, assume o papel principal nas discussões constitucionais. Dessa forma, os juízes tomam para si a função de concretizar a Constituição. A política acaba por ter seu alcance restrito ao poder constituinte, e a jurisdição constitucional ganha status de única garantidora da correta aplicação da normatividade²⁴. O *jurista constitucional* vê no Direito Constitucional todo

²² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Concretização da Constituição. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, n 1, 2003, pp. 696-697. CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, prefácio.

²³ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição Dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 6, p. 151-157, 2008.

o conjunto político preciso para entender o Estado, ignorando, assim, a conjuntura econômica, social e política que circunda o Direito Constitucional. A hegemonia dos tribunais constitucionais, colocando-se acima dos demais poderes, caracteriza-se em razão de os tribunais se transformarem em guardiões últimos da soberania, da qual poderiam dispor para decidir com caráter vinculante e em última instância, transfigurando-se, assim, em substituto do poder constituinte soberano. Bercovici defende o direito constitucional e a interpretação constitucional como produtos de uma cooperação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, alforriando esse direito do monopólio dos tribunais²⁵.

Ingeborg Maus critica o crescimento, no século XX, do Poder Judiciário, sem que tenham sido desenvolvidas formas equivalentes de controlá-lo. Não se discute, entretanto, somente o aumento objetivo das suas funções, com a ampliação do poder de interpretação, o aumento na tendência para questionar em juízo ou, principalmente, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, em especial após a Segunda Guerra Mundial. Tal processo, a confiança acrítica da sociedade nesse Poder, a qual deposita toda confiança na figura dos juízes para o cumprimento dos dispositivos constitucionais, ganha um contorno que mais parece, segundo Maus, uma *veneração religiosa*. Essa veneração parece se intensificar frente ao apego à tradição, à imagem envolta por mitos dos membros dos tribunais e à suposta proteção da sociedade por um grupo restrito possuidor de *notório saber jurídico* alcançado apenas por uns poucos privilegiados. Sustenta a autora, ainda, que, no momento em que a Justiça chega ao patamar de mais alta instância moral da sociedade, termina por se livrar de qualquer sistema de controle social, ao qual deve se submeter, em uma sociedade democrática, toda instituição do Estado²⁶.

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima analisa as consequências de ter a Justiça a exclusividade na interpretação das normas constitucionais. O Poder Judiciário, não raras vezes, para o perfazimento de cada direito, determina um valor que, posteriormente, será achado e indicado pelo próprio Judiciário. Disso decorre que o Judiciário agiria como um “legislador concorrente” do Legislativo. Por outro lado, necessariamente, o Judiciário tem de deixar a posição de protetor da Constituição, já que a função de intérprete constitucional exercida exclusivamente por ele fornece ao Supremo Tribunal

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 123-125.

²⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov., pp. 183-203, 2000.

Federal uma “instância autoritária”, tendo em vista que o Tribunal resolverá os valores de todas as normas, inclusive das garantidoras de liberdade. Conclui o aludido autor que a dilatação do poder dos juízes, que, no Brasil, não são eleitos, acaba por cobrir a jurisdição constitucional com uma feição conservadora. Sendo assim, o Judiciário começa a delimitar o conteúdo da Constituição, a guardar as liberdades individuais e, assim, a possuir o domínio completo da moral e da ordem pública de um Estado. Esse modelo entraria em conflito com a expectativa de soberania popular, o que intensifica seu aspecto conservador ao se perceber que, através da jurisdição constitucional, o Estado, por meio do Poder Judiciário, estabelece a ele próprio o que lhe é autorizado. Todo esse processo coloca em perigo o semblante democrático da Constituição, que possui como fim, além de garantir direitos fundamentais – no qual se incluem os clássicos direitos liberais, como propriedade e liberdade, igualmente os de índole social - a construção de uma organização harmônica dos poderes, de modo a possibilitar um desempenho da máquina administrativa voltado para a consecução dos objetivos inscritos na própria Carta²⁷. A outro turno, Conrado Hübner Mendes analisa a *retórica do guardião entrincheirado*, que domina o pensamento político que gerencia a interação institucional brasileira. Essa retórica confere uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. Tal pensamento é fácil de ser percebido em livros de direito constitucional, no debate público e em decisões do Supremo Tribunal Federal e deve ser excluído por pressupor uma superioridade do entendimento moral feito pelo tribunal em detrimento do legislador. A compreensão de que o Supremo Tribunal Federal possui a última palavra sobre direitos fundamentais em questões constitucionais, em geral, é notadamente fincada na cultura constitucional brasileira, sendo comum o argumento de que ele é a última trincheira de proteção do cidadão. A sustentação do tribunal como detentor da última palavra, normalmente, vem associada a alguns “elementos de decoração”. Fala-se mais em supremacia da constituição do que do tribunal. O papel do tribunal seria de atuar *pelo exercício de uma hermenêutica emancipatória*, colocando em vigor o que previamente foi determinado no texto constitucional. A *cultura do guardião entrincheirado*, mesmo que em determinada situação não caia na afetação da infalibilidade judicial, não desvaloriza a possibilidade e

²⁷ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria Geral da República**, n. 8, jan./jun., pp. 81- 101, 1996. DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 94. No mesmo sentido: DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Moderno e Contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 82;

as consequências do erro judicial. Nesse sentido, se o Supremo Tribunal Federal erra ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei que seria constitucional ou se o legislador erra ao editar uma lei inconstitucional, e o STF erra ao declarar essa lei como constitucional, os defensores do ativismo judicial têm problemas em apresentar soluções. No momento em que tem primazia a idéia de passividade do legislador frente à última palavra do Ministro, desdenha-se a possibilidade de, através de nova lei, provocar uma decisão judicial. O resultado é que parte majoritária da doutrina constitucionalista brasileira enxerga no Supremo Tribunal Federal a derradeira autoridade que possui monopólio para extrair o significado da Constituição. Nesse sentido, se o STF decidir, mesmo que erroneamente, não há que se questionar ou que se debater o acerto da decisão²⁸.

1.2 A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

Luiz Werneck Vianna sugere que, no Brasil, a judicialização da política seja produto de um crescente apoderação das inovações da Constituição Federal de 1988 por parte do Judiciário em detrimento da sociedade e dos agentes. Demonstra, como se pode comprovar na tabela a seguir²⁹, estar o controle de constitucionalidade das leis, mormente, ligado a temáticas de estruturação, de funcionalismo e de organização da máquina estatal, o que evidencia uma vinculação maior entre a jurisdição constitucional e as questões do Estado, se comparadas às dos direitos individuais e às da sociedade civil:

²⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217-219. Ver também: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 187- 96.

²⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47-66. A tabela é fruto de pesquisa desenvolvida, na mencionada obra, de 1988 a 1998.

Tabela 5: Distribuição das Adins, segundo o Autor e a Classe Temática*

	Adm. Pública	Política Social	Política Econômica	Política Tributária	Reg. Soc. Civil	Comp. Política	Rel. Trabalhistas	Total
Governadores	415	14	23	37	12	6		507
Procuradores	378	9	6	26	33	4	2	458
Associação de Trabalhadores	199	17	24	36	29	3	26	334
Partidos de Esquerda	96	22	54	23	21	20	12	248
Partidos de Centro	33	2	3	5	1	22	2	68
Partidos de Direita	8	2	1		1	8		20
Organizações de Empresariais	17	12	21	72	51	2	4	179
Outros	71	1	9	10	15	7	1	114
Total	1217	79	141	209	163	72	47	1928
	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

* Sete Adins não foram incluídas na classificação.

Afirma Vianna que o Supremo Tribunal Federal adiciona às suas tradicionais funções o papel de um órgão que se coloca acima da administração pública, tornando homogêneas as máquinas públicas estaduais, como se fosse um organismo que tivesse a qualificação para conformar institucionalmente o Estado, de acordo com a interpretação constitucional do tribunal. Sobre a consequência desse comprometimento analisa finalmente:

O comprometimento da agenda das Adins com o tema da administração pública, na escala em que se descreveu, provavelmente repercutirá negativamente sobre as possibilidades de o STF se identificar mais claramente com a filosofia da Carta de 1988, cuja intenção era a de favorecer a efetivação dos seus grandes princípios programáticos, e não a de criar mais uma instância para as controvérsias das diferentes corporações sobre questões de Direito Administrativo³⁰.

Reconhece o autor que a judicialização da política e das relações sociais, caso signifique a cessão da vontade do soberano em favorecimento a um grupo de peritos na hermenêutica constitucional e a troca de um Estado benfeitor por um Judiciário de moldes assistencialistas, não estará inclinada à formação de uma democracia de cidadãos ativos. Todavia, para Vianna, a atuação de uma sociedade para a proteção de seus direitos e de seus interesses, dentro de um contexto institucional em que a maioria demográfica se transforma em uma minoria parlamentar, não pode ignorar as ferramentas que lhe são dispostas para alcançar uma democracia de cidadãos. A sociedade passa a reivindicar direitos sociais e a se mobilizar apenas frente ao Tribunal,

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck et al. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47- 66.

onde direitos são solicitados ante guardião da Constituição. Se houver atendimento a esse pedido, existiu proteção aos direitos fundamentais; em caso negativo, nada mais se pode fazer, pois quem possui monopólio sobre a interpretação desses direitos já deu seu veredito³¹.

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima investiga o comportamento do Supremo Tribunal Federal, dos anos 1990 até 2000, quando o Brasil teve a introdução de dois planos econômicos de superação da crise econômico-financeiro o Plano Collor e Real. O controle jurisdicional da constitucionalidade assegurou a realização destes planos, viabilizando a sua execução. É notória a intervenção do STF e a viabilização dos planos econômicos implementados pelo Governo Collor e pelo Governo Fernando Henrique, os quais tiveram as suas constitucionalidades questionadas. No entanto, “o bloqueio dos passivos bancários relativos ao Plano Collor não foi declarado inconstitucional, tampouco o foi a introdução do Plano Real e suas conseqüências como imobilidade de aumentos e redução de vantagens de servidores públicos”³². O Brasil certamente estava vindo de uma recessão que poderia colocar em risco nossa recente democracia, responsabilidade que os políticos não estavam dispostos a tomar para si. Frente a esse cenário, a confirmação da constitucionalidade das diretrizes adotadas retratava uma vitória simbólica e legitimava moralmente o governo para continuar com o seu plano político. Desse quadro, o que não pode ser olvidado é que essa ação afirmativa legitimadora tem suas raízes no Poder Judiciário, no qual não há intervenção do povo no seu andamento nem na escolha de seus membros, ao mesmo tempo em que possui enorme poder de modificar o futuro de governos. Esse poder político fora de proporção prejudica a democracia. O agir do Supremo Tribunal Federal incute a idéia de que o controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos não presta serviços à Constituição, mas ao Estado, mesmo que esse Tribunal afirme repetidas vezes que a sua incumbência é a de proteger a sociedade contra os desmandes do Estado. Há uma postura intencional de ignorar o teor político presente no controle jurisdicional da constitucionalidade³³.

³¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 43.

³² Idem, ibidem, p. 43.

³³ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição: estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 216- 218. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 144. ” Sobre a decisão do STF no caso da vedação à concessão de liminares contra o Plano Collor entendeu o tribunal que a proibição de concessão de liminares não era inconstitucional pois a liminar não é um direito constitucional da parte, senão uma garantia legal do juízo. Dessa forma não confrontou o governo, que entendia ser a proibição das liminares relevante na execução de seus objetivos. Explicitou,

Oscar Vilhena Vieira, no entanto, tem uma percepção mais positiva do ativismo judicial, apesar de não negar que o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, ao cumprir suas funções – quais sejam, a defesa da ordem democrática e da Constituição frente aos outros poderes, a garantia de eficácia da Constituição e a proteção de direitos fundamentais face ao poder constituinte reformador – escolhe solucionar os seus conflitos ora pendendo para a governabilidade ora para a concretização de direitos:

O cumprimento dessas funções pelo tribunal, de acordo com a decisões analisadas, tem-se dado apenas de modo parcial, visto que o Supremo Tribunal Federal utiliza-se de distintos critérios para resolver conflitos constitucionais, ora privilegiando a realização de direitos, independentemente dos resultados para o sistema político, ora privilegiando a governabilidade, independente da lesão a direitos constitucionais, ou ainda buscando conciliar essas duas perspectivas. O balanço da atuação do Supremo Tribunal Federal embora não seja extremamente favorável de uma perspectiva substancial de democracia constitucional, é positivo para os que definem esse sistema sob uma perspectiva procedimental³⁴

Nos Estados Unidos, o ativismo judicial é frequentemente utilizado como termo pejorativo, quando se intenta afirmar que o juiz proferiu uma decisão arbitrária ou depreciar a decisão judicial como vazia de conteúdo. No Brasil, a discussão sobre ativismo ainda não se faz tão presente quanto no debate norte-americano. Nos meios de comunicação, quando discutido o tema, é comum que seja enxergado como uma atividade positiva frente ao vácuo que os demais poderes deixam quando se trata de questões polêmicas. Existe, de acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos, uma certa tolerância e mesmo uma certa aprovação, pela sociedade, do ativismo judicial desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, por ser essa Corte vista como o último reduto para o qual se pode recorrer a fim de se assegurar direitos fundamentais. Essa discussão acontece sem que haja um acordo sobre o conceito de ativismo judicial, o qual pode ter uma concepção positiva ou negativa a depender de quem o emprega³⁵.

O Supremo Tribunal Federal vem, progressivamente, transformando-se em protagonista no cenário político-institucional brasileiro, discutindo as principais questões políticas e sociais da atualidade, fenômeno que vem sendo chamado de

no entanto, que dentro do poder de controle difuso da constitucionalidade, o juiz poderia conceder a liminar caso entendesse que a sua concessão não poderia pôr em risco a efetivação da decisão futura do juiz. Com essa decisão buscou conciliar as lógicas da governabilidade e da preservação de direitos, ainda que em nome da integridade do poder judicial e não do direito constitucional a uma ampla tutela jurisdicional”

³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 146-147.

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLETT, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti. (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 549–550, v. 1.

“judicialização da política”, que não é genuinamente brasileiro, mas aqui ganha algumas singularidades, notadamente relativas às políticas públicas, especialmente quanto as de saúde³⁶. A judicialização da política e o ativismo judicial não são fenômenos idênticos, porém são intensamente conectados. A primeira, para Campos, galga espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, através do qual se fortalece e se renova. Ao procurar soluções para as querelas sociais e políticas dentro do Judiciário, judicializa-se a política. Já o ativismo judicial seria quando o juiz ou tribunal exerce a sua atividade de maneira expansiva, não necessariamente ilegítima, mas necessariamente influenciando nos poderes político-normativos e transcendendo aos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário, constitucionalmente previsto³⁷.

O ativismo judicial pode ocorrer também, paradoxalmente, quando o Supremo Tribunal Federal opta por se omitir. Gilmar Mendes procura um mecanismo para controlar a omissão do Supremo. A idéia de omissão judicial não condiz com os princípios do Estado de direito, já que, teoricamente, a um poder do Estado, no caso, o Judiciário, não é dado se omitir quando instado a se manifestar e a decidir. Algumas vezes, porém, por meio de questão preliminar, o juiz evita decidir a lide. No entanto, mesmo que não seja a ideal, ainda assim há decisão. Se o objetivo aqui é analisar a omissão no mérito, é preciso, então, examinar a agenda passiva do Supremo Tribunal Federal, isto é, os casos em que de maneira hábil e sem formalidades, escolheu não decidir ou esperar por um período não previamente determinado para proferir a decisão, sem apresentar qualquer justificativa plausível. Existem algumas ferramentas que socorrem essa prática, tais como: a definição de pauta de julgamento, o voto-vista, e a decisão liminar em uma medida cautelar. O Ministro Marco Aurélio, após o término do julgamento do caso referente às células-tronco, assumiu essa omissão voluntária. Resolveu por voltar à pauta o julgamento sobre a constitucionalidade do aborto em fetos anencéfalos, depois de uma espera de quatro anos. Expôs o Ministro Marco Aurélio:

Foi uma decisão refletida. Perguntei a mim mesmo: devo tocar o processo? Para quê? Para queimar uma matéria de tão alta relevância? Não. Agora, creio que o Supremo já está maduro para tratar da matéria. Já temos clima para julgar e, creio, autorizar a interrupção da gravidez em anencéfalos³⁸.

³⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 64.

³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 551, v. 1.

³⁸ STF, Adin n. 3510.

Ministros do STF decidem sobre a maturação do tempo nos processos sem levar em conta a opinião pública ou, nem mesmo, após deliberação colegiada no tribunal. A dúvida inicial é levantada novamente, não parecendo haver ferramenta formal para tanto. O caso das células-tronco, no entanto, demonstrou que a pressão feita pela população resulta algum efeito. O Ministro Menezes Direito pediu vista e passou alguns meses refletindo sobre o processo, tendo havido cobrança pública direcionada ao Ministro, o que pode ter feito com que meses de reflexão não fossem anos³⁹.

1.3 Ativismo Judicial e as suas dimensões.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos assinala uma proposta conceitual de ativismo judicial:

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário⁴⁰.

Desse conceito pode ser compreendido que o ativismo versa sobre a postura institucional, efetivamente, ultrapassar ou não a coordenação institucional de competências que existem, as quais reservam a juízes e tribunais determinados papéis na esfera do arranjo institucional, frente aos demais agentes políticos. A segunda diretriz traz à tona o caráter dinâmico e contextual, assim, a definição de ativismo judicial é intimamente dependente das características particulares da sociedade em que se situa e é aplicado. Como última diretriz, tem-se que o ativismo judicial possui natureza multidimensional. Partindo-se da proposição de que o ativismo judicial não se mostra de uma única maneira, mas em múltiplas dimensões. Resta, então, insuficiente propor uma

³⁹ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223-224. A ordem de pauta pode ser prejudicial, pois são fixados critérios discricionários que não obrigatoriamente estão ligados à ordem de chegada dos casos. O problema do voto-vista é que, ainda que haja prazo previsto pelo regimento interno do Tribunal, os ministros tornaram essa regra vazia, sendo normal que os casos permaneçam guardados por longos períodos. Sobre a medida liminar, de maneira não rara, há resposta à liminar, mas entre essa resposta e a decisão definitiva de mérito, pode haver longo período, muitas vezes suficiente para edição de lei que ponha fim a querela.

⁴⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p 544-551, v. 1.

concepção unidimensional do ativismo judicial, existindo variados critérios para identificá-lo e não somente em face de manifestação. Assim, a estratégia mais produtiva seria investigar e qualificar os indicadores de ativismo judicial⁴¹.

Como ponto de partida, Campos apresenta dimensões de ativismo judicial delimitados por três autores que serão reproduzidos neste trabalho. O primeiro é a de William Marshal, que traz o ativismo jurisdicional como uma das facetas do ativismo judicial. Aquele é caracterizado pelo significativo aumento, pelo Judiciário, da sua área de jurisdição, exemplo disso é a amplitude dos casos de legitimação processual. A segunda dimensão base para o estudo é a de Ernest Young, denominada de ativismo maximalista. Essa dimensão conversa com o meio em que os juízes formam seus posicionamentos, manifestando-se nas hipóteses em que o tribunal engrandece a si mesmo, ao decidir uma querela que não necessariamente lhe foi apresentada, mas é conexa ao caso, ou faz uso de um princípio mais amplo do que lhe é necessário, ou, ainda, ensaia resolver definitivamente uma matéria controversa antes que a sociedade requeira tal ação. Keenan Kmie traz uma dimensão ampla do ativismo, a qual se perfaz quando os juízes decidem já orientados por um resultado anteriormente visado. Encontra-se, nesses casos, uma intencionalidade na valoração judicial, o que poderia levar ao juiz a se perder de algumas regras de procedimento em sua decisão. Em conjunto, Marshall e Young apontam a dimensão partidária do ativismo judicial, a qual se completa quando o juiz desenha seu entendimento em concordância com as suas preferências políticas, resultado mais de alinhamento partidário do que de razões ideológicas⁴².

O ativismo judicial manifestado pelo Supremo Tribunal Federal está, muitas vezes, ligado à auto-expansão de suas competências, que, de acordo com Campos, torna-se notória através de algumas condutas:

- (i) uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do dispositivo normativo interpretado, (ii) atuação processual amplificada, (iii)

⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 552–553, v. 1. Campos deixa claro que o objetivo do seu trabalho não é fixar posicionamento sobre o ativismo judicial, e sim estudar a evolução da postura auto-restritiva do Tribunal até o predomínio do ativismo judicial. Contudo, para os fins deste trabalho, o posicionamento crítico será aprofundado apenas no tópico 2.

⁴² Campos cita como fonte: MARSHALL, William P. **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002, p. 120-121; YOUNG, Ernest A. **Judicial Activism and Conservative Politics**. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002, p. 1152. KMIEC, Keenan D. *The origin and Current Meanings of “Judicial Activism*. *California Law* 92 (5), 2004, p. 1144.

interferência incisiva no comportamento dos demais poderes, inclusive em questões de políticas públicas e sociais, (iv) ausência de deferências às decisões políticas normativas dos demais poderes mesmo nas hipóteses em que não se mostra clara a violação ao Texto Constitucional, (v) redução dos espaços de atuação da Jurisdição ordinária com a conseqüente concentração de poder em seu favor, (vi) avanço em solucionar casos por meio de fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado às vezes prescindir das mesmas, acabam por “decidir” casos futuros também, e (vii) afirmação de sua posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único⁴³.

A partir desse esboço, identifica-se sete dimensões do ativismo judicial que serão, a seguir, mais bem detalhas. A primeira delas é a dimensão metodológica, entendida como a postura dos ministros em interpretar a norma constitucional ou infraconstitucional aumentando ou reduzindo seu significado, para uma localização muito distante do seu sentido literal, seja o ultrapassando, seja não o alcançando. Outra possibilidade é a de o juiz expor pela primeira vez ao público a regulação de dispositivos constitucionais muito abstratos e compostos de grande carga de irresolução semântica aplicados a situações novas, imprevistas no texto constitucional, sem que haja intermédio do legislador. Com o intuito de esclarecer essa dimensão, colaciona-se decisão do Supremo Tribunal Federal, em que se veda a prática de nepotismo nos demais poderes, por aplicação imediata do princípio da moralidade administrativa, além de afirmar a dispensabilidade de lei formal para que isso ocorresse:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I- Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II- Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV- Precedentes V- RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.⁴⁴

A segunda dimensão é a processual, que se mostra através do alargamento que o Supremo vem realizando na seara de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais. Ou seja, as hipóteses em que há cabimento das ações e dos efeitos de suas decisões são ampliadas. Como exemplos tem-se: (i) o uso recorrente de sentenças que forjem os efeitos dessas decisões no tempo, mesmo que haja a previsão para tanto.

⁴³ A partir deste ponto, as dimensões utilizadas partem do estudo de Carlos Campos. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 558, v. 1.

⁴⁴ STF – Pleno, RE 578.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 24 out. 2008.

No art. 27 da Lei 9.868/98, resta claro que o seu uso recorrente pode ser identificado como um uso de poder político pelo Tribunal; (ii) a extensão da eficácia, em sede de mandado de injunção, das decisões; (iii) a procura pelo aumento do cabimento da reclamação constitucional. Dessa forma, pode-se perfazer o controle incidental de constitucionalidade no bojo das decisões; (iv) a implementação de súmulas vinculantes sem o requisito essencial, qual seja de decisões reiteradas; e (v) a tentativa de atribuir eficácia vinculante para as decisões de controle difuso de constitucionalidade, essa última sem êxito.

Sobre a reclamação, é necessário ressaltar um movimento recente no Supremo Tribunal Federal. Há já algum tempo, o Ministro Gilmar Mendes propõe o uso mais frequente da reclamação. Entretanto, é relativamente nova a sugestão de se efetuar o controle de constitucionalidade em sede de reclamação. O Ministro defende a possibilidade de o STF, em sede de reclamação proposta diante de lei análoga a diploma legal anteriormente identificado como inconstitucional, poder declarar, de maneira incidental, a inconstitucionalidade de lei até então não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade. Campos afirma que aconteceria uma progressão nos fins da reclamação expressos no art. 102, I, 1, da CF/88, na qual se incluiria uma função: a de protetora da ordem constitucional, equiparando-a às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. Com essa evolução, haver-se-ia mais uma oportunidade de se analisar matéria constitucional sem que se observe o rol taxativo de legitimados do art. 103 da Constituição Federal⁴⁵.

A terceira dimensão é a dirigista, a qual se mostra pela atitude do juiz em prescrever ações para políticas públicas, especialmente em relação a direitos sociais. Mais comumente encontrado em decisões de primeira instância, entretanto, o STF colaciona decisões relevantes nessa dimensão, alguns exemplos são a distribuição gratuita de remédios para portadores do vírus HIV e ofertas de vagas no ensino fundamental para crianças advindas de famílias com renda baixa⁴⁶.

A quarta dimensão do ativismo judicial, a estrutural, revela-se pelo comportamento de intervir o Supremo Tribunal Federal em temáticas usualmente isentas de controle de constitucionalidade e reservadas aos outros agentes políticos.

⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 564, v. 1.

⁴⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 561-589, v. 1.

Exemplo disso seria o controle de constitucionalidade sobre orçamento público. Em alguns casos, há controle do ato de confeccionar lei orçamentária que tenha clara afronta à Constituição Federal. Segue ementa de caso julgado pelo STF em que se mostra evidente o ativismo, por ingressar em uma das últimas searas do legislador imunes ao Poder Judiciário⁴⁷:

PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo.⁴⁸

A quinta dimensão, a intra-institucional, se interliga à dimensão processual, pois aquela é formada pelos resultados dos efeitos intra-institucionais desta. Ao alargar sua própria competência através do elastecimento das hipóteses de cabimento de suas ações e recursos e do alcance de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal age em prejuízo das outras instâncias. Colaciona-se a seguir ementa de decisão julgada pelo STF, em que o Ministro Gilmar Mendes propôs o uso da reclamação como ferramenta de controle de constitucionalidade incidental, sendo rechaçado pelo Ministro Ayres Brito e pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o que demonstra que o ativismo judicial pode não ser um fenômeno de todo o tribunal, mas a postura de apenas uma parcela dos Ministros⁴⁹:

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 563.

⁴⁸ STF – Pleno, ADI 2925, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 04 mar. 2005.

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*, FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 564, v. 1.

atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 "por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)", este se limitou "a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional". 3. Reclamação julgada improcedente⁵⁰.

A sexta dimensão é a maximalista, na qual o juiz intenta decidir de maneira a constituir copiosas regras para o futuro, além de utilizar justificativas teóricas bastante ambiciosas para os resultados de suas sentenças. Essa dimensão intensifica o sentimento de que a posição vinculante, em alguns casos, é a particular de um Ministro, e não a da Corte. Campos traz o exemplo da ADPF 45 em que o Ministro Celso de Mello profere extenso voto, no qual fez digressões doutrinárias sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, as obrigações do Estado, a reserva do possível, a judicialização da política e os limites do Judiciário nessa área. O caso foi extinto sem resolução de mérito, pela perda do objeto, e não poderia, por esse motivo, ser vinculativa tal decisão. Não obstante, foi usada pelo Ministro Eros Grau como precedente do Pleno, sendo utilizada como justificativa em temática semelhante.

A sétima e última dimensão é a antidialógica, que, para ser entendida, deve-se primeiro compreender a interpretação constitucional como um trabalho não monopolizado pelo Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal pode ter a competência para resolver um caso particular, entretanto, não necessariamente sobre toda a querela constitucional que o embasa. O processo de definição deve ser coordenado entre os demais poderes, ou seja, há de ser dialógico. Uma postura antidialógica aconteceria quando o Poder Judiciário coloca-se como único personagem desse processo, embarcando em uma posição autoritária.⁵¹

De modo geral, a esta abordagem das dimensões do ativismo judicial visou a possibilitar e a facilitar, na segunda parte do presente trabalho, o exame das condicionantes e do tipo de técnica empregada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol.

2 O CASO RAPOSA SERRA DO SOL

⁵⁰ STF – Pleno, Rcl. 3014, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ 21 maio 2010.

⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*, FELLETT, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1. pp. 560-566.

2.1 A relação dos povos indígenas com a terra.

Os povos indígenas possuem uma relação com a terra demasiado distinta da estabelecida pelas sociedades urbanas pós Revolução Social e Industrial do século XVIII. Na acepção da antropologia social, são povos sem Estado, pois, embora possuam unidade e cultura própria e disponham de autoridade e de liderança, esses poderes são praticados por cidadãos comuns como porção de seus deveres, ao contrário do que ocorre nas sociedades com Estado, onde há um grupo de pessoas investidas de poderes que agem como administradores profissionais⁵²

A posse indígena da terra se diferencia em muito da posse do Direito Civil. O art. 1204 do Código Civil define posse como o exercício pleno dos poderes inerentes da propriedade. Dentro dessa lógica, o que se sobressai é a noção do poder em dispor da coisa, da propriedade individual. As populações indígenas não enxergam a terra simplesmente como um objeto de produção e posse, mas a compreendem como uma relação especial e densamente espiritual, a qual se mostra primordial para sua existência, sua crença, seus costumes, suas tradições e sua cultura. A terra compõe condição de coesão do grupo e base de sua organização social, de sua alimentação e origem de suas tradições e costumes⁵³. Em seu relatório, o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão para Prevenção e proteção das Minorias do Conselho Econômico e Social da ONU assegura que todos os estudiosos sobre povos indígenas que enviaram trabalhos concernentes ao direito à terra afirmaram a suprema importância da terra para a sobrevivência das sociedades indígenas e para a conservação de suas identidades⁵⁴.

A Constituição de 1988 (CF), que avançou bastante em relação aos textos constitucionais anteriores ao tratar a questão indígena no Brasil, reconhece essa relação diferenciada com a terra. Em seu Título da Ordem Social, traz dois artigos que garantem o direito à diferença e à terra aos indígenas. O art. 231 da CF “assegura que são reconhecidos 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”. Dessa forma, os

⁵² Cf. SHIRLEY, Robert W. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997 apud BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001, p. 70

⁵³ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001, p. 70.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. E/cn.4/ sub.2/ 22 ago. 1985, p. 10 apud BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001, p. 70.

índios são titulares de direito congênito à terra, sendo a demarcação compreendida não como um marco gerador de direitos, mas somente como uma demanda constitucional que tem como fim proteger esses direitos. O parágrafo 1º do referido artigo traz o conceito de terras tradicionalmente ocupadas:

§ 1º - São 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 a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O texto constitucional expressamente afirma não se tratar apenas de terras fisicamente ocupadas pelos indígenas, porém de todas aquelas que, de acordo com os usos e os costumes, ajudam na manutenção e conservação das particularidades das sociedades indígenas. É essencial ressaltar que o termo “tradicionalmente” não faz menção a um critério temporal, conseqüentemente não deve por isso ser interpretado como essencial à ocupação antiga para que se tenha como caracterizado o direito de determinada etnia sobre a terra. A ocupação tradicional diz respeito à relação que a etnia indígena constrói com a terra, através de suas atividades culturais típicas⁵⁵. A Terra Indígena deve, para ser definida como tal, levar em consideração três dimensões diferentes e complementares, que fazem referência às distintas maneiras de ocupação indígena de uma terra, quais sejam: as terras ocupadas em caráter definitivo; as terras empregadas em atividades de produção; e as terras essenciais à conservação dos recursos ambientais imprescindíveis à sua subsistência e à continuidade da reprodução física e cultural.

Não é raro a idéia da cultura indígena vir acompanhada da noção de “imemorialidade” da habitação indígena em dada região. Da mesma forma, a caracterização do modo de vida desses grupos por meio da sua ligação com a natureza findaria por configurar o que seria a sua terra. Superficialmente, comprovar a ocupação de um grupo indígena em determinada área e, a partir daí, de sua adaptação ao meio habitado seria o bastante para restar configurada a relação que uma etnia estabelece com esta sua terra. No entanto, ao se analisar de maneira muito objetiva, nega-se o grande impacto que a colonização causou sobre os povos indígenas, pois muitos tiveram de se realocar em áreas que não têm correspondência com a sua localização histórica, nem

⁵⁵GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al (Org.) . **Makunaima Grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009, p. 72-74.

com o perímetro territorial ocupado no período anterior à dizimação causada pelo choque com as culturas colonizadoras. A dúvida que surge, em seguida, é se seria suficiente, nesse sentido, somente investigar documentação que comprove o lugar original daquele povo indígena. Para Dominique Gallois, nessa acepção, a terra seria somente um “pedaço” num território historicamente mais amplo. Como é de conhecimento geral, a quase totalidade dos grupos indígenas perdeu enormes parcelas de seus territórios, fragmentados em porções que são reivindicadas e demarcadas, dentro de um parcelamento que faz nascer novas reivindicações, embasadas no direito constitucional que dá ênfase aos direitos originários dos indígenas sobre suas terras, estejam ou não demarcadas⁵⁶.

Gallois afirma que a abordagem sobre direitos territoriais demanda uma análise cuidadosa das relações intrincadas entre “terras ocupadas em caráter permanente”, “terras utilizadas para atividades produtivas”, “terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural”. A justaposição permanente entre essas dimensões somente consegue ser notada através da avaliação de múltiplas maneiras de organização territorial de cada sociedade indígena. As formas específicas pelas quais distintos grupos indígenas estampam sua lógica territorial ao seu espaço, quando desconsideradas, correm o risco de diminuir a extensão das relações territoriais às atividades de subsistência e à produção. No momento em que se descreve as referidas relações como nichos ecológicos, analisando a forma de interação do grupo com a terra apenas a partir da suposta acomodação cultural, mormente tida por “tradicional”, toda a abundante variação de formas de territorialização indígena será reduzida à concepção de limites de terra unicamente pelo modo de produção. Por fim, a indispensabilidade de pesquisa de cada caso ocorre em razão da existência de distintas lógicas espaciais indígenas, logo, de diferentes maneiras de disposição territorial. É nesse aspecto que o território de um grupo pode ser entendido como substrato de sua cultura⁵⁷.

2.2. Apresentação do caso

O processo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi concluído

⁵⁶ GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 38-39.

⁵⁷ GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 38-39.

em 2005. A discussão em torno daquelas terras, entretanto, arrasta-se desde 1977, quando foi constituído Grupo de Trabalho para a delimitação de terras indígenas no então Território Federal de Roraima, por meio da Portaria nº GM/111 do Ministro do Interior⁵⁸. O Grupo de Trabalho apontou preliminarmente que a área a ser demarcada, para o território da Raposa Serra do Sol, seria de 1,33 milhão de hectares⁵⁹.

Em 1979, foi instituído o Grupo de Trabalho (GT), para que fosse definida a área a ser demarcada pela FUNAI através da Portaria 509/1979. Esse GT concluiu seus estudos entendendo que a delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol deveria abarcar 1.350.000 hectares. A proposta de demarcação da Terra Indígena, porém, não foi aprovada pelo presidente da FUNAI. Em 1983, foi publicado o Decreto nº 88.118/83, que alterou a metodologia para demarcação de terras indígenas. O processo, que anteriormente ocorria sob a competência da FUNAI, tanto no que concerne à iniciativa, no que tange às coordenadas do procedimento, passou a ser manejado por duas instâncias. A primeira tinha a competência para expedir parecer conclusivo a respeito da delimitação da área defendida pela FUNAI. Essa instância seria formada por representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio, além de haver a possibilidade de requisitar a colaboração de órgãos estaduais e federais que fossem convenientes ao procedimento. A segunda instância era composta por representantes do Ministério de Estado do Interior e Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, tendo a função de emitir a decisão final a respeito dos limites a serem reconhecidos e demarcados. Ao final, se aprovada, tal decisão deveria ser levada ao Presidente da República para que constituísse o perímetro a ser demarcado, por meio de Decreto.

Os trabalhos desenvolvidos, em 1984, não foram conclusivos. No entanto, tiveram grande importância, pois houve deslocamento por parte dos integrantes do Grupo de Trabalho ao território Raposa Serra do Sol, além da manifestação de várias lideranças indígenas sobre os limites do território por eles ocupado tradicionalmente⁶⁰.

⁵⁸ Em 1943, com o desmembramento do município do Estado do Amazonas, foi criado o Território Federal de Rio Branco, que, em 1962, passou a se denominar Roraima. Sua ocupação efetiva só ocorreu graças à descoberta de ouro e diamantes. Em 1988, foi transformado em Estado. Disponível em: <http://www.portalroraima.rr.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=88&Itemid=1>. Acesso em: 6 nov. 2011.

⁵⁹ GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al (Org.). **Makunaima Grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009, p. 84.

⁶⁰ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe:** a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 85.

Em 1988, outro Grupo de Trabalho interministerial produz um levantamento fundiário e cartorial, mas não chega a conclusão sobre a área. No ano de 1992, a FUNAI decide reestudar a área e formar novamente um Grupo de Trabalho Interministerial. No ano seguinte, o Grupo de Trabalho entrega parecer com caráter conclusivo que propunha ao Ministério da Justiça reconhecimento de terra contínua de 1,67 hectares⁶¹.

Em 1996, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso assinou o Decreto nº 1.175 que introduziu, no processo de reconhecimento de Terras Indígenas, o princípio do contraditório, admitindo, dessa maneira, a contestação por parte de todos os atingidos. Sobre o contraditório, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) questionou os prazos determinados pelo novo Decreto, pois não há período certo para apresentar contestação. Dessa maneira, seria tempestiva a contestação desde que o decreto homologatório não tivesse sido publicado. Face ao novo procedimento, o CIMI enfatizou que as novas regras formariam impasses, como: a pressão que poderia ser criada a partir de várias contestações cabíveis a qualquer tempo, o que poderia levar a relatórios parciais; o reduzido prazo fornecido ao órgão assistencial ao índio para responder a todas as contestações apresentadas; e o possível reexame de todos os trabalhos demarcatórios, mesmo os de áreas já homologadas, porém ainda não registradas⁶².

Foram apresentadas quarenta e seis contestações administrativas em desfavor da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tanto pelo Governo de Roraima e Município de Normandia, quanto por ocupantes não-índios. Na contestação apresentada pelo Estado de Roraima, foi alegada preliminarmente: a nulidade do processo demarcatório, pela não observância da Portaria nº 14, de 9 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça, com relação à feitura do laudo antropológico; a não observância do devido processo legal, tendo como base o Decreto 1.775/96; e a realização do procedimento demarcatório por órgão sem competência, no caso a FUNAI, ao invés do Incra, órgão competente para demarcação das terras da União. No mérito, foi alegado que a Constituição apenas asseguraria direitos indígenas àqueles índios que vivem em isolamento completo. O Estado de Roraima requereu, então, a demarcação em ilhas, de modo a abranger apenas poucos adensamentos de indígenas isolados. O Município de

⁶¹ GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al (Org.). **Makunaima Grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009, p. 85

⁶² GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al (Org.). **Makunaima Grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009, p. 86.

Normandia renovou os termos de contestação do Estado de Roraima, ressaltando, porém, o interesse na ocupação particular das terras, que, pelas receitas tributárias produzidas, deveriam ser reconhecidas como municipais. Em resposta, a FUNAI assegurou que o procedimento ocorreu de acordo com o Decreto nº 22/1992, que era vigente durante a realização do procedimento demarcatório, e que a Portaria do Ministério da Justiça que versava sobre o laudo antropológico ainda não era vigente no período de preparação do relatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. No que diz respeito à competência da FUNAI para demarcar, ela defendeu o posicionamento de que a lei de formação e atribuição de competências ao Incra (Lei Federal nº 6338/76) não retirou a competência da FUNAI, de caráter especial, atribuída pelo Estatuto do Índio. Quanto ao mérito, a resposta da FUNAI foi de que o Estado de Roraima e o Município de Normandia, em suas alegações, partiram de conceitos falsos, como o que afirma que apenas seria garantido o direito à terra indígena àquele índio totalmente isolado, e o que exige ocupação indígena por no mínimo até a data do começo da vigência da Constituição de 1988. Falsos, por um lado, porque não há, na Constituição Federal, menção a “índios isolados”, e, por outro lado, porque desde a Constituição de 1934 já havia sido garantida a intangibilidade das terras indígenas no Brasil⁶³.

O então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, através do Despacho nº 80/96, rejeitou os pedidos de contestação. No supracitado despacho, afirmou que, apesar de se poder apontar critérios objetivos para a delimitação da terra indígena, não se trabalharia com parâmetros matemáticos para se chegar ao perímetro de terra adequado às necessidades culturais e materiais essenciais à preservação das etnias indígenas. Foi ressaltada, pelo Ministro, a particularidade de aquela terra indígena ser dividida em espaços distintos para as atividades do cotidiano e para as atividades culturais e reprodutivas. Entre os critérios objetivos sugeriu uma diminuição de cerca de 300 mil hectares da área, excluindo as áreas de ocupação pública, como sedes de municípios e alguns vilarejos de garimpagem, algumas estradas e fazendas tituladas pelo Incra, o que, na prática, resultaria na separação da área em cinco partes⁶⁴. A FUNAI, em resposta, encaminhou ao então novo Ministro Renan Calheiros o Ofício nº 0371/98, pelo qual pedia a reconsideração do Despacho nº 80/96, por entender que sua implementação resultaria na exclusão de terras utilizadas tradicionalmente para atividades de produção,

⁶³ GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al. (Org.). **Makunaima Grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009, p. 86-89

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 89-90

bem como que essas áreas seriam, igualmente, essenciais à conservação de recursos ambientais e à reprodução física das comunidades indígenas ocupantes da Terra Indígena Raposa Serra do Sol⁶⁵. Frente à pressão feita pelos movimentos indígenas, o Ministro Renan Calheiros revogou o Despacho nº 80/96, através do Despacho nº 50/98, no qual decidiu que as situações controversas ficariam para ser resolvidas posteriormente. O Ministro Calheiros publicou, em seguida, a Portaria nº 820/98, na qual declarou ser a Terra Indígena Raposa Serra do Sol de extensão contínua de 1,67 milhão de hectares de posse permanente dos povos indígenas. Restaram excluídos da demarcação somente a área do 6º Pelotão Especial de Fronteiras e o Município Uiramutã. Ao se ter delimitada a área, após a determinação dos marcos oficiais, a demarcação deveria ser homologada, através de decreto pelo Presidente da República. O Decreto de Homologação, entretanto, não foi editado, em razão da concessão de liminar pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de mandado de segurança, que possibilitou a conservação dos núcleos urbanos e rurais presentes nos limites da área indígena. Em 2002, o mandado de segurança foi extinto sem julgamento do mérito⁶⁶

Em consequência do elevado número de conflitos entre indígenas e agricultores, além do considerado número de litígios judiciais, no primeiro governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, continuou-se o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e de retirada de não-indígenas da área. O então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos emitiu a Portaria nº 534/2005 delimitando a área contínua de 1,74 milhão de hectares e declarando aos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana a posse permanente sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Sobre as áreas localizadas dentro da fronteira da terra indígena que foram alvo de controvérsias, a Portaria excluiu a área do 6ª Pelotão Especial de Fronteiras, o Município de Uiramutã, as linhas de transmissão de energia elétrica e as rodovias públicas estaduais e federais, além de ter submetido o Parque Nacional do Monte Roraima, criado em 1989, ao regime jurídico de dupla afetação e à gestão compartilhada, com a finalidade de preservação do meio ambiente e de garantia do modo de vida tradicional daqueles povos indígenas. O Presidente Lula, por meio de Decreto, homologou a demarcação administrativa, em 2005, quando confirmou a dupla

⁶⁵ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 98

⁶⁶ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 98–99.

afetação do Parque Nacional do Monte Roraima, que deveria ser administrado pela FUNAI, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis (IBAMA) e pela comunidade indígena Ingarikó. Igualmente, assegurou a entrada das Forças Armadas e da Polícia Federal na área demarcada. O encerramento do procedimento administrativo homologatório não extinguiu o conflito fundiário, tanto entre entes federativos, quanto entre índios e não-índios. O Governo Federal, com a intenção de pôr fim a essas tensões, editou decreto federal, onde se criou o Comitê Gestor, que deveria, articulado com o governo estadual e governos municipais, preparar um plano de desenvolvimento sustentável estadual. Igualmente, foi proposta a criação de um grupo interministerial para a análise da viabilidade de se destinar terras da União para o Estado de Roraima. Outra iniciativa tomada foi o reassentamento dos garimpeiros, agricultores e agropecuaristas em outras áreas da União. Apesar da cautela no procedimento de desintrusão, ou seja, de saída dos não-indígenas do território indígena, o resultado foi de violência agrária e inúmeras ações judiciais em todas as instâncias da Justiça⁶⁷.

2.3. O julgamento do caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal

A Ação Popular nº 3388 contra a União foi ajuizada em 20 de maio de 2005, pelo Senador de Roraima Augusto Affonso Botelho Neto, com pedido de efeito suspensivo liminar, no Supremo Tribunal Federal, face à Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, e Decreto (não numerado) de 15 de abril de 2004, do Presidente da República, pelo qual foi declarada e homologada a Terra Indígena Raposa Serra do Sol⁶⁸. A parte autora impugnou a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pedindo, no mérito, que fosse declarada a nulidade da Portaria nº 534/2005, sob a justificativa de que esta conservava vícios da Portaria nº 820/98, em decorrência do desrespeito às normas dos Decretos nº 22/91 e nº 1775/96. O processo de demarcação estaria, de acordo com a petição inicial, contaminado, desde a origem, com vícios irremediáveis. Tais vícios seriam: a exclusão de algumas figuras importantes ao procedimento de demarcação sem justificativa, como os indígenas não favoráveis à demarcação em área contínua, os acadêmicos, os Municípios com terras em área

⁶⁷ GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al (Org.). **Makunaima Grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009, p 95-96.

⁶⁸ A Ação Popular de nº 3388 não foi a primeira ação a tramitar no Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, mas ganha relevância por ter sido a primeira a dar uma decisão definitiva sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

demarcada, os não-índios agropecuários, os comerciantes, os arroteiros e os garimpeiros. Outro aspecto levantado foi o de que o laudo antropológico da FUNAI seria somente uma reprodução de laudo já apresentado anteriormente para embasar outro tipo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Alegou-se que apenas um antropólogo havia assinado tal laudo, o que poderia ser traduzido como parcialidade no procedimento. Por fim, afirmou-se que o relatório antropológico sobre a demarcação não teria sopesado as consequências da demarcação para a economia do Estado de Roraima.

As outras alegações da parte autora seriam no sentido de que, pelo fato de o laudo antropológico essencialmente servir de fonte de justificação para a resolução do Governo Federal quanto à demarcação da área como contínua, os vícios supracitados implicariam malefícios irremediáveis à segurança nacional, pois a área se localiza em região de fronteira, e haveria pretensões da Venezuela em avançar seus territórios até o rio Essequibo, território fronteiriço ao da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Da mesma forma, resultaria em desvantagem aos próprios indígenas, tanto porque diferentes etnias teriam de conviver no mesmo espaço, quanto pelo fato de que os indígenas já integrados à sociedade não poderiam ter acesso àquela área, já que não indígenas não poderiam trafegar ou permanecer na reserva indígena. A demarcação, por afetar mais da metade do território do Estado de Roraima, resultaria no desequilíbrio do pacto federativo, impedindo grandes regiões do Estado de serem alvo de políticas públicas futuras.

Ao fim da petição inicial, o autor assevera que o Senado Federal criou uma comissão que elaborou um relatório propondo demarcação descontínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Para tanto seriam excluídas áreas essenciais à exploração econômica: as sedes dos municípios de Água Fria, Socó, Vila Pereira e Mutum, o Parque Nacional Monte Roraima, as estradas estaduais e federais localizadas no território, garantido o seu livre acesso, as áreas tituladas pelo INCRA, os imóveis com datas de posse anteriores a 1934 e a faixa de quinze quilômetros ao longo da fronteira do Brasil com Guiana e Venezuela. Nos pedidos, o autor popular solicita a suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005 e do Decreto Presidencial Homologatório de 15 de abril de 2005 e, finalmente, que seja julgada procedente a ação, determinando a nulidade da Portaria nº 534/2005, pois decorreria de procedimento demarcatório viciado que afrontava os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança

jurídica, da legalidade e do devido processo legal⁶⁹.

A União apresentou sua contestação, na qual refutou as alegações contidas na inicial, apresentando um levantamento histórico da ocupação indígena na região, com o intuito de provar historicamente a posse imemorial e tradicional daquelas etnias⁷⁰. Narrou a evolução legislativa indígena desde a colonização e recorreu à Constituição Federal de 1988 para demonstrar que o processo demarcatório não constitui direito aos indígenas, mas reconhece e declara direitos originários. Afirmou a União não haver lesão ao patrimônio público por ilegalidade ou imoralidade, acrescentando que o autor não conseguiu provar a ocorrência dos vícios indicados na inicial, colocando, por fim, que é previsível, num processo demarcatório dessa proporção, haver diferença de 68.664 hectares percebida entre a área da Portaria nº 820/98 e a da Portaria nº 534/2005.

O Ministério Público Federal, em 25 de abril de 2008, apresentou parecer no qual se manifestou pela improcedência da ação. Durante o processo, outras entidades solicitaram integrar os pólos da ação. A FUNAI, em 5 de maio de 2008, quando já estava encerrada a fase de instrução processual, requereu o ingresso como juridicamente interessada. Em 7 de maio de 2008, o Estado de Roraima protocolou petição, para requerer seu ingresso no feito, sob a alegação de existência de litisconsórcio necessário. Em 13 de maio de 2008, manifestaram-se no processo Lawrence Maly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massani Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartieiro, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell Ribeiro Peres, todos ocupantes não indígenas da área a demarcada, apresentando pedido de assistência litisconsorcial no pólo ativo da ação. Basicamente, em referidas manifestações, as alegações já constantes nos autos foram reforçadas.

O Estado de Roraima, no entanto, trouxe novos argumentos, tais como: a alegação de inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91; a não possibilidade de superposição de parque nacional e terra indígena; a nulidade do alargamento do perímetro da Terra Indígena, que deveria ter sido feita por força de lei e não pelo Decreto nº 534/2005; a ofensa ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista o atendimento exclusivo dos direitos indígenas em prejuízo do princípio da livre

⁶⁹ RR/EH. Conheça os argumentos da ação em julgamento pelo Plenário do STF sobre Raposa Serra do Sol. **Notícias STF**, Brasília, 27 ago. 2008. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100625/conheca-os-argumentos-da-acao-em-julgamento-pelo-plenario-do-stf-sobre-raposa-serra-do-sol>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

⁷⁰ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 130.

iniciativa; a falta de audiência do Conselho de Defesa Nacional; e a falta de possibilidade de desconstituição de títulos de propriedade e de municípios através de decreto presidencial. Em relação aos pedidos, o Estado de Roraima requereu: i) a admissão de demarcação em ilhas; ii) a exclusão da área de 150 quilômetros correspondente à faixa de fronteiras; iii) a demarcação com a exclusão das sedes do Municípios de Uiramutã, Pacairama e Normandia; iv) exclusão de plantações de arroz, áreas de construção e inundação da hidrelétrica de Contigo, da área do Parque Monte Roraima, de rodovias federais e estaduais; v) a retirada da área demarcada de imóveis com propriedade ou posse antes de 1934 e de terras intituladas pelo INCRA antes de 1988; vi) proibição de a União demarcar qualquer tipo de área e Roraima.

Em 14 de maio de 2008, a Comunidade Indígena do Barro e a Comunidade Indígena Socó requereram o seu ingresso no processo como assistentes litisconsorciais da União. Segundo Luciana Nogueira Nóbrega, a petição das Comunidades Indígenas merece destaque, porque constitui a primeira oportunidade de se escutar os indígenas falando deles mesmos, tendo em vista que, nas outras peças processuais, falava-se *sobre* eles. As Comunidades peticionantes aproveitaram para questionar o modelo de desenvolvimento defendido pelo Estado de Roraima voltado para as culturas extensivas de arroz e gado e para afirmar a contribuição que a participação indígena, a qual representa 49% da população rural do Estado, no seu desenvolvimento⁷¹. Resumidamente, são essas as alegações que foram apresentadas aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Relator Carlos Britto votou pela total improcedência da ação popular nº 3388, igualmente, revogou a liminar conferida na ação cautelar nº 2009 e determinou a retirada dos indivíduos não-índios da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, após o voto do relator, pediu vista dos autos, interrompendo o julgamento. O julgamento foi retomado em 10 de dezembro de 2008. O Ministro Carlos Direito julgou a ação parcialmente procedente, sendo o seu voto foi a favor da demarcação contínua, porém propôs condições ao usufruto dos indígenas sobre as terras. No mesmo dia, a Ministra Cármen Lúcia, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e a Ministra Ellen Gracie votaram e julgaram parcialmente procedente para que fossem observadas as dezenove condicionantes levantadas pelo Ministro Carlos Direito. A Ministra Cármen Lúcia fez ressalvas, no entanto, quanto às

⁷¹ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 142.

condicionantes dez, dezessete e dezoito. Em seguida, votou o Ministro Joaquim Barbosa pela total improcedência da ação. O Ministro Carlos Britto reajustou o seu voto reunindo as condicionantes à sua decisão, mas fez ressalvas quanto ao item nove. Em seguida, o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos. No dia 18 de março de 2009, o julgamento foi retomado, oportunidade em que, o Ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido do autor. Na sequência, o Ministro Celso de Mello julgou a ação parcialmente procedente. O Ministro Gilmar Mendes foi o último a proferir voto, decidindo pela procedência parcial do pedido⁷².

2.3.1 Ativismo judicial no julgamento raposa serra do sol

O caso Raposa Serra do Sol foi paradigmático, pois garantiu o acesso à terra aos indígenas de maneira contínua. Superficialmente, poder-se-ia afirmar que foi mais um caso em que o Judiciário garantiu direitos fundamentais às minorias. Entretanto, ao se estudar o voto do Ministro Relator, percebe-se uma restrição a esses direitos. Mais do que isso: exsurge uma discussão jurídica de fundo, que é a referente aos limites da atuação do Poder Judiciário. As condicionantes – a respeito das quais se falará mais detidamente adiante – asseguram o direito à terra de forma restritiva, em pontos que a Constituição Federal não o fez. A técnica utilizada no julgamento mesclou inovações com repetições de dispositivos já consagrados na legislação, simulando algo que seria apenas a reafirmação de normas constitucionais. No entanto, o que foi formulado no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi um verdadeiro estatuto sobre demarcação de terras indígenas.

A decisão foi marcada, em diversos momentos, pelo ativismo judicial, que ocorreu tanto na dimensão processual, quanto na maximalista, a começar pelo tipo de ação escolhida para pôr fim ao conflito sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A Ação Popular é um meio processual pelo qual qualquer cidadão pode questionar judicialmente atos da administração pública que, pelo seu entendimento, tenham lesado o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente ou o

⁷² STF – Plenário. Ação Popular nº 3388. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 06 nov. 2011; GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al (Org). **Makunaima Grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009, p. 119; NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 169-229.

patrimônio histórico e cultural. Três requisitos são necessários para prosseguir com a ação popular: a condição de cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos; a lesão ao patrimônio público; e a imoralidade ou ilegalidade do ato praticado pelo agente público. A ausência de qualquer um desses inviabiliza a ação. A Ação Popular não é o instrumento correto para debater lei em tese. Dessa forma, não existiria, dentro de seu espectro de aplicação, a possibilidade de regulamentação de direitos territoriais indígenas. Hely Lopes Meireles analisa que “[...] o pronunciamento do Judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação”⁷³. Os Ministros do STF, entretanto, preferiram dar parcial provimento à ação e a enxergaram como meio para regulamentar as futuras demarcações de terras indígenas. Fica clara, nesse caso, a postura ativista, em sua dimensão processual, quando o Supremo Tribunal Federal aumenta o campo de emprego e de utilidade dos remédios processuais constitucionais que estão à sua disposição, expandindo, pois, as hipóteses de cabimento das ações, dos seus recursos e dos efeitos de suas decisões. A inovação ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, em vez de se ater à existência de vícios que levassem à nulidade, fixou dezenove condicionantes que devem reger a interpretação e a concretização, segundo a visão dos Ministros, dos direitos fundamentais indígenas decorrentes do direito à terra, alargando, então, o rol de incidência da decisão. O Ministro Joaquim Barbosa, frente às inovações trazidas pelas condicionantes, defende a oportunidade de as partes as discutirem no curso do processo:

As dezoito propostas feitas no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito inovam, radicalmente, em relação ao que foi proposto na ação popular. Não se debateu a respeito dessas propostas em nenhum momento ao longo da discussão desse processo. Portanto, eu acho perfeita. Se a Corte está determinada a impor essas dezoito condicionantes, que ela, pelo menos, ouça o que as partes interessadas tem a dizer sobre elas⁷⁴.

Por outro lado, igualmente está presente nesse julgamento a dimensão maximalista do ativismo judicial. Essa dimensão, já anteriormente discutida, perfaz-se quando o juiz intenta decidir casos de maneira tal, que amplas regras sejam fincadas para lides futuras. Da mesma forma, por tal dimensão, procura-se justificar a sua

⁷³ MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 128.

⁷⁴ STF - Plenário. Ação Popular nº 3388. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

decisão com teorias ambiciosas para os seus resultados. O Ministro Gilmar Mendes assume a sua intenção de aplicar a decisão da Ação Popular nº 3388 em outras demarcações de terras indígenas no Brasil, asseverando em seu voto que:

A decisão que tomamos hoje, portanto deve também estar voltada para o futuro. Não devemos apenas mirar nossa atenção retrospectiva para quase três décadas de conflitos nesse difícil processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Devemos, isso sim, deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento dos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam. Essa é a lição que temos a oportunidade de deixar assentada no julgamento de hoje. Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro – não apenas a União, mas a federação em seu conjunto – efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação⁷⁵.

Um pouco mais adiante, durante um debate, o Ministro Joaquim Barbosa protesta novamente sobre o ativismo judicial que se firmou na decisão do caso Raposa Serra do Sol. Em suas palavras:

Ministro Menezes Direito, creio que nós estamos aqui embrenhando numa seara na qual o Supremo Tribunal Federal não tem nenhuma experiência. Nós estamos adentrando o campo do que se chama judge-made law. É o tipo de atividade típica de países em que o Poder Judiciário faz o direito.⁷⁶

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima critica o ativismo judicial e afirma que o inciso II do art. 5º da Constituição Federal consolida uma das conquistas irrefutáveis do constitucionalismo liberal democrático, qual seja, o princípio da legalidade, que garante que não se pode exigir determinada conduta de alguém, senão em função de lei. Outro princípio o antecede, a igualdade de todos perante a lei. O autor afirma que essa ordem de princípios não está posta ao acaso. Apenas se pode pensar em uma república democrática onde se tenha igualdade e legalidade democrática. A pergunta que segue é imperiosa: se ninguém é obrigado a fazer ou se abster de fazer algo senão por exigência de lei, como se pode ordenar que alguém, que se encontra fora do alcance da decisão, faça ou deixe de fazer algo em virtude de decisão do Supremo Tribunal Federal? Lima usa o exemplo da súmula vinculante para demonstrar a ofensa ao princípio da legalidade:

⁷⁵ STF – Plenário. Ação Popular n. 3388. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?ocTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

⁷⁶ STF – Plenário. Ação Popular n. 3388. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

[...] na medida em que efeito e súmula vinculante se estendem a todos os órgãos do Poder Judiciário a todas as esferas públicas da administração brasileira, tem-se que muitos brasileiros farão e deixarão de fazer coisas não em virtude de lei, mas em virtude de decisão judicial.⁷⁷

No caso Raposa Serra do Sol, mesmo não sendo súmula vinculante, o resultado é o mesmo, pois foram criadas imposições gerais para serem aplicadas em demarcações futuras de terras indígenas, como pode ser percebido pelo discurso do Ministro Gilmar Mendes acima colacionado. Não tem como ser quebrado o encadeamento da idéia de que a origem da supremacia da legalidade está no papel do poder legislativo, primeiro representante da soberania popular.

O contra-argumento, bastante utilizado, é que o Supremo Tribunal Federal serve como um aliado na função de proteger princípios e direitos essenciais à democracia, em confronto com as mudanças que são voltadas a privilegiar exigências de ordem econômica ou projetos de governo, limitando, dessa forma, o poder de reforma constitucional. Oscar Vilhena Vieira acredita que a Constituição age como um mecanismo de desaceleração de planos políticos, conferindo-lhes tempo para avaliações mais ponderadas que preservem direitos individuais. O controle de constitucionalidade agiria, assim, como uma ferramenta para garantir a supremacia da Constituição. Tendo em vista que a limitação da discricionariedade dos juízes na interpretação constitucional deve ser buscada, a solução seria, então, submeter o processo interpretativo não apenas às leis, mas a princípios morais que fazem parte do direito. A justificativa e a fundamentação das decisões, entretanto, deveriam rejeitar tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico. Dando vazão à negação do jusnaturalismo, por não ver plausibilidade em qualquer postulação que exija a predominância de uma razão universal atemporal, rejeita igualmente o positivismo, pois entende que as cláusulas que dão substância à atuação da jurisdição constitucional precisam de algo maior do que a pura positivação. Nesse passo, conclui Vieira que a função de interpretar a Constituição e os limites fornecidos pelas cláusulas pétreas é dos juízes constitucionais, e não dos legisladores, uma vez que aqueles têm de justificar sua decisão em princípios e em argumentos racionais, enquanto estes podem vir a ceder a pressões políticas e a

⁷⁷ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Súmula Vinculante e Constituição Dirigente: uma questão de soberania. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al (Org.). **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra, 2008, p. 281.

submeter algumas normas a interesses privados⁷⁸.

Conrado Hübner Mendes parte desse ponto para afirmar que, ainda que o conteúdo abstrato tenha valor sob critérios substantivos de justiça, esse conteúdo necessita de adensamento a cada caso concreto. Independente do conteúdo da decisão, é essencial saber qual autoridade deveria decidir. Discordando de Vieira, afirma que não há nada que indique que o juiz seja mais propenso a tomar decisões mais justas e racionais do que o legislador⁷⁹.

A análise das condicionantes, a seguir, tem a finalidade de observar mais profundamente as consequências do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, que, nesse caso, não serviu como guardião dos direitos fundamentais; ao contrário, estabeleceu regras que ofendem o direito à terra indígena e à sua autonomia.

2.3.1.1 Condicionante nº 1⁸⁰.

A primeira condicionante afirma que:

O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar.

Apesar de a própria condicionante ter mencionado dispositivos da Constituição Federal de 1988⁸¹, que tratam do usufruto pelos indígenas, há inovação ao permitir que esse direito possa “ser suplantado de maneira genérica sempre que houver relevante interesse público da União”. Ao assegurar essa suplantação de forma genérica, o direito ao usufruto perde a qualidade de direito e passa a ser apenas uma escolha do Estado a depender da presença ou ausência de relevante interesse público da União. A

⁷⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 16.

⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

⁸⁰ Os títulos dos subtópicos 2.3.1.1 a 2.3.1.18 correspondem ao texto das condicionantes determinadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

⁸¹ Art. 231. São reconhecidos 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. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

modificação aos dispositivos foi sutil, entretanto, retirou força normativa do art. 231 da CF/88, por tornar desnecessária a ponderação de interesses e desde logo assegurar que, diante de um embate entre esses dois pólos, dar-se-á provimento ao relevante interesse público da União, em detrimento à garantia aos indígenas de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos⁸².

2.3.1.2 Condicionante nº 2 e Condicionante nº 3.

As condicionantes nº 2 e nº 3 respectivamente determinam que:

O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Essas duas condicionantes guardam relação com o art. 231, § 3º, da CF/88, que assegura:

Art. 231. São reconhecidos 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.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (grifo nosso)

Da mesma forma que na condicionante nº 1, os Ministros utilizaram como base dessas condicionantes um dispositivo constitucional, excluindo, no entanto, a expressão “ouvidas as comunidades afetadas”. Retirou-se o direito à autodeterminação indígena, no momento em que se reduziu o texto constitucional, sem fundamento jurídico para tanto. Os Ministros se apoderaram da função de Poder Constituinte ao modificar a Constituição Federal.

2.3.1.3 Condicionante nº 4.

⁸² COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Revista Internacional de direitos humanos**. vol.6 n.10. São Paulo: Junho 2009, p. 18-23; NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 256

O conteúdo da quarta condicionante exprime que “o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira”.

A Constituição Federal no art. 231, § 7º, determinou que “não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º”, que, por sua vez, dispõe:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

A leitura que se faz do texto constitucional é que, em terras indígenas, não deve o Estado incentivar e auxiliar a atividade do garimpo, não sendo evidente se faz parte do usufruto indígena a faiscação e a garimpagem. Por outro lado, o Estatuto do Índio, em seu art. 44, determina que “as riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas”. Há parcial contrariedade da condicionante em relação à disposição legal, já que aquela reduz parte do direito territorial indígena ao submeter a atividade de garimpo e faiscação à permissão de órgãos competentes.

2.3.1.5 Condicionante nº 5.

A quinta condicionante assevera que:

O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo as riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

Essa condicionante forja uma superioridade valorativa à política de defesa nacional frente ao usufruto indígena, pois este fica dependente da compreensão que o Ministério da Defesa e o Conselho de Defesa Nacional têm sobre segurança nacional. Essa intervenção em território indígena nem mesmo fica restrita a áreas de fronteira, o

que poderia ser uma justificativa a tamanha sujeição.

Outro ponto relevante dessa condicionante é o explícito desinteresse em consultar as comunidades indígenas diretamente interessadas. O artigo 6º da Convenção nº 160 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais assegura aos índios o direito à consulta sobre medidas legislativas ou administrativas que os afetem diretamente, como se pode aferir do texto colacionado a seguir:

Art. 6º da OIT: 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

A referida Convenção foi integrada ao ordenamento brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 143/2002 e do Decreto Presidencial nº 5051/2004. Logo, o direito à consulta prévia, à época da decisão do caso Raposa Serra do Sol, já estava em plena vigência. O Supremo Tribunal Federal suprimiu esse direito e escolheu subjugar os interesses dos povos indígenas à percepção do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional.

2.3.1.6. Condicionante nº 6.

O conteúdo da sexta condicionante determina que:

A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

O direito das comunidades indígenas à consulta é igualmente retirado na condicionante nº 6, que prima pela atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, em prejuízo dos direitos de que as sociedades indígenas são detentoras. Novamente, a restrição de direitos aos indígenas ocorre não apenas na faixa de fronteira, o que, para Luciana Nogueira Nóbrega, deixa clara a maneira com que os indígenas são

enxergados, isto é, como uma ameaça à soberania nacional. Assim, a mesma força com a qual se resolve a construção de bases, unidade e postos militares em terra indígenas não é vista ao se cogitar a instalação dos mesmos recursos em extensas propriedades privadas, estejam ou não em área de fronteira⁸³.

2.3.1.7. Condicionante nº 7.

A sétima condicionante trata de direito à consulta, novamente, não há expressa alusão ao direito à consulta prévia aos povos indígenas afetados:

O usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação.

Segundo Christian Courtis, uma das temáticas de maior importância, no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas, é o direito das comunidades indígenas de serem consultadas, de maneira apropriada, antes de tomadas de decisões pelas autoridades públicas que possam atingi-las. Aponta como medidas aquelas que envolvam:

[...] a exploração dos recursos naturais que se encontrem em seu território, a construção de obras de infraestrutura que venham a afetar esse território, prestação de serviço educativo nas comunidades indígenas e o esboço de planos de desenvolvimento para os povos e comunidades indígenas⁸⁴.

Por ser requisito inerente ao procedimento, que deve ser executado obrigatoriamente antes da resolução administrativa, o seu não cumprimento determina a invalidez dos atos administrativos executados sem respeito à exigência de consulta. A Convenção nº 169 da OIT vem a ser o instrumento normativo internacional em que esse direito aparece constituído com maior evidência⁸⁵.

2.3.1.8. Condicionante nº 8.

A oitava condicionante versa sobre a administração da Terra Indígena Raposa

⁸³ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 258.

⁸⁴ COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **In: Rev. int. direitos humanos**. v. 6 nº.10. São Paulo: Junho 2009, p. 18-23.

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p.18- 23

Serra do Sol: “o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade”.

Há, em nosso ordenamento jurídico, dispositivo que prevê a hipótese de conservação de recursos naturais e a sua administração. Trata-se do art. 15 da Convenção nº 169 da OIT, que assevera:

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Ao decidir pelo monopólio da administração por parte do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, excluindo da gestão as comunidades indígenas, cuja origem de todas as tradições se encontra fincada no Monte Roraima, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, através dessa condicionante, retiraram dos povos indígenas a autonomia de administrar parte da área que tradicionalmente habitam. Destinar a gestão exclusivamente ao Instituto revela, por parte dos julgadores, a desvalorização e a descrença no conhecimento daqueles povos sobre o meio ambiente e a sua preservação⁸⁶.

Bensusan defende uma política integrada de gestão territorial, que reconheça o papel das populações indígenas na manutenção da biodiversidade brasileira e na conservação de recursos naturais. Sugere, igualmente, a superação do “mito da natureza intocada”, que se fundamenta na idéia de que há regiões do nosso planeta que ainda não foram tocadas pelo ser humano, devendo, justamente por isso, ser conservadas. O que o autor demonstra, entretanto, é que várias pesquisas antropológicas, históricas e ambientais feitas nos últimos anos vêm mostrando que não há natureza intocada. Ao contrário, essa natureza não existiria à parte do homem, mas seria um produto humano. Um exemplo disso seria que os indígenas não pensam na floresta tropical, seu habitat,

⁸⁶ BENSUSAN, Nurit. Terras Indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 67-71.

como um lugar selvagem e desabitado. Não raras vezes, aquilo que é chamado de “padrão natural” é somente o resultado de padrões de uso da terra e de seus recursos, produto de certo estilo de vida ao longo do tempo. No caso do Parque Monte Roraima, é o que acontece com a condicionante que retira da administração da área duplamente afetados indígenas. Não se considera que os grupos Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana já interferem naquela área, logo, o seu “estado natural” é resultado da interação da terra com aquele grupo⁸⁷.

Destoante desse posicionamento, a Declaração de Santa Maria, resultado do Primeiro Congresso Latino-Americano de Parques Nacionais e Áreas Protegidas, de 1997, enfatizou que a criação de Unidades de Conservação que coincidam com áreas indígenas tem o dever de respeitar os direitos desses povos à sua terra, à sua autonomia, à utilização e gerência de seus recursos naturais⁸⁸.

De acordo com Nóbrega, a concessão da exclusividade na administração ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade se traduz, também, no fortalecimento da visão geral que ainda existe de tutela do índio, mesmo tendo a Constituição reconhecido a plena autonomia dos povos indígenas⁸⁹.

2.3.1.9. Condicionante nº 9.

A nona condicionante trata da oitava dos indígenas na área duplamente afetada:

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI.

A condicionante nº 9 diminui a restrição instituída pela condicionante anterior, quando afirma que deve haver audição da comunidade indígena na administração da unidade de conservação pelo Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade. Somada à condicionante anterior, a oitava dos povos indígenas moradores daquela área serviria somente como mais um ponto a ser avaliado pela autoridade ambiental⁹⁰.

⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 70-71.

⁸⁸ RIOS, Aurélio Virgílio Veigas. Populações tradicionais em áreas protegidas. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 83.

⁸⁹ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 261.

⁹⁰ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento**.

2.3.1.10. Condicionante nº 10.

A décima condicionante determina o acesso à área duplamente afetada: “trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade”.

Novamente não há previsão para a participação dos indígenas no ato de decidir quem pode ou não transitar por parte da terra indígena demarcada. Dessa forma, a gestão é executada de maneira exclusiva pela administração da unidade de conservação. Contrária, assim, os artigos 6º e 7º da Convenção nº 169 da OIT que assegura aos indígenas o direito de ser consultados frente a medidas administrativas que possam afetá-los ou que interfiram no meio ambiente que eles habitam:⁹¹.

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

Artigo 7º :

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

2.3.1.11. Condicionante nº 11.

A condicionante onze versa sobre o acesso à área indígena como um todo: “devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI”.

Nessa condicionante, parece não ter sido vencida a noção de tutela, consagrada pelo Estatuto do Índio, o qual foi parcialmente recepcionado pela Constituição de 1988, pois o art. 231 da Constituição Federal garante aos indígenas a sua autodeterminação e o direito de organizar a vida comunitária de acordo com seus costumes, línguas, crenças e tradições.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 261.

⁹¹ Idem, Ibidem, pp. 261–262 ; COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Revista internacional de direitos humanos**. V. 6 nº.10. São Paulo: Junho 2009, p. 18-23.

2.3.1.12. Condicionante nº 12.

A condicionante doze afirma que: “o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas”.

Nóbrega chama atenção para a prática de alguns grupos indígenas, como os Jenipapo Kanindé, Tremebé e Tapeba, que fazem parte da Rede Cearense de Turismo Comunitário – Rede Tucum, que se propõe a fomentar um turismo embasado na direção efetiva da população local sobre o seu desenvolvimento, a qual toma para si a responsabilidade do planejamento das atividades e pela administração dos serviços turísticos. A limitação da possibilidade de usufruto veda a cobrança de qualquer tarifa, o que levaria à ilegalidade do turismo sustentável⁹².

2.3.1.13. Condicionante nº 13.

A condicionante treze assevera que:

A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não.

O brasileiro não-índio poderá receber indenização sempre que houver instalação ou utilização de infra-estrutura que possa imprimir ônus a sua propriedade, seja esse encargo econômico ou sócio-ambiental, mesmo que esses equipamentos sejam instalados a serviço do público. A condicionante nº 13 imprime uma restrição discriminatória, pois retira o direito das populações indígenas de receber qualquer compensação econômica⁹³.

2.3.1.14. Condicionante nº 14 e condicionante nº 15

As condicionantes catorze e a quinze determinam respectivamente que:

⁹² NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 261.

⁹³ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 262.

As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6001/1973). É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6001/1973).

As duas condicionantes foram reproduções revisadas do art. 18 do Estatuto Indígena (Lei nº 6001/1973):

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

§ 1º Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.

2.3.1.15. Condicionante nº 16.

A condicionante dezesseis interfere diretamente no usufruto indígena:

As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o dispositivo no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da CF/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6001/73), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros.

Essa condicionante inova favoravelmente às comunidades indígenas, pois não há, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo legal ou constitucional que proteja o patrimônio indígena dos ônus tributários. Houve entendimento dos Ministros de que o produto da lavra de riquezas minerais em terras indígenas e a renda indígena, que resulta do emprego de bens do Patrimônio Indígena, deveriam gozar de imunidade referente a impostos, taxas e contribuições⁹⁴.

2.3.1.16. Condicionante nº 17.

A condicionante nº 17 afirma que: “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”. Tal condicionante é a que mais contraria direitos indígenas, pois torna válidos possíveis erros da Administração Pública em detrimento dos indígenas. A Constituição de 1988 trouxe relevantes modificações aos direitos indígenas, principalmente ao tratar de direitos territoriais. A definição de “terras indígenas” foi ampliada e passou a ter ligação direta com o conceito de usos, costumes e tradições

⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 264.

indígenas. Orlando Villas Bôas Filho afirma que, na época da promulgação da Lei nº 6001/73, a política indigenista brasileira se encontrava, de forma evidente, subordinada aos interesses econômicos e políticos de modo a consentir restrições drásticas aos direitos territoriais dos povos indígenas, tudo com o escopo de executar uma política desenvolvimentista que, na região amazônica, ganha forma concreta através de estradas, como a Transamazônica, hidrelétricas e planos de mineração e agropecuária. Todo esse desenvolvimento acontecia à custa da apoderação dos direitos territoriais das comunidades indígenas, que são e sempre foram condição indispensável à possibilidade de organização social. Àquela época, a demarcação de terras indígenas visava mais à liberação de áreas para a expansão da fronteira econômica do que à garantia de direitos indígenas sobre o território. Ao vedar a revisão de áreas demarcadas, em período anterior à Constituição de 1988, há uma redução ao direito dessas comunidades, porque é negado a elas o acesso a novos direitos que necessariamente vêm acompanhados do acesso à terra em sua completude⁹⁵.

Outro ponto a ser analisado é que as populações indígenas não são estáticas. Assim como outras sociedades humanas, ela se modifica. Há prejuízo ao proibir a revisão futura da demarcação com o intuito de expandir a área indígena, pois futuramente seria possível um aumento populacional intenso ou a ocorrência de outros fenômenos que levem à necessidade de ampliação da área já demarcada. Caso a demarcação tenha ocorrido já na vigência da Constituição de 1988, negar essa revisão de imediato seria desconsiderar a sua dinamicidade e condenar as comunidades indígenas a permanecerem estáticas no tempo⁹⁶.

2.3.1.17. Condicionante nº 18.

A condicionante dezessete afirma que: “Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CF/88)”. Sendo apenas reprodução do art. 231, §4º da Constituição Federal de 1988:

Art. 231. São reconhecidos 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.

⁹⁵ BÔAS FILHO, Orlando Villas. Os Direitos Indígenas no Brasil Contemporâneo. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **História do Direito Brasileiro**: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 287.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 287.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

2.3.1.18. Condicionante nº 19.

A condicionante dezenove assevera que: “é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”.

Tal condicionante demonstra somente um reforço a um direito já assegurado aos entes federados, que poderiam participar do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, conforme o art. 2º, § 8º, do Decreto nº 1775/96:

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

A condicionante nº 19 assegura a participação do Estado e do Município. O Ministro Carlos Britto lembra que a Constituição escolheu excluir esses dois entes federativos do processo demarcatório, pois historicamente sempre se opuseram ativamente a pretensões indígenas de ter suas terras demarcadas. Segundo o Ministro, tais oposições se refletem na atitude dos Estados e Municípios que, não raras vezes, titulam ilicitamente algumas terras com títulos de uso e de ocupação⁹⁷.

As condicionantes demonstraram que o Supremo Tribunal Federal, assumindo o papel de protetor e interpretador máximo da Constituição Federal, usurpou o papel de legislador. Decidiu, em detrimento dos outros Poderes e dos próprios indígenas, como os direitos fundamentais de um grupo minoritário deveriam ser concretizados. Tais condicionantes, igualmente, expressam que ainda há uma dominação do saber. O entendimento dos Ministros do STF sobre os direitos indígenas foram impostos em prejuízo das formas de saber próprias dos povos indígenas⁹⁸.

⁹⁷ STF. Ação Popular nº 3388, p. 13286.

⁹⁸ NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 275.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teceu algumas considerações, no seu primeiro tópico, a respeito do ativismo judicial e das suas implicações na judicialização da política, com o fim de melhor fundamentar a crítica à decisão da Ação Popular nº 3388. No tópico seguinte, foi investigado o significado da terra para os povos indígenas, com o intuito de demonstrar a distinta ligação que os une. Essa relação única faz com que os direitos territoriais sejam o caminho para que outros direitos fundamentais possam ser garantidos, como o direito a cultura, costumes e reprodução. A importância da decisão da Ação Popular nº 3388 está, entre as partes, em ter resolvido um conflito que se arrastou por mais de vinte anos. Entretanto, de forma mais abrangente, é um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por ter alterado o procedimento demarcatório das terras indígenas. O acesso à terra pelos indígenas foi modificado, quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela imposição das dezenove condicionantes como circunstância indispensável para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A decisão do STF foi uma clara manifestação do ativismo judicial em duas dimensões a processual e a maximalista, ou seja, tanto houve a ampliação do espectro de incidência da decisão quanto foi forjado um procedimento para a demarcação e usufruto das terras indígenas. Os avanços dos direitos indígenas assegurados pela Constituição de 1988, como a autonomia dessas sociedades e a regulação do usufruto sobre a terra que tradicionalmente habitam, foram desconsiderados pelo STF, perdendo, assim, a sua força imperativa própria das normas constitucionais. A atitude dos Ministros do STF, nesse caso, ao estabelecer diretrizes totalmente novas para se interpretar e aplicar os direitos indígenas, traz à tona alguns problemas do ativismo judicial. O entendimento dos tribunais de que o direito constitucional é seu monopólio e a substituição do Poder Legislativo pelo governo dos juízes constitucionais. No caso em análise, o órgão que pelo seu “notório saber jurídico” deveria guardar a Constituição e proteger direitos fundamentais do arbítrio da maioria acabou por anulá-los com a sua interpretação equivocada. Não há, dessa maneira, como idealizar o Poder Judiciário e garantir que ele não sucumba ao arbítrio ou encontre sempre o correto entendimento das normas constitucionais.

A intenção deste trabalho não foi a de total crítica ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, a crença cega de que uma Corte Constitucional possui livre passe para ultrapassar certos limites previstos constitucionalmente deve ser combatida. Ao

contrário do que os partidários do instrumentalismo constitucional acreditam, não é factível exterminar todas as querelas da sociedade apenas com a aplicação da Constituição Federal. É necessário entender o Estado como inserido na realidade social concreta e superar a idéia de a transformação do direito e da legalidade estatal como única ferramenta de emancipação social ⁹⁹. No caso Raposa Serra do Sol, faltou a adoção de uma hermenêutica que considerasse as diferentes características daqueles povos. Ao se tratar de conflitos que envolvam direitos indígenas, a hermenêutica diatópica poderia ajudar a superar a dominação de conhecimento que, muitas vezes, o Supremo Tribunal Federal exerce e defende, promovendo, assim, uma decisão mais democrática¹⁰⁰.

⁹⁹ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 136.

¹⁰⁰ A propósito, cf. NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 289.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.

BENSUSAN, Nurit. Terras Indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 66-73.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Políticas Públicas e Dirigismo Constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, 2003.

_____. Ainda faz sentido a Constituição Dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 6, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al (Org.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. FELLET, A. L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Revista internacional de direitos humanos**. vol.6 nº.10. São Paulo: Junho 2009.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Moderno e Contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

GALAFASSI, Bianca e MOTA, Carolina. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et

al (Org.). **Makunaima Grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009, p. 73-129.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza:** o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 37-42.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Subdesenvolvimento e Constituição Dirigente: uma possível abordagem materialista. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (Org.). **Direito e Marxismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 300-335.

_____. Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria Geral da República**, n. 8, jan./jun., 1996.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000.

MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe:** a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. **Constituição e Estado Social:** os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra, 2008.

RR/EH. Conheça os argumentos da ação em julgamento pelo Plenário do STF sobre Raposa Serra do Sol. **Notícias STF**, Brasília, 27 ago. 2008. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100625/conheca-os-argumentos-da-acao-em-julgamento-pelo-plenario-do-stf-sobre-raposa-serra-do-sol>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

SHIRLEY, Robert W. Antropologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1997

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade.** Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. **Teoría de la Constitución.** Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Concretização da Constituição. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, n 1, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Os Direitos Indígenas no Brasil Contemporâneo. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **História do Direito Brasileiro**: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2008

Casos Estudados:

STF – Pleno, ADI 2925, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 04 mar. 2005.

STF – Pleno, Rcl. 3014, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ 21 maio 2010.

STF – Pleno, ADI 2925, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 04 mar. 2005.

STF – Plenário. Ação Popular n. 3388. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?ocTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

STF – Plenário. Ação Popular n. 3388. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

STF - Plenário. Ação Popular nº 3388. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

STF – Plenário. Ação Popular nº 3388. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>> .