INTRODUÇÃO

Tratar dos direitos indígenas nunca foi tarefa simples, especialmente na seara jurídica, em razão dos grandes conflitos de interesses agregados ao tema. Diversos trabalhos têm enfatizado o grande esforço da Constituinte no sentido de "preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios."[1] Nesse sentido, a Constituição Federal deu um "largo passo à frente na questão indígena, com vários dispositivos referentes aos índios"[2], em especial, às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Com efeito, inúmeros estudos têm demonstrado que o direito à terra é um direito fundamental para os povos indígenas, que com ela mantêm uma relação especial e profundamente espiritual, condição essencial para a sua existência como índios e para suas crenças, costumes, tradições e culturas[3], ou seja, condição para os demais direitos também protegidos na Constituição Federal. Todavia, se por um lado, o atual estágio do constitucionalismo brasileiro tem voltado sua atenção para a interpretação adequada e a concretização do nosso Estatuto Fundamental[4]; por outro, ainda não há como afirmar que os índios brasileiros estão inteiramente protegidos, em sua pessoa, sua dignidade, sua cultura e seu patrimônio material.[5]

A Constituição vigente representou um marco fundamental, ainda, por consagrar a inflexão da secular atitude assimilacionista, por parte do Estado (tanto o Estado colonial quanto o Estado brasileiro independente). Referências importantes para esse debate são os estudos antropológicos realizados por Manuela Carneiro da Cunha, sintetizados em suas várias obras[6], além das pesquisas de Nádia Farage[7] e Paulo Santilli[8], entre outros trabalhos jurídicos que analisam essa mudança de paradigma no nosso

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.
2 Idem.
3 BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil.* São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
4 BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.
5 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os direitos humanos e os índios.* In JÚNIOR, Alberto do Amaral. PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.* São Paulo: Edusp, 1999.
6 A exemplo de *Os Direitos do Índio: ensaios e documentos.* São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987; e *História dos Índios no Brasil.* São Paulo: Fundação de Amparo à Pesquisa, 1992.
7 FARAGE, Nádia. As Muralhas dos Sertões. Rio de Janeiro: Paz e Terra; ANPOCS, 1991
8 SANTILLI, Paulo. *Pemongon Patá: Território Macuxi, rotas de conflito.* São Paulo: Ed. Unesp, 2001.

ordenamento jurídico.[9]

Este trabalho procura entender o contexto histórico e social da valoração e positivação dos direitos indígenas, bem como identificar seu conteúdo e abrangência. Todavia, no intuito de delimitar o tema, bem como de respeitar a área em que esta pesquisa está inserida, a presente proposta consiste no estudo dos direitos indígenas sob o enfoque do seu conteúdo normativo constitucional. Para tanto, o objeto de estudo será o julgamento da ação popular que questionou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, na fronteira com a Venezuela e Guiana. Essa ação, registrada no STF como PET 3388/RR, é considerada um verdadeiro paradigma sobre o tema.

A doutrina especializada na temática indígena vem mostrando que todos os direitos constitucionais indígenas estão condicionados ao direito à terra, considerado verdadeiro direito fundamental para aqueles povos. A demarcação, por sua vez, é o instrumento de sua concretização[10], na medida em que torna manifestos e publicamente reconhecidos os limites concretos das terras indígenas.

O Governo Federal não cumpre com seu dever constitucional[11] de demarcar ou, quando o faz, depara-se com inúmeros óbices e não raras vezes as demarcações são resolvidas pelo Poder Judiciário. Ilustra perfeitamente essa situação o caso Raposa Serra do Sol, terra indígena cujo processo de demarcação durou longos trinta anos e, quando formalizada administrativamente, foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da nossa Carta Maior. Insta salientar que este órgão vem se tornando mais ativo no decorrer do tempo em virtude da afirmação da supremacia das normas constitucionais, processo inerente à evolução do Estado Constitucional de Direito.

Por meio do caso concreto que ora se analisa, verificar-se-á se esse órgão, neste caso específico, tratou os direitos constitucionais indígenas da forma preconizada na

9 SANTILLI, Juliana (Coord.) *Os Direitos Indígenas e a Constituição.* Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993; BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil.* São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001; ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil.* Tese apresentada para obtenção do Título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Gilberto Bercovici, São Paulo, 2009; KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil – Desenvolvimento histórico e estágio atual.* Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010; VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. *Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática.* Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.

10 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os direitos humanos dos povos indígenas.* Brasil. Direitos Humanos 2008: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. p. 250.

11 Idem.

Constituição Federal, em harmonia com as atuais promessas do nosso Estado Constitucional frente aos povos indígenas, e com a atual teoria da efetividade dos direitos fundamentais. A hipótese deste trabalho é de que o STF, como expressão de um tribunal constitucional, ao estipular as salvaguardas na decisão sobre o caso em pauta, não cumpriu o seu múnus de proteger os direitos fundamentais mas, ao contrário, inovou o ordenamento jurídico para restringir direitos.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho com uma breve contextualização histórica e teórica, a fim de dar subsídios ao leitor para que compreenda os moldes em que a evolução do Estado Constitucional foi aqui considerada, a proposta da teoria da efetividade dos direitos fundamentais e o papel do Poder Judiciário quando introduzido neste contexto.

A partir desse balizamento, buscar-se-á o discernimento do conteúdo normativo constitucional sobre os direitos dos povos indígenas, sem perder de vista a intenção do constituinte originário, diante das tensões dos interesses em voga e do desafio de garantir àqueles povos uma vida digna, já sob o manto do direito à alteridade, em contraposição aos ideais integracionistas que permeavam o ordenamento jurídico anterior. De igual modo, não serão ignorados os instrumentos internacionais que complementam a proteção dos direitos desses povos, mensurando-se até que medida e em que plano esses instrumentos adentram o ordenamento interno.

Por fim, com espeque no conteúdo até então estudado, analisar-se-á o caso Raposa Serra do Sol a fim de verificar se a decisão do Supremo Tribunal Federal de fato cumpriu com o seu dever de efetivação dos direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação.[12] Para tanto, lança-se a hipótese de que, nos termos em que foi proferida, a decisão do STF, apesar de reconhecer o direito à demarcação em área contínua, a depender do olhar que sobre ela se lance, poderá ser utilizada como verdadeiro empecilho à fruição do direito à terra e óbice à concretização dos demais direitos que dela advêm.

12 Cf. o próprio Ministro Gilmar Mendes assumiu como sendo papel daquela Corte, à fl. 760 do julgado da PET 3388/RR

1. DOUTRINA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS E OS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

Neste século, o direito assume um papel que ultrapassa o lugar que lhe fora designado originariamente, quando do advento do Estado Constitucional, ainda sob a tradição liberal, no século XVIII.[13] Por conseguinte, o Estado passa a ter, no século XXI, um novo papel perante a população, especialmente para a população indígena como grupo etnicamente diferenciado.[14] Ao mesmo tempo, à medida que a proteção dos direitos humanos se firma como princípio fundamental e a supremacia das normas constitucionais se estabelece, aumenta a exigência de que os direitos fundamentais indígenas sejam efetivados. Nesse processo, a defesa do conjunto desses direitos se torna um dos escopos do guardião da Constituição: o Supremo Tribunal Federal.[15]

Entender esse raciocínio possibilita uma melhor compreensão do conteúdo e do alcance das normas constitucionais destinadas à proteção dos povos indígenas. Por isso, nas próximas linhas, tratar-se-á da relação entre o Estado e os povos indígenas, especialmente após a evolução histórica do constitucionalismo, no que tange à efetividade das normas constitucionais e do papel dos Tribunais Constitucionais na realização da Constituição. Em seguida, abordar-se-ão os direitos constitucionais indígenas, como verdadeiros direitos humanos fundamentais, no intuito de viabilizar, por último, a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol e a verificação de se, para a doutrina especializada, a Corte Constitucional brasileira atendeu à vontade da Carta Maior.

Nessa perspectiva, adianta-se que o Estado Constitucional brasileiro, a fim de atingir o seu escopo, a partir da promulgação da Constituição de 1988, deve se assumir como verdadeiramente plural. Ocorre que agir assim implica considerar a diversidade étnica existente e as diferenças culturais que permanecem entre os diversos povos que convivem no território brasileiro. De igual modo, exige a superação dos velhos preconceitos a respeito dos povos nativos, que embaçam a percepção da complexidade de

13 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 7*.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

14 DALLARI, Direito dos povos, 2010; DALLARI, *Direitos Humanos e os Índios no Brasil.* In PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (org.) *Et al.* O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 261

15 Cf. o próprio Ministro Gilmar Mendes assumiu como sendo papel daquela Corte, à fl. 760 do julgado da PET 3388/RR

suas organizações sociais e contribuem para a manutenção de relações assimétricas e práticas tutelares, em prejuízo dos povos indígenas.[16]

Por isso, visando a uma melhor compreensão acerca dos objetivos atuais do Estado Constitucional perante os povos indígenas, dá-se espaço ao tópico seguinte.

1.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS

O processo de criação dos Estados modernos europeus foi movido por muitos esforços visando à superação do sistema político medieval. Esse processo possui natureza jurídica e os princípios jurídicos findam por fundamentá-lo, consubstanciá-lo e propulsioná-lo.

Desde o século XVI, o Estado europeu tem se movido num mundo em constante transformação e, ao mesmo tempo, vem se apresentando como um grande agente de transformação do mundo.[17] As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo,[18] bem como importantes movimentos econômicos, sociais e políticos o convertem em Estado Constitucional, que corresponde, segundo Dallari[19], ao Estado enquadrado num sistema normativo fundamental.

Para entender o significado e a proposta do Estado Constitucional, precisa-se ter em mente um conceito de Constituição, que passa a ser aqui compreendida como algo diverso e original em relação ao modo anterior de se conceber o poder, trazendo consigo uma nova fundação e uma nova limitação. Com efeito, plasma-se um determinado sistema de valores da vida pública na Constituição, justificada e criada mediante um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos.[20]

16 SOUZA, Estella Libardi de. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos*. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, Identidades e Culturas Latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008, p. 7.

17 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* 3.ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

18 Das quais são expoentes Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant.

19 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição na Vida dos Povos: Da Idade Média ao Século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2010.

20 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* 3.ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 32.

As Constituições, no decorrer dos séculos, refletiram as marcas dos tempos e das relações com os sistemas políticos, sendo que o Estado Constitucional surge como Estado liberal, assente em uma ideia de liberdade empenhada em limitar o poder político. Também é conhecido como Estado burguês, pois se identificava com os valores e interesses da burguesia, que findou por conquistar no todo ou em parte o poder político e econômico. As transformações ocorridas no Estado nesse período não se limitam ao campo da política, uma vez que as revoluções liberais também são de cunho social e enaltecem as liberdades jurídicas do indivíduo.[21]

Os regimes liberais se implantaram ao longo da primeira metade do século XIX, período em que se avança a unificação da Itália e da Alemanha e os países da América Latina se separam da Espanha e Portugal. Ao mesmo tempo que se expandia, o liberalismo enfrentou várias críticas provenientes de vários posicionamentos doutrinários. Como exemplo, Joseph de Maistre, De Bonald são críticos representantes do pensamento reacionário, ao passo que as encíclicas sociais, como a *Syllabus* e a *Rerum Novarum,* do pensamento católico, e Saint-Simon, Owen, Fourier, Proudhon, Marx e Engels, do pensamento socialista.[22] Apesar desses críticos, o jurista português Jorge Miranda presta reconhecimento às aquisições decorrentes do liberalismo, sejam elas diretas, como a abolição da escravatura, a humanização do Direito e processo penais, a progressiva supressão de privilégios de nascimento, a liberdade de imprensa; ou indiretas, como a prescrição de princípios, ainda que não colocados em prática de imediato, a exemplo da liberdade de associação que deu ensejo à liberdade sindical, e do princípio da soberania nacional, que viabilizou o sufrágio universal. Assim, dos movimentos políticos dos séculos XVIII e XIX nasceram as Constituições e os regimes responsáveis pela introdução da liberdade política[23] como acréscimo à liberdade civil.

Já o século XX, marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais, culturais e técnico-científicas como nunca visto antes, foi tanto o século das ideologias e das revoluções, quanto o período em que o Direito público sofre poderosíssimos embates. A fase liberal do Estado é seguida, então, de uma fase social, marcada pela promessa de direitos econômicos, sociais e culturais, a par das liberdades e garantias individuais; pelo sufrágio universal, os partidos de massas, a tendência de

21 Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. São Paulo, 1988. BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

22 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* 3.ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 35.

23 Simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, conforme Miranda, 2011, p. 36.

substituição das formas monárquicas por formas republicanas, a generalização das Constituições e o enriquecimento do seu conteúdo; o alargamento dos fins do Estado, a multiplicação dos grupos sociais e de interesse e o papel político que procuram desempenhar, o crescimento da função administrativa, o destaque do Poder Executivo em detrimento do Legislativo, etc.

No que tange às realidades políticas, surgem no século XX diversos regimes totalitários, assumindo o Estado todo o poder da sociedade, identificando a liberdade humana como a prossecução dos seus fins.[24]

As modificações operadas nas relações internacionais e na economia mundial e os princípios de liberdade declarados na Europa culminaram com a emancipação dos povos ultramarinos. Esses, por sua vez, libertos do domínio colonial europeu, adotaram a forma europeia como única estrutura jurídico-política apta a permitir-lhes o rápido acesso à vida moderna.[25] Esse fato ensejou grandes problemas na construção do Estado e várias foram as formas de governo e de modelos constitucionais experimentados. Além do que, enquanto o Estado alcança o ápice de sua expansão, agrupamentos de Estados com funções específicas estruturam a comunidade internacional, que adquire autonomia e assinala uma nova fase do Direito das Gentes.

Ligada à organização da comunidade internacional, e em virtude da tendência da humanização do Direito internacional, do alargamento da noção de sujeito de Direito Internacional, do repúdio à opressão feita por regimes políticos e da formação da consciência universal da dignidade da pessoa humana, nasce a proteção internacional dos direitos do homem, visando à promoção da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão. E os principais documentos que traduziram esse escopo à época foram a Declaração Universal do Direitos do Homem, de 1948, os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Civis e Políticos, de 1966, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, e a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, de 1969.

No que se refere aos tipos constitucionais, Miranda adverte que alguns fenômenos devem ser registrados, quais sejam a perda da crença liberal individualista na Constituição, a generalização das Constituições escritas por todos os Estados e a rápida

24 ARENDT, Hanna. O Sistema totalitário, trad., Lisboa, 1978.

25 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* 3.ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 37.

sucessão das Constituições e das suas vicissitudes. Com isso, constata-se que não se espera mais a solução dos problemas mediante a simples decretação de normas, surgindo, então, uma postura crítica em substituição à anterior. Tal fato se deve às deficiências internas das próprias Constituições liberais: à sua dificuldade de conformar o poder e a vida em época de aceleração e impaciência, aos reflexos da chamada crise da lei ou do Direito à tensão dialética de liberalismo, democracia e socialismo. Ademais, no século XX, o tipo histórico europeu não é mais o único tipo constitucional, pois ao lado do Estado social de Direito (modelo de organização constitucional que sucede ao Estado liberal, ou seja, segunda fase do Estado constitucional) há pelo menos outros três modelos constitucionais: o soviético, o fascista e o fundamentalista islâmico.

No início deste século, novamente temos um panorama político-constitucional marcado por grandes transformações e instabilidade. O constitucionalismo de matriz ocidental volta a prevalecer, identificando-se com a democracia representativa e pluralista e com o Estado de Direito. Todavia, ainda ostenta contradições e indefinições, além de sua falta de autenticidade em numerosos países.

O Estado social de Direito está, pois, em crise, em virtude de causas ideológicas, financeiras, administrativas e comerciais.[26] E mais, toda a humanidade hoje se depara com a degradação da natureza e do ambiente, com as desigualdades econômicas entre países industrializados e países não industrializados e os consequentes movimentos de migração do Sul para o Norte, com os fenômenos de multi e interculturalismo e suas tensões. Além das situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, com a manipulação dos meios de comunicação, com os corporativismos egoístas, com a cultura consumista de massas, com a erosão de valores éticos, familiares e políticos, com as tensões étnicas e religiosas, etc.

Nesse contexto, na esteira das observações de Boaventura de Souza Santos[27],o Estado, que havia se tornado, por meio do sistema jurídico, o principal garante da confiança em massa da sociedade moderna, vê-se em pleno desgaste dessa credibilidade

26 Compreendidas estas, segundo Miranda, no refluxo das ideias socialistas ou socializantes perante ideias neoliberais, nos custos de serviços cada vez mais extensos para populações ativas cada vez menos vastas, no peso de uma burocracia muitas vezes acompanhada de corrupção, e na quebra de competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social.

27 Boaventura de Sousa Santos pontua que as estratégias de confiança são as mais autônomas de todas as articuladas pelo Estado, pois lhe permitem atuar com credibilidade em nome de toda a sociedade, assumindo responsabilidade de preservar a sua integridade, apesar de ser apenas uma parte daquela. Sobre o assunto, ver *A Crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência,* Vol. I, 6.ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 178.

em virtude da dimensão do risco e do perigo. Por consequência, o próprio Estado está ameaçado ou em crise, pela dificuldade de satisfazer as maiores e as mais diversificadas necessidades coletivas.

O Constitucionalismo, por assim dizer, parece estar no período de uma transição paradigmática, para a qual, segundo Santos, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa ser substituído por um novo conhecimento.[28]

Assim, atualmente, as atenções se voltam para o desenvolvimento de um novo conceito de Estado Constitucional, na tentativa de agregar o novo ideal democrático ao conteúdo do Estado de Direito. Para tanto, a legalidade deve buscar a efetiva concretização da igualdade, por meio da realização de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Privilegia-se, com isso, o aspecto material de realização de uma vida digna ao homem, agindo o Estado, simbolicamente, como fomentador da participação no processo de construção e reconstrução de um projeto da sociedade. Impõe-se, portanto, à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Eis a nova roupagem do Estado Constitucional.

Após constatar-se uma verdadeira crise na democracia representativa e a consequente necessidade de garantir-se direitos fundamentais do homem e os direitos das minorias, a evolução do estado constitucional e do direito constitucional culmina na consagração da supremacia das normas constitucionais sobre todos os poderes constituídos.[29]

O desafio do Estado Constitucional no século XXI é, portanto, o de responder às novas necessidades e enfrentar os novos dilemas da contemporaneidade, buscando assegurar as conquistas modernas e resgatá-las naquilo que ainda está incumprido, o que se preenche de peculiaridades no âmbito da América Latina, cujos países possuem características inerentes a suas condições de pós-coloniais.

Não se pode perder de vista que o modelo de Estado Moderno, pensado na Europa, ao ser adotado nos países da América Latina – historicamente caracterizado como um regime de orientação para o mercado e homogeneização, baseado no princípio do individualismo e da cidadania igualitária – mostrou-se incapaz de lidar com a diversidade étnica.[30]

28 *Id. Ibid.* p.186.

29 MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.* Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, p. 3.

30 GHAI, Yash. *Globalização, multiculturalismo e Direito.* In: Reconhecer para libertar. SANTOS, Boaventura de Sousa (org). 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 593.

A “descoberta” das Américas, bem como do caminho marítimo para as Índias, inaugurou o colonialismo mercantilista. Este, por sua vez, manteve uma relação de profunda exploração com os povos locais. Neste contexto, as guerras que Portugal e Espanha travavam contra a resistência dos povos da América foram marcadas pela desigualdade de condições e pela crueldade. No século XIX organizaram-se Estados nacionais, geralmente liderados pelos descendentes dos colonizadores, sem deixar de hostilizar as populações nativas. Note-se que a América se organizou em Estados nacionais muito cedo, contemporaneamente à Europa, o que ocasionou desastrosas consequências aos povos que aqui viviam. As guerras de independência do início do século XIX acabaram por não libertar, apesar do esforço de alguns homens por aqui conhecidos[31].

À medida que os Estados nacionais foram criados, os povos indígenas foram esquecidos. Enquanto os governos ampliaram suas fronteiras agrícolas e buscaram riquezas novas no interior, os povos locais foram tratados como embaraço e entrave ao desenvolvimento, ocasião em que suas terras, vidas e sociedades foram continuamente violadas.[32]

Carlos Frederico Marés de Souza Filho pontua que

> O Estado nacional, e seu direito individualista, negou a todos estes agrupamentos humanos qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais, cristalizados na propriedade. Assim, aquele indivíduo que lograsse amealhar algo, formando uma propriedade, passaria a ser integrado ao sistema, ao passo que todos ou outros não se integrariam jamais, continuando a ser índios, quilombolas, pescadores, ribeirinhos, seringueiros, pequenos posseiros, vivendo da extração, da coleta, da caça, da pesca, da pequena agricultura de subsistência, mantendo fortes relações com a comunidade para viver, e não raras vezes, enquanto longe do contato da civilização, vivendo com fartura e felicidade, mas sob permanente ameaça, porque se estivessem sobre terras boas ou sobre alguma riqueza vegetal ou mineral economicamente viável passariam a ser objeto da cobiça, do engano e da desintegração.[33]

Ressalte-se que a criação dos Estados nacionais latino-americanos, de acordo com o modelo do Estado europeu, ocorreu mediante a elaboração de uma Constituição, que estabelecia um rol de direitos e garantias individuais, sem, contudo, garantir aos seus índios direito ao reconhecimento como povo. As dicotomias existentes entre público e privado, sujeito e objeto de direitos, bem como os pilares da propriedade privada, segurança jurídica dos contratos privados e o caráter técnico-jurídico das soluções

31 Como Tiradentes, Bolívar e Artigas, exemplos de líderes libertadores que, após a constituição dos respectivos Estados, caíram no ostracismo, deixando de influenciar de forma prática na organização nacional.

32 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Multiculturalismo e direitos coletivos.* In: Reconhecer para libertar. SANTOS, Boaventura de Sousa (org). 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 76.

33 Idem. p. 77.

de conflitos de direitos não teriam aplicabilidade junto aos povos indígenas, pois só seriam úteis a quem tinha propriedade e mantinha contrato.

Diante dessa realidade histórica, Ghai extrai um aspecto importante do constitucionalismo perante os povos indígenas. Segundo o autor, o constitucionalismo associado ao Estado moderno preocupou-se em impor limites ao poder e com o Estado de Direito, associando-se, mais tarde, à democracia e aos direitos humanos. Todavia, não se ocupou das relações de grupos com o Estado ou das relações entre grupos[34], até mesmo porque, a constituição moderna, segundo James Tully, fundamenta-se no pressuposto de uma cultura homogênea, que, na prática, foi concebida para excluir ou assimilar outras culturas, e, assim, negar a diversidade. Com efeito, as simetrias de poder, instituições e leis que definem o Estado moderno são incongruentes com a diversidade de formas de autogoverno[35]. Estas, por outro lado, são consideradas necessárias por Tully para uma ordem justa em Estados multiétnicos.

Eis a relação do Estado com os seus povos até então: o povo está ligado ao Estado pelo conceito de cidadania, que se baseia de modo rígido nos direitos e obrigações iguais de todas as pessoas, o que pressupõe lealdade do povo para com o Estado, mas sem que este reconheça quaisquer distinções de cultura ou de tradição.

Sob outro enfoque, verifica-se que o Estado cria o direito, e o utiliza como instrumento para se relacionar com o povo, ou seja, concedendo direitos aos cidadãos, direitos de caráter individual, oriundos de uma visão abstrata e uniforme da pessoa humana. Desconsidera, por conseguinte, todos os corpos preexistentes de costumes e de formas locais de direito. Por isso é que se afirma que o Estado favorece a uniformidade das estruturas e visa à homogeneização da cultura e da ideologia, propagando valores universais.

Isso, dentro do contexto da colonização, foi o necessário para a muitas violações dos direitos dos povos indígenas, somado também às políticas integracionistas que se firmaram ao longo dos anos, as quais serão objeto de estudo no capítulo seguinte.

34 GHAI, Yash. *Globalização, multiculturalismo e Direito.* In: Reconhecer para libertar. SANTOS, Boaventura de Sousa (org). 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 593.

35 "Considerando diferentes comunidades ou grupos que buscam o reconhecimento constitucional da sua especificidade cultural ou social – imigrantes, mulheres, povos indígenas, minorias religiosas ou linguísticas – James Tully conclui que o que esses grupos buscam é a participação em instituições já existentes da sociedade dominante, mas de uma forma que reconheça e reforce os seus diversos modos de pensar, falar e agir, em vez de os excluir, assimilar e denegrir. Segundo o mesmo autor, o que esses grupos possuem em comum é o desejo de autogoverno: governarem a si próprios de acordo com os seus próprios costumes e modos de vida." GHAI, Yash. *Globalização, multiculturalismo e Direito.* In: Reconhecer para libertar. SANTOS, Boaventura de Sousa (org). 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 593.

Ocorre que, conforme se verificará adiante, os estudiosos perceberam a visão míope com que se fitava a questão indígena, mas, mesmo após inúmeros instrumentos internacionais, bem como normas constitucionais e infraconstitucionais que, além de reconhecer direitos coletivos, visavam garantir às populações indígenas o direito à alteridade, à autoderminação, à terra, dentre outros, ainda não foram suficientes para que se possa afirmar que os índios brasileiros estão inteiramente protegidos, em sua pessoa, sua dignidade, sua cultura e seu patrimônio material.[36]

Diante de todas essas pendências históricas e contradições inerentes a sua própria natureza, como responde o atual constitucionalismo brasileiro? Quais são os fatores que impedem ou dificultam a concretização dos direitos constitucionais indígenas no Brasil?

Luís Roberto Barroso ensina que a experiência constitucional brasileira foi marcada, desde a independência de 1822, por grande instabilidade e frustração, pois não conseguia repercutir sobre a realidade política e social do país. Os fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país cristalizaram-se na antevéspera da convocação da constituinte de 1988. Verificou-se, pois, "a falta de seriedade em relação à lei fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser". Vislumbra-se, pois, uma "patologia" persistente, representada pela "insinceridade constitucional", já que a disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, de acordo com o autor, encontrava-se na não adesão ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por parte dos "estamentos" perenemente dominantes, que "sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado."[37]

Nesse contexto de disfunção do constitucionalismo, consolidou-se no Brasil a doutrina da efetividade, que se assumiu "como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição."[38]

Visando, portanto, à concretização da Constituição, esse referencial

36 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os direitos humanos e os índios.* In JÚNIOR, Alberto do Amaral. PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.* São Paulo: Edusp, 1999.

37 BARROSO, Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 293.

38 BARROSO, Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 294.

teórico se mostra conveniente ao estudo dos direitos constitucionais indígenas, especialmente porque, conforme exposto nas linhas introdutórias deste trabalho, a Constituição de 1988 "revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios".[39] Esse esforço não pode ter sido em vão, devendo ser útil para que o Estado se assuma como verdadeiramente plural, considerando a diversidade étnica existente, as diferenças culturais que, não obstante as tentativas de eliminá-las, permanecem entre os diversos povos que convivem no território brasileiro[40].

Passa-se, então, a discorrer sobre a doutrina brasileira da efetividade.

1.2 A DOUTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE

Pode-se afirmar que o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais é uma conquista recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico.[41]

De acordo com Konrad Hesse,

> a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas [impostas pela Constituição] forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.[42] (Complemento inexistente no texto original).

Complementa o autor, afirmando que

> compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do

39 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p.855.

40 SOUZA, Estella Libardi de. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos.* Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, Identidades e Culturas Latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008, p. 7.

41 Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2012; e DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição na Vida dos Povos: Da Idade Média ao Século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2010.

42 *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

Estado.[43]

Segundo as lições de Barroso, a festejada força normativa das normas constitucionais se desenvolveu no Brasil no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico denominado "doutrina brasileira da efetividade"[44], ou "constitucionalismo brasileiro da efetividade", conforme denomina Cláudio Pereira de Souza Neto[45]. Explica o autor que tal movimento buscou elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional e, principalmente, superar algumas disfunções da formação nacional[46] no uso da Constituição como "mistificação ideológica" e na "falta de determinação política para dar-lhe cumprimento".

Prossegue o autor, afirmando que a doutrina da efetividade objetiva "tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa", mediante o uso de mecanismos adequados de tutela, como "remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais". Explica, ainda, que o direito vinha se identificando como algo menor do que a norma, tendo o positivismo constitucional impulsionado o movimento pela efetividade, o qual elevou o direito à condição de norma. Sintetiza, em seguida, ensinando que a doutrina da efetividade utiliza-se de uma metodologia positivista e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: a referida metodologia compreende a identificação do direito constitucional à norma; já o mencionado critério segue a lógica de que "se está na Constituição é para ser cumprido".

Costuma-se afirmar, portanto, que a efetividade é a transição do velho para o novo direito constitucional, no qual a Constituição não é dotada de uma falsa supremacia. E, muito embora o movimento pela efetividade tenha se originado em fontes positivistas, atualmente, imprescindível se faz sua convivência com "novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista,* como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial".[47] Ressalte-se que o denominado

43 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

44 O autor menciona a referida doutrina primeiramente em sua obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; para depois abordá-la em *O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2012

45 Expressão empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, em "Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais". In BARROSO, Luís Roberto (Org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações provadas,* 2003.

46 Refere-se o autor à insinceridade normativa já mencionada no sub-tópico anterior deste capítulo.

47 BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção*

constitucionalismo brasileiro da efetividade criou um novo patamar, a partir do qual foram impulsionados os estudos acerca do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais.[48]

Mas, de fato, quais foram as mudanças promovidas pelo movimento da efetividade?

Barroso ensina que o referido movimento, em virtude de necessidade histórica, promoveu três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no Brasil, as quais são de suma importância para o presente estudo: uma, no plano jurídico; outra, do ponto de vista científico; e, por fim, uma mudança institucional.

No âmbito jurídico, a partir do movimento brasileiro da efetividade, passou-se a atribuir normatividade plena à Constituição, tornando-a fonte de direitos e obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Aqui, já se fala em aplicabilidade direta e imediata da Constituição.[49]

No plano científico, um objeto próprio e autônomo foi reconhecido ao direito constitucional, separando-o do discurso exclusivamente político ou sociológico.

Já sob o aspecto institucional, fomentou a ascensão do Poder Judiciário no país, concedendo-lhe um papel mais relevante na efetivação dos valores e dos direitos constitucionais.

Sobre a normatividade da Constituição, Dalmo de Abreu Dallari aponta que, na atualidade, deve ser lançada uma nova leitura sobre a carta política, dada a sua afirmação como norma superior, obrigatória a todos e de aplicação imediata. Aponta essa nova característica como uma inovação de extrema importância, do ponto de vista jurídico. Entende que, consequentemente, a aplicação das normas constitucionais independe da elaboração de uma lei ordinária ou de qualquer outra complementação para que seja obrigatória. Para tanto, explica que as noções antigas que davam à Constituição a "natureza e o valor de um manifesto ou programa político ou de um conjunto de preceitos éticos" foram superadas.[50] Prossegue ensinando que, "com o novo constitucionalismo, a Constituição, em seu todo, é reconhecida como repositório fundamental e expressão dos

teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

48 Idem. p. 307.

49 Sob este aspecto, ver também em DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição na Vida dos Povos: Da Idade Média ao Século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2010.

50 DALLARI Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos – da Idade Média ao Século XXI***.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316

valores jurídicos e da ordem jurídica de um povo."

Refletindo sobre o tema, o"português Canotilho redigiu tese intitulada "Constituição Dirigente". O núcleo essencial do debate travado na referida obra é "o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais".[51] Questiona-se, pois, sobre a função e estrutura de uma constituição, ou seja, se uma constituição deve se conceber como estatuto organizado (simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos), ou se deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins.

O escopo da obra era, portanto, afastar de vez as dúvidas quanto à inquestionável aplicabilidade das normas ditas programáticas. Para tanto, discute sobre a discricionariedade do legislador, oferecendo limites convincentes à atuação do poder legislativo, adentrando, inclusive, no problema do excesso do poder legislativo, das omissões legislativas e das imposições constitucionais.

Com o advento da Constituição de 1988, com seu caráter acentuadamente dirigente, a obra alcançou no Brasil ampla influência no âmbito do estudo do direito constitucional, razão pela qual se faz imprescindível abordá-la quando se tem o objetivo de compreender melhor a aplicabilidade das normas constitucionais. Até mesmo porque, ao se considerar a Constituição dirigente como oposta à Constituição estatutária, nos termos estabelecidos por Eros Grau[52], percebe-se que a Constituição brasileira afirma-se como dirigente, pois não é um mero "instrumento de governo", que enuncia competências e regula processos, mas também enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não se trata de apenas um estatuto jurídico do político, mas um plano global normativo da sociedade e, por assim dizer, do Estado brasileiro.

Ora, os fundamentos e os fins definidos nos artigos 1º e 3º da Constituição são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira, e seus textos normativos, transformados em normas por força da sua interpretação/aplicação, produzem

51 CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do legislador. 2.ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2001, p. 11, *apud,* GRAU. Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2ª edição, *in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org) **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

52 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988,* 7. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2002. *apud Id., Resenha do Prefácio da 2ª edição da obra Constituição dirigente e vinculação do legislador, in* COUTINHO (org) **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

consequências jurídico-normativas. Logo, as chamadas normas programáticas são normas dotadas de eficácia normativa.

Com o fito de demonstrar a nova tônica consagrada pelo atual movimento constitucionalista, Eros Grau cita Juan Carlos Ferrada Borquez[53], o qual conclui que uma das principais características do referido movimento[54] é a substituição do caráter meramente programático das normas constitucionais pela afirmação categórica da supremacia da Constituição sobre todas as normas do ordenamento jurídico, derivada de seu novo caráter normativo.[55]

Diante dessa nova leitura sobre o papel da Constituição na vida dos povos, Dallari entende ser necessário que haja "ponderação quanto à oportunidade e ao modo de cumprir a determinação constitucional, a fim de que seja atingido da melhor forma possível o objetivo implícito no preceito da Constituição." Ressalta, todavia, que em hipótese alguma poderá haver recusa das autoridades no cumprimento das normas constitucionais, devendo a omissão ensejar provocação do Poder Judiciário para que determine o cumprimento da obrigação-constitucional.[56]

É previsível que, eventualmente, o princípio da constitucionalidade (da limitação do poder político) avance em detrimento do princípio democrático (manifestação da vontade popular), ou vice-versa. Canotilho entende que essas situações geram tensões apenas quando a situação é encarada à luz de uma democracia de representação, ignorando-se formas de democracia participativa, de iniciativa popular, que podem ser importantes para a realização da própria ideia constitucional.[57]

Por isso, entende o autor que a tensão recai, na verdade, sobre a questão de saber se os esquemas sociais, programáticos, que se delineiam numa Constituição devem ou não ser positivados na Carta Magna. Assim, o problema que efetivamente se coloca é o de se cristalizar políticas na Constituição ou dar abertura às várias políticas possíveis.

Ocorre que, mesmo na segunda hipótese, dificilmente se defenderia a eliminação dos esquemas sociais da Constituição. Isso significaria um discurso que aponta

53 BORQUEZ, *La constitucionalización del derecho chileno.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p.7
54 Denominado por muitos de neoconstituicionalismo.
55 Dallari, *ob. cit.*p. 317
56 Dallari, *ob. cit*. pp 319/320
57 CANOTILHO, J.J. em vídeoconferência realizada em 21.02.2002, pela Universidade Federal do Paraná. *in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org) **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 19.

para a contestação da própria constitucionalidade, baseando-se na ideia democrática, quando o que se pretende, muitas vezes, é negar a própria democracia.

Verifica-se, pois, uma tendência de limitação do legislador democrático para que a democracia ocorra apenas por meio de esquemas de legitimação procedimental e processual. Todavia, Canotilho não vislumbra como esvaziar a Constituição das premissas materiais da própria política. Até mesmo porque o limite do próprio poder deve estar na Constituição. Assim, as duas dimensões estão sempre em confronto e a existência de uma Constituição procedimental não significa que o texto se reduza apenas a um "esqueleto normativo, sem substância, sem verbo, sem espírito, sem matéria".[58]

De acordo com Ingo Sarlet[59], a partir da doutrina da efetividade, desenvolveu-se a teoria da efetividade, de acordo com a qual todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos.

Quando criam direitos subjetivos, estes são direta e imediatamente exigíveis do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

Assim, a defesa jurídica da supremacia da Constituição ocorre por meio da jurisdição constitucional, que tem como objetivo primordial o controle da constitucionalidade do Poder Público.[60]

Ressalte-se que a expansão da jurisdição constitucional no Brasil se materializou pela ampliação de legitimidade para a propositura das ações constitucionais, permitindo que fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas questões do debate político, social e moral contemporâneo. Este, por sua vez, assumiu o papel de verdadeiro Tribunal Constitucional, assunto que será tratado de forma mais pormenorizada no tópico a seguir.

---

58 CANOTILHO, J.J. em videoconferência realizada em 21.02.2002, pela Universidade Federal do Paraná. *in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org) **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21.

59 SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais:* seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009

60 SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99

1.3 OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Conforme visto antes, a história aponta a existência de um corpo de normas fundamentais superior aos demais atos normativos, nos diversos ordenamentos jurídicos, com a finalidade tanto de limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, quanto de consagrar os princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado.

Ocorre que, como visto, o constitucionalismo antigo corresponde a uma época em que não existia uma codificação constitucional propriamente dita; o Soberano não se responsabilizava pelo desrespeito às normas constitucionais[61]; as normas constitucionais não eram dotadas de coercibilidade; o Parlamento não era subordinado[62]; os atos legislativos ordinários do Parlamento podiam promover alteração constitucional; e a proteção dos direitos fundamentais era regionalizada.

Com o constitucionalismo moderno[63], então, passou a existir um conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento. Consagrou-se um Poder Constituinte originário, para estabelecer a Constituição de um novo Estado; o Soberano passou a ser responsável perante a Constituição, assim como os exercentes de funções públicas; a Constituição passou a ser dotada de respeitabilidade e efetividade; além do que, o texto constitucional passou a ter força normativa[64].

Nesse movimento, surgem o controle de constitucionalidade, as Constituições rígidas[65] e a globalização da proteção dos direitos fundamentais. Não obstante, emerge também uma crise na representação política, uma vez que os Parlamentos não mais refletiam a vontade popular, pois eram fortemente influenciados por inúmeros grupos de pressão. Por sua vez, mais organizados e economicamente mais fortes, razão pela qual passaram a atuar de forma decisiva na condução dos negócios políticos do

61 Trata-se da denominada eficácia zero do constitucionalismo.

62 *Rule of Law.*

63 Cuja origem está diretamente ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787; à Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, também de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e as Constituições da França, a partir da Revolução de 1789.

64 Sobre o tema, ver HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p 123-145.

65 Documentos escritos que somente podem ser alterados por um processo legislativo mais solene e dificultoso.

Estado, em detrimento dos interesses do restante da sociedade. Como consequência, os mecanismos de democracia representativa também não tutelavam devidamente os direitos fundamentais das minorias.

A referida crise incentivou o surgimento e fortalecimento de novos caminhos de representação popular para legitimar as decisões do Estado. Com efeito, ampliou-se a participação da própria sociedade civil na tomada de decisões políticas, o que ocorreu ora de forma "organizada"[66], ora de forma "desorganizada", no exercício do direito de reunião e manifestação.[67]

De igual modo, tornou-se necessária a atuação de órgãos da Justiça constitucional como verdadeiros árbitros da sociedade, agindo como verdadeiro Poder moderador em defesa da plena aplicabilidade das normas constitucionais e para garantir a integral efetividade da proteção dos direitos humanos fundamentais.[68]

Na esteira dos ensinamentos de Pinto Ferreira

> [...] a jurisdição constitucional é a parte da administração da Justiça que tem como objeto específico a matéria jurídico-constitucional de um Estado. Ela verifica se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição como lei fundamental, e, se a contradizem, devem ser declaradas inconstitucionais, sendo, por conseguinte, inaplicáveis.[69]

Com efeito, no intuito de se garantir a supremacia constitucional, muitos estudos evoluíram no sentido de afirmar a necessidade de uma atuação mais efetiva e eficiente da justiça constitucional, por meio de seu órgão máximo, o Tribunal Constitucional.[70]

Ocorre que, o controle de constitucionalidade é apenas um dos aspectos da jurisdição constitucional. A depender das características da Constituição, a jurisdição constitucional adquire demasiada importância no Estado Democrático. Isso porque a Constituição, ao ditar a elaboração das leis e delinear o seu conteúdo, para que seja materialmente constitucional, torna a jurisdição constitucional "um meio eficaz de proteção da minoria contra os atropelos da maioria e até mesmo contra os atropelos das

---

66 Por meio das associações, grupos de pressão e direito de petição.

67 Por meio de passeatas, em defesa de específico objeto.

68 Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, Alexandre de Morais, Virgilio Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Elival de Souza Ramos, Luís Roberto Barroso dentre outros.

69 FERREIRA, Pinto. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.

70 Por todos, MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.* Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

maiorias eventuais".[71] Isso porque, definimos a democracia como um regime de governo e de sociedade, no qual a vontade geral é formada pelas pessoas que se submetem a ela: o próprio povo. Todavia, o objetivo do sistema democrático é de que a minoria seja também representada pela maioria. Mas, na verdade, isso não ocorre. O que acontece, na prática, é que a minoria conserva os seus ideais, e, por isso, ela deve dispor de meios eficientes de influenciar a vontade da maioria. Eis aqui a importância da jurisdição constitucional, levando em consideração que a proteção da minoria ocorre garantindo-se as liberdades públicas, via Tribunal Constitucional.

Ainda, pode-se concluir que o princípio da rigidez constitucional também traduz preocupação da Constituição com as minorias, uma vez que as alterações mais substanciais no Ordenamento Jurídico só podem ocorrer com sua participação.

Além disso, infere-se que a jurisdição constitucional também protege as liberdades públicas diante do poder estatal, especialmente porque muitos direitos fundamentais estão positivados na própria Constituição. Estes, por sua vez, podem ser vistos como a base do Ordenamento Jurídico de um Estado Democrático de Direito, e, nesta condição, asseguram direitos subjetivos aos indivíduos e, também, vinculam a atividade a ser desempenhada pelo Estado.

Note-se que os Tribunais Constitucionais podem defender os direitos fundamentais de duas formas. Uma, quando a Corte declara a inconstitucionalidade de um ato normativo incompatível em seu conteúdo com os direitos fundamentais. Outra, quando o Tribunal Constitucional assegura o pleno gozo de alguns direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional ao julgar uma questão. Portanto, a missão do Tribunal Constitucional ultrapassa a função de legislador negativo, para que imponha respeito aos direitos fundamentais.

Para Alexandre de Morais, no caso do Brasil, há necessidade de transformar o Supremo Tribunal Federal em um exclusivo Tribunal Constitucional, dirigindo seus trabalhos para a finalidade básica de preservação da supremacia constitucional e defesa intransigente dos direitos fundamentais.[72]

Todavia, os sustentáculos da legitimidade da Justiça constitucional, para o autor, são a complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, a composição dos

71 Cf. MS 24.849, Relator Min. Celso de Mello, DJ, 29/09/2006, p. 34.

72 MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.* Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

Tribunais Constitucionais, e a fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais. Esses são, pois, os pressupostos de legitimação da Justiça constitucional em linhas gerais.

No Brasil, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal afirmou-se historicamente como defensor dos direitos e garantias fundamentais, apesar de toda sorte de dificuldades sociais, culturais e políticas, e levando em consideração que tem sido o centro político-jurídico dos grandes acontecimentos nacionais, seria o órgão adequado para atuar como Justiça Constitucional.

Ocorre que, segundo Alexandre de Morais, o Supremo Tribunal Federal não estaria pronto para esse mister, pois seria necessário um aperfeiçoamento das normas constitucionais destinadas à sua composição e da forma de investidura de seus membros, devendo contemplar-se participação mais efetiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Com efeito, seria preciso mudar sua composição, pois as 11 vagas de ministros são de livre nomeação do Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal. O STF precisaria transformar-se exclusivamente em Corte de Constitucionalidade, dirigindo seus trabalhos para a finalidade básica de preservação da supremacia constitucional e defesa intransigente dos direitos fundamentais. A regra de vitaliciedade dos membros do STF precisaria ser substituída pela previsão de mandatos, com a finalidade de adequação social da Corte e constante renovação de sua legitimidade; a recondução do cargo de ministro do STF deveria ser vedada, para que fosse garantida a independência da jurisdição constitucional; a escolha dos membros deveria ocorrer de maneira proporcional, pelos representantes dos três Poderes; a Constituição deveria exigir maiores requisitos capacitários para o exercício do cargo de ministro do STF, dentre outras alterações.[73]

Não obstante a referida discussão ter se instalado entre os estudiosos do tema, por opção metodológica, partir-se-á do pressuposto de que o STF, de fato, exerce a jurisdição constitucional no Brasil e que, nesta condição, assumiu-se como um verdadeiro Tribunal Constitucional. Até mesmo porque, pode-se chegar a tal conclusão verificando a jurisprudência da Casa Maior da Justiça brasileira, onde é possível identificar situações em que o pretório Excelso divisou malferimento a algum dos direitos fundamentais consagrados no Texto Maior. Assim, é inegável o espaço que o STF tem ocupado no

73 MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.* Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

cenário político e no imaginário social, demonstrando a fluidez da fronteira entre política e direito no mundo contemporâneo.

Para fins de se obter uma dimensão panorâmica do papel do STF no Brasil, basta observarmos as questões que foram submetidas a julgamento nos últimos anos. Podemos citar a ação penal que ficou conhecida como o caso mensalão[74], o reconhecimento das uniões homoafetivas[75], a interrupção da gestação de fetos anencefálicos[76], as cotas raciais[77], as pesquisas com células-tronco embrionárias[78], o nepotismo[79] e, especialmente, o objeto do presente estudo: a demarcação de terras indígenas por meio do denominado caso Raposa Serra do Sol[80].

Esse não é um fenômeno isolado. Questões importantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo, cada vez mais, decididas pelo Judiciário. Eis a Judicialização, que ocorre, segundo o professor Barroso, em virtude do reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é necessário para a proteção dos direitos fundamentais. A judicialização é corroborada, ainda, por uma certa desilusão com a política majoritária e, paralelamente, pela opção de atores políticos preferirem evitar o desgaste de suas imagens em questões controvertidas, relegando ao Judiciário o papel de decidi-las.[81] A questão toma relevo no Brasil, em virtude de a Constituição de 1988 tratar de grande variedade de temas. Assim, na medida em que a matéria é contemplada na Constituição, adentra no campo do direito, admitindo que seja judicializada. Diferente é a hipótese do ativismo judicial, pois, segundo o autor, enquanto a judicialização é um fato, o ativismo judicial é uma atitude, "é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes". As decisões ativistas, embora tenham muita importância e visibilidade, representam uma exceção à regra.

Prossegue Barroso, afirmando que a expansão do papel do Judiciário tem recebido muitas críticas, as quais perpassam o âmbito político, ideológico e institucional, sob o fundamento de que os magistrados não são eleitos, logo, suas vontades não podem

74 AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno do STF. Julgado em 17/12/2012.
75 ADPF 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno do STF, julgado em 05/05/2011e ADI 4277, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.
76 ADPF 54 - Questão de Ordem, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do STF, julgado em 12/04/2012.
77 ADPF 186, Rel. Min, Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno do STF, julgado em 24/04/2012.
78 ADI 3510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno do STF, julgado em 29/05/2008.
79 ADC 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno do STF, julgado em 20/08/2008.
80 Pet 3388, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno do STF, julgado em 19/03/2009.
81 BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

preponderar sobre as vontades daqueles que foram eleitos pelo povo; que o Judiciário, por ser um espaço conservador, tende a preservar as elites em desfavor dos processos democráticos majoritários; e, que os magistrados não foram preparados para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas em geral. Capitaneando tais críticas, temos, por exemplo, os professores Elival de Souza Ramos e Manoel Gonçalves de Souza Filho, ambos da Universidade de São Paulo.[82]

Barroso, contudo, adverte que as críticas tecidas podem ser facilmente neutralizadas no momento em que se compreender que é objetivo também da democracia a preservação dos direitos fundamentais de todos. Além do que, seria possível sustentar que o STF está "à esquerda" do Congresso Nacional, conforme se demonstrou quando o Tribunal decidiu regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, ocasião em que foi mais protetivo aos trabalhadores. Outrossim, sustenta que os juízes e tribunais devem permitir que os outros Poderes participem em questões complexas, como o fez no caso da demarcação de terras indígenas.

Por fim, deve ser ressaltado que a judicialização da política, o ativismo judicial e a legitimiadade da jurisdição constitucionais são temas que vem sendo estudados por constitucionalistas e sociólogos de todo mundo ocidental. Não é por outra razão que o filósofo e sociólogo alemão, Jürgen Habermas, também dedicou-se ao estudo do tema.[83] Mas, para o autor, a discussão sobre o ativismo ou automodéstia do Tribunal Constitucional não pode ser conduzida *in abstracto.* Isso implica dizer que o autor festeja uma jurisprudência constitucional ofensiva para tratar da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da forma política da opinião e da vontade. Mas isso apenas quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública. Entretanto, adverte Habermas que o conceito de política deliberativa tem que ser libertado de conotações excessivas, para também livrar o Tribunal Constitucional de pressão permanente, pois, nas palavras do autor, "ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade".

Não obstante, partindo da premissa de que o STF assumiu a Justiça Constitucional brasileira, ele está vinculado aos efeitos de sua decisão em sede de controle

82 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial:* parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

83 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Vol. I. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 347.

abstrato de constitucionalidade.[84] No ordenamento constitucional brasileiro, a amplitude dos efeitos vinculantes abrange o dispositivo da decisão e sua *ratio decidendi,* caso em que os fundamentos jurídicos invocados e a interpretação das normas constitucionais dadas pelo STF vinculam as demais autoridades legislativas, executivas e judiciais.

Alexandre de Morais, ao lançar um olhar sobre diversos ordenamentos, concluiu que a missão da Justiça Constitucional em garantir a perpetuidade do Estado Constitucional e dos direitos fundamentais possui, nos diversos ordenamentos, cinco grandes ramos de competência. São eles o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder público, proteção aos direitos fundamentais, controle das regras da Democracia representativa e participativa, controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais, e equilíbrio da federação.

Por isso, o próximo passo deste trabalho é promover a análise de como o STF, na condição de Tribunal Constitucional, vem protegendo os direitos fundamentais indígenas.

Para tanto, verificar-se-á a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

84 MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.* Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, pp. 380 e 381.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS

2.1 CONCEITOS PRELIMINARES

Tratar dos direitos das comunidades indígenas é tarefa complexa, não podendo ser abordada exclusivamente a partir da simples exegese dos textos da Constituição, uma vez que compreendem, para além da dimensão jurídica, aspectos históricos, antropológicos e sociais.[85] Assim, a pretensão de análise da atual ordem constitucional não pode se realizar sem a utilização de conceitos e estudos interdisciplinares, ainda que de forma superficial. Para tanto, devem-se trazer à baila certas definições e aspectos não jurídicos antes de adentrarmos o objeto do nosso estudo. É o que se passa a fazer a seguir.

Previamente, insta salientar que não há como se falar de índios no Brasil hoje sem abordar a temática da diversidade dos povos. Índios são os habitantes originários das terras conhecidas como continente americano, e, de acordo com uma definição técnica das Nações Unidas, de 1986:

> As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos.[86]

No intuito de identificar os povos indígenas, desenvolveram-se critérios, dentre os quais alguns que privilegiam a autodefinição e que são mais aceitos, embora não sejam únicos, tampouco excludentes. Dentre eles, podem-se citar: a continuidade histórica com sociedades pré-coloniais; estreita vinculação com o território; sistemas sociais, econômicos e políticos bem definidos; língua, cultura e crenças definidas; identificar-se como diferente da sociedade nacional; e vinculação ou articulação com a rede global dos

85 FILHO, Orlando Villas Bôas. *Os direitos indígenas no Brasil Contemporâneo.* In. BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). História do Direito Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 295.

86 LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 27.

povos indígenas.[87]

Estima-se que em 1500, quando da chegada dos portugueses, viviam no território que denominamos hoje como Brasil mais de cinco milhões de pessoas, pertencendo a diversos grupos.[88]

Atualmente, restam pouco mais de 700 mil indivíduos remanescentes desses grupos, de acordo com dados de 2001 do Instituto de Geografia e Estatística - IBGE. Já a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA trabalham com dados que alcançam apenas 300 mil índios. Isso porque as referidas instituições lançam mão de métodos distintos de contagem. O IBGE utiliza o método de autoidentificação para chegar aos seus números, incluindo os indígenas que habitam os centros urbanos. Já a FUNAI e FUNASA trabalham apenas com as populações habitantes de aldeias localizadas em terras indígenas oficialmente reconhecidas.[89] Há, ainda, aqueles que estão fora desses dados, inclusive dos do IBGE, e que são denominados "índios isolados", ou índios ainda em vias de reafirmação étnica após anos de dominação e repressão cultural.[90]

A denominação *índio* substituiu a de *silvícola*, de uso legislativo, utilizada até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Há dúvidas quanto à retidão da utilização da primeira palavra, de conotação inferiorizante, historicamente condicionada e, sutilmente, depreciativa. Todavia, em virtude do termo ser utilizado pela maioria dos indígenas como autodesignação, fica possibilitado o seu uso jurídico.[91] Com efeito, para emprego jurídico no Brasil, o conceito de índio foi estabelecido por dispositivo legal, o art. 3º do Estatuto do Índio (1973). Isso em virtude do fato de que a CF/88, embora se utilize continuamente do conceito de índio, não reserva nenhuma de suas normas à definição de índio.

De acordo com o referido artigo, o índio é identificado segundo quatro critérios, dois objetivos e dois subjetivos. Aqueles consistem na existência de uma ascendência pré-colombiana da pessoa em questão, e de um grupo étnico, que se diferencie

87 *Id., Ibid.,* p. 27.

88 Indicadores de Desenvolvimento Sustentável 2010 – IDS 2010. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Estudos e Pesquisas. Informação Geográfica. Número 7.

89 GERSEM DOS SANTOS, Luciano. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p.27/8

90 *Id., Ibid.,* p. 28.

91 KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual.* Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Portp Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2010, p. 35

da sociedade nacional. Já os dois critérios subjetivos são a classificação pelo próprio indivíduo e por outros, como pertencente a esse grupo étnico especial. Uma vez assim autodenominado, passa a usufruir dos direitos previstos constitucional e infraconstitucionalmente aos povos originários (ou a sofrer as consequências do esquecimento do Estado).

Definido quem são os índios, passe-se a conceituar "comunidade", que, por sua vez, traduz ideia de um grupo populacional, inserido numa formação social complexa, com uma identidade agregadora. Já "comunidade indígena" corresponde a um:

> contingente populacional formado por índios que possuem uma ou diversas características geográficas (habitam um mesmo território), econômicas (desenvolvem formas de economia compatíveis), culturais (têm semelhantes formas de organização, falam a mesma língua, celebram de forma idêntica certos marcos da vida, cultuam os mesmos deuses etc.) ou são continuidades populacionais com antepassado em comum.[92]

Pode-se, então, definir "comunidades indígenas" como "aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas".[93]

O Estatuto do Índio, que regula a situação jurídica do índio e das comunidades indígenas, definiu comunidade indígena ou grupo tribal da seguinte forma:

> Art. 3º, II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Já a Constituição Federal denominou agrupamentos de índios, com certa organização social, territorialização, cultura e etnicidade, como *comunidades* indígenas: "Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo".

Esse conceito encontra aplicação no próprio art. 210, §2º da mesma Carta:

> Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

92 VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas.* Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.
93 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos dos índios.* p. 26.

> § 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.
> § 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

O conceito de "grupo indígena", por sua vez, encontra aplicação em outra norma constitucional:

> 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.
> (...)
> § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Conforme pode se observar, a Constituição brasileira utiliza, paralelamente ao conceito de "índio", o de "comunidade indígena" e o de "grupo indígena". Ainda, utiliza a designação de "população indígena", a qual, todavia, não recebeu uma definição jurídico-constitucional, nem jurídico-administrativa.

Em que pese tal fato, os conceitos de "povo indígena" e "povos indígenas" substituíram vários termos jurídicos, tanto na linguagem jurídica interna brasileira, quanto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas.

Assim, embora o conceito de "povo indígena" não seja esclarecido de modo conclusivo juridicamente, ele é o que melhor expressa a ideia de uma identidade indígena coletiva própria.[94] Logo, a expressão é adotada no presente estudo.

Igualmente, a expressão "cultura indígena" também não recebeu definição, em razão da diversidade das culturas indígenas e também em virtude dos objetivos das políticas de integração indígena válidos até 1988. Por isso, tem-se por "cultura indígena" no decorrer deste trabalho:

> o conjunto de realizações e os modos de vida dos povos indígenas em questão, portanto, especialmente também os usos, costumes e tradições indígenas, seus valores, suas línguas, crenças, suas formas de expressão artística e outras, assim como suas instituições.[95]

94 KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 41
95 *Id., Ibid.*, p. 43.

Outro conceito fundamental para compreender o tema desenvolvido é o de "terra indígena", pois essas terras não representam para os índios puramente recursos econômicos, e sim, recursos de sobrevivência. Com efeito, é terra indígena aquela que se encontra em posse tradicional dos índios, sendo definida pelo art. 231, §1º, da CF/88.

Por fim, reforça-se que a "questão indígena" consiste no conflito fundamental de interesses existente na relação dos brasileiros nacionais com os indígenas, que é atiçado em suas frentes regionais por massivos preconceitos civilizatórios, originados, em primeiro plano, por questões econômicas.[96]

Assim, controlar esse conflito, notadamente porque possui uma dimensão vital para os povos indígenas, é obrigação constitucional e tarefa central da política e do Estado brasileiro.

2.2. A MUDANÇA DO PARADIGMA: DO INTEGRACIONISMO AO DIREITO À ALTERIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil, principal fonte do direito indígena brasileiro[97], tem demasiada importância histórica em termos de mudança do paradigma relativo ao tratamento dispensado aos índios no Brasil[98] e, por isso, a ela deve ser dada adequada exegese.

A depender do colonizador, aos índios foi dispensado tratamento jurídico diferenciado no Novo Mundo, desde a sua "descoberta", embora fosse possível identificar em toda legislação da época um ponto em comum: o assimilacionismo.

Tem-se, pois, o primeiro paradigma do trato do Estado para com os povos originários, de acordo com o qual, os nativos eram *selvagens* que se situavam em um estágio civilizatório e cultural inferior e, portanto, deveriam ser *domesticados e cristianizados* para o seu próprio bem.[99]

---

96 *Id., Ibid.,* p. 30.

97 ANTUNES, Paulo Bessa. *Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998, p. 143, *apud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil*. Tese apresentada para obtenção do Título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Gilberto Bercovici, São Paulo, 2009, p. 505.

98 ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.,* p. 505.

99 Robério Nunes do Anjos Filho, com base nos dados de Sérgio Buarque de Holanda, identifica a idéia assimilacionista na Carta de Pero Vaz de Caminha, dirigida a el-rey, e no texto do Padre Manoel da Nóbrega, de meados do Século XVI. *Op. cit..* 2009, p. 506 .

Os ideais assimilacionistas já estavam presentes na legislação do período colonial. Embora disposições que reconhecessem direitos aos indígenas tenham sido registradas nos textos da época, como a soberania sobre suas terras, ou a impossibilidade de obrigá-los a um estilo de vida que não lhes agradasse, tais registros não passavam do plano formal, pois jamais foram cumpridos. Sua burla, muitas vezes, se dava por meios, inclusive, ardilosos.[100]

A legislação portuguesa desse período, em termos gerais, beneficiava os índios que se submetessem à catequese e que não representassem uma ameaça. Aqueles com comportamento hostil eram punidos severamente. Acresce que, além da falta de rigor metodológico, as normas em prol dos indígenas, ainda que de caráter assimilacionista, eram caracterizadas por escassa efetividade.[101]

No período do Brasil Império o viés assimilacionista permaneceu, inexistindo dispositivo acerca dos direitos indígenas na Constituição de 25.3.1824. Contudo, registra-se que José Bonifácio, na Assembleia Constituinte, apresentou à comissão responsável um trabalho por ele redigido, intitulado *Apontamentos para a Civilisação dos Índios Bravos do Império do Brazil,* através do qual previu para a Assembleia o ônus de criar estabelecimentos para a catequese e civilização dos índios, a emancipação lenta dos negros, e sua educação religiosa, e industrial.[102] A comissão, apesar de considerá-lo como um trabalho precioso, limitou-se a agradecer o texto, não lhe proporcionando efeito prático algum.[103] Reputa-se essa atitude ao fato de que o pensamento dominante entre os membros da cúpula imperial era o de que os índios não eram brasileiros em sentido político, não fazendo parte daqueles que formavam o império.[104]

Com efeito, durante o império houve apenas uma norma constitucional que versou sobre direito indígena. Trata-se do art. 11, §5º, do Ato Adicional de 12.8.1834 à Constituição do Império, que regulamentava a competência cumulativa dos parlamentos das províncias e do governo brasileiro sobre a catequese dos indígenas.

Em vias de promulgação da primeira Constituição Republicana, de

100 CUNHA, Manuela Carneiro. *Terra Indígena: história da doutrina e da legislação. In* CUNHA, Manuela Carneiro (org.). *Os direitos do índio: ensaios e documentos.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 58.

101 FILHO, Robério Nunes dos Anjos. *Op. cit.,* pp 506/7.

102 CUNHA, Manuela Carneiro. *Os direitos do índio: ensaios e documentos.* p. 212.

103 ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit,* p. 509, em nota de rodapé de n. 1991, ocasião em que faz referência aos textos de CUNHA, Manuela Carneiro. *Legislação Indigenista no Século XIX: uma compilação (1808-1889).* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1992, pp. 347-360; RODRIGUES, José Honório. *A Assembléia Constituinte de 1823.* Petrópolis: Editora Vozes, 1974, p. 161.

104 CUNHA, Manuela Carneiro. *Terra Indígena: história da doutrina e da legislação.* pp. 63/4.

24.1.1891, a segunda brasileira, fora apresentada à Assembleia Constituinte uma proposta fundada em bases positivistas para que fosse instituída uma confederação indígena ao lado de uma federação composta pelos Estados.[105] Contudo, a proposta não foi acatada e a Constituição entrou em vigor sem fazer qualquer referência aos índios. Ocorre que, em seu texto, contemplou um artigo que repassava todas as terras devolutas para o domínio dos Estados, o que ensejou grande discussão sobre a inclusão das terras indígenas já assim reconhecidas nesse rol, hipótese afastada pela abalizada doutrina. Não obstante, os novos Estados e os municípios neles situados se empenharam em utilizar indiscriminadamente qualquer terra indígena.[106]

As ações estatais da época permaneceram permeadas pelo pensamento assimilacionista. Até mesmo a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN[107], que se deu pelo Decreto n. 8072, de 20.06.1910, ocorreu dentro desse ideal. A exemplo, pode-se citar um dos objetivos expressos no referido decreto, qual seja o de prestar assistência àqueles que se encontravam aldeados, reunidos em tribos ou que viviam promiscuamente como civilizados.[108] Ademais, pode-se mencionar também o objetivo de pacificação dos índios, como premissa necessária à incorporação do sertão brasileiro à economia nacional, possibilitando o desenvolvimento das atividades pecuárias, agrícolas e industriais.[109]

O SPI foi inicialmente chefiado pelo *Marechal Rondon*[110], cuja atuação, à época, ficou marcada pelo respeito e pela não violência contra os indígenas.[111] Todavia,

105 *Id. Ibid.*

106 GOMES, Mércio Pereira. *Os Índios do Brasil.* 2a. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991, p.83; a*pud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.,* p. 511

107 Denominado posteriormente de Serviço de Proteção ao Índio – SPI, quando as atribuições relativas à localização de trabalhadores foram transferidas para outras esferas.

108 BIGIO, Elias dos Santos. *Cândido Rondon: a integração nacional.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, p. 35; *apud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.,* p. 512.

109 Objetivo citado por José Bezerra Cavalcanti, Diretor Interino do SPI no final de 1910. BIGIO, Elias dos Santos. *Cândido Rondon: a integração nacional.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, p. 34; *apud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit,* p. 512.

110 O militar Cândido Mariano da Silva Rondon, mais conhecido como Marechal Rondon, chefiou o Serviço de Proteção ao Índio e, por suas ações, foi conhecido como importante humanista e defensor das populações indígenas. De ascendência indígena pelo lado materno, Rondon adquiriu muita experiência com os índios em missão militar de que participara, com o intuito de instalar linhas e estações telegráficas nos territórios correspondentes, atualmente, aos estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia. ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.,* p. 512.

111 Adotou, inclusive, como lema a frase *morrer se preciso for, matar nunca.* De acordo com Mércio Pereira, essa frase foi uma das poucas contribuições brasileiras à filosofia do cristianismo ou ao cristianismo tupiniquim. GOMES, Mércio Pereira. *Os Índios do Brasil.* 2a. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991, p. 23; a*pud* ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit,* p. 513. Ainda, em razão de sua atuação, foi indicado em 1925, por Albert Einstein, à Real Academia de Ciências da Suécia para o Prêmio Nobel da Paz. ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit,* p. 512.

posteriormente, um grupo de estudiosos brasileiros propôs uma visão revisionista de suas ações.[112] A partir daí, passou-se a identificar como verdadeiro objetivo de Rondon a expansão dos poderes do Estado. Na busca do seu intento, teria, então, praticado uma forma de guerra contra os índios, a fim de conquistá-los mediante o poder tutelar. Com isso, verificou-se que sua última intenção era, na verdade, extinguir os povos indígenas e suas culturas, promovendo a sua completa assimilação.

À época, o ideal assimilacionista, fortemente influenciado pelo positivismo, consistia em compreender o indígena como em estágio cultural inferior e transitório, o qual necessitava de ajuda para se preparar para a civilização. Assim, acreditava-se que o processo de evolução dos seres humanos seria único e que a civilização ocidental seria o seu plano mais avançado. Por isso, era necessário proteger os índios para evitar que, durante o referido processo, ocorresse sua exploração e, consequentemente, fossem dizimados. A fim de afastar tais consequências drásticas, era necessário demarcar suas terras para que se evitasse a invasão, assim como era preciso atuar nas áreas da saúde, educação e capacitação econômica.[113]

Nesse diapasão, a política seguida por Rondon, ainda que muito criticada atualmente, representava naquela época a melhor das alternativas propostas, dentre as quais se chegava, até mesmo, a propor o extermínio dos índios em prol do desenvolvimento.[114] Por isso, ainda que houvesse contradição nos trabalhos desenvolvidos pelo SPI e por Rondon, entre a vontade de proteger os índios e o desejo de promover o desenvolvimento de onde habitavam, há de se reconhecer o saldo positivo de sua contribuição histórica sob o ponto de vista indígena.

Perfazendo o corredor histórico da consagração dos direitos indígenas no

---

112 Grupo de estudiosos formado, principalmente, por antropólogos ligados à Universidade Federal do Rio de Janeiro, por meio da obra de Antônio Carlos de Souza Lima. ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Op. cit.,* p. 513.

113 FUNAI. Disponível em http://www.funai.gov.br/quem/historia/spi.htm

114 Estabeleceu-se um clima acirrado contra os povos indígenas, especialmente no que se refere a suas terras, diante das medidas voltadas ao progresso econômico. Todd A. Diacon, em referência de Robério Filho, *ob cit,* p. 514, noticia que em razão de um violento confronto travado entre trabalhadores e índios Kaingang, durante a construção da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, Hermann Von Ihering, Diretor do Museu Paulista, propôs abertamente o extermínio dos índios em artigo publicado na revista daquele museu. No Correio Paulistano, edição de 29 de outubro de 1908 escreveu que "os atuais índios do estado de S. Paulo não representam um elemento de trabalho de progresso" não se podendo "esperar trabalho sério e assíduo dos índios civilizados e, como os caingangs selvagens são um empecilho para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio, de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio". Sobre o atual conceito de desenvolvimento, ver Amartya Sen, em *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

plano constitucional, há de se relembrar que apenas em 1934 o assunto fora tratado novamente. No caso, a Constituição de 16.7.1934 referiu-se, em dois artigos, a temas relevantes referentes ao Direito dos índios: art. 5º, XIX, alínea "m", que consolidou a competência legislativa da União para a incorporação dos silvícolas na comunhão nacional; e o art. 129, o qual determinou que a posse de terras dos silvícolas deveria ser respeitada.

A Constituição de 1937, decretada por Getúlio Vargas, previu apenas o respeito à posse da terra indígena, consagrando-o no seu art. 154.

A Carta de 1946 reiterou os dispositivos de 1934 em seus artigos 5º, XV, "r" e 216.

A Constituição de 1967 e sua EC nº1, de 1969 previu, além das regulamentações de 1934 e 1946 (correspondentes aos art. 8º, XVII, "o" e art. 186, na CF/67; e art. 8º, XVIII, "o" e art. 198, na CF/69), a definição de bens da União, incluindo em seu rol as terras ocupadas pelos silvícolas (art. 4º, IV). Outrossim, a CF/69, regulou a posse da terra dos silvícolas, prevendo, de forma inédita, o mandado de nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos que tinham por objeto o domínio, a posse da terra ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas, excluindo qualquer possibilidade de indenização ou ação contra a União ou a Funai (art. 198, §§ 1º e 2º).

2.3 A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

Durante todo o período delineado acima, até a Assembleia Constituinte de 1987, predominou, no Brasil, como objetivo mais importante da política indigenista, a "incorporação dos silvícolas". Por essa razão, além dos textos constitucionais já mencionados, outros, infraconstitucionais, como o Estatuto do Índio (tanto o de 1928, quanto o atual, de 1973) e o Estatuto do Serviço de Proteção ao Índio - SPI, de 1936, seguiram essa linha.

Em virtude do princípio assimilacionista (à época entendido como integracionista) dominante até a década de 1980, as comunidades indígenas eram consideradas como um nível inicial do processo da evolução, ao passo que a sociedade nacional era considerada civilizada, progressista, moderna (não apenas em termos de

tecnologia, mas também em termos sociais altamente desenvolvida). Portanto, o objetivo das políticas indigenistas consistia em integrar os silvícolas, gradualmente, à sociedade nacional, por meio do ensino e da educação patrocinados pelo Estado. Note-se que a "cultura nacional" era considerada como homogênea , desconsiderando por completo qualquer possibilidade de diferenciação cultural. Assim, encarava-se a cultura indígena como um fenômeno cultural em extinção, sem possibilidade de continuidade ou de reprodução.[115]

Ressalte-se que, paralelamente às mudanças nas concepções acerca dos direitos indígenas, havia uma crescente articulação dos opositores da ditadura que confrontavam o governo militar e suas medidas antidemocráticas. Nesse contexto, as exigências abertas de retorno à democracia e a convocação de uma Assembleia Constituinte tornaram-se frequentes e inevitáveis.

Em 1985, por meio do Decreto n 91.450, o então presidente José Sarney instituiu uma Comissão Provisória para estudos constitucionais, formada por cinquenta "notáveis", sob a direção do jurista Afonso Arinos de Melo Franco, com o intuito de investigar e estudar os interesses fundamentais da nação brasileira. A Comissão elaborou um anteprojeto constitucional próprio, que foi arquivado pelo Ministério da Justiça.[116] Outros projetos não oficiais de uma nova Constituição e programas de pontos relevantes foram elaborados, entre eles os projetos constitucionais dos partidos políticos. Não obstante, os referidos não foram considerados nos trabalhos posteriores da Assembleia Constituinte.

Nas eleições para o Congresso, o PMDB alcançou maioria absoluta, e o PFL (dissidência do PDS, antigo ARENA) foi o segundo maior partido no parlamento. O presidente do PMDB, Ulysses Guimarães, foi eleito também presidente da Assembleia Constituinte.

Embora fosse maioria no parlamento, o PMDB representava amplo espectro político, desde conservadores àqueles de orientação comunista. Por tal razão, a orientação ideológica dos membros da Assembleia tornou-se objeto de diversas investigações. O Serviço Nacional de Investigação – SNI – classificou os membros da Constituinte como sendo 24% de esquerda, 28% liberais e 48% conservadores. Existiram,

115 Nesse sentido, discurso na Câmara dos Deputados em 1989, do então Ministro do Exército, Leônidas Pires Gonçalves.

116 Fora arquivado pelo Ministério da Justiça em virtude de se ter escolhido um sistema com o primeiro-ministro apoiado no parlamento ao invés de um forte presidencialismo, sistema exigido por Sarney, conforme BONAVIDES, *A crise constituinte*, p. 117, em KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 182.

em diferentes fases da Constituinte, doze blocos suprapartidários, para que certos objetivos fossem alcançados. O então presidente possuía um bloco próprio, denominado "Bloco do Sarney", que estava entre os mais importantes agrupamentos, cujo objetivo consistia em apoiar as reivindicações do presidente da Assembleia. O agrupamento de maior influência denominava-se "Centrão", que, composto basicamente por membros do PMDB, PFL e PDS, objetivava impor posições conservadoras. O Centrão encontrou apoio no governo de Sarney e em círculos de empresários que queriam concretizar a livre concorrência irrestrita e as garantias da propriedade.

O trabalho da Constituinte foi dividido em oito comissões temáticas, subdivididas, cada uma, em três subcomissões. Além das comissões temáticas foi acrescentada uma Comissão Central de Sistematização, incumbida de empreender a coordenação e a sistematização do trabalho das outras comissões.

A questão indígena foi tratada na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, que era subordinada à Comissão da Ordem Social.

Os trabalhos da Constituinte ocorreram em diálogo constante, forte e direto com a sociedade brasileira, o que permitiu que fossem registrados, ao todo, 383 *lobbies*[117] atuando com o objetivo de alcançar determinadas formulações do texto da Constituição, que correspondiam possivelmente de modo amplo a seus interesses.

Após 20 meses e quatro dias de trabalho para sua elaboração, a Constituição da República Federativa do Brasil foi festivamente promulgada em 5.10.1988, como a mais abrangente da história brasileira.

A população indígena, por sua vez, não dispôs, na Constituinte, de uma representação direta de seus interesses por deputados ou senadores de origem indígena, não obstante oito candidatos indígenas terem sido apresentados por três diferentes partidos.[118]

Numerosas organizações ligadas à questão reuniram-se para elaborar um programa mínimo de direitos indígenas[119], que deveria encontrar espaço na nova

117 Ensina Alexandre de Morais que os *lobbies* são grupos profissionalizados que atuam nos bastidores do poder, sem nenhuma regulamentação e sem responsabilidade pelas pressões camufladas que exercem. MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.* Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, pp. 60/61.

118 O TSE decidiu em 1966 pelo direito do índio ao voto e de ser votado.

119 Dentre outras entidades, assinaram o programa mínimo de direitos indígenas: a União das Nações Indígenas – UNI, o Conselho Indigenista Missionário – CIMI, a Associação Nacional de Apoio ao Índio – ANAÍ (do Rio Grande do Sul e Bahia), a Comissão Pró-Índio (de São Paulo, Acre e Sergipe), a Operação Anchieta – Opan, o Centro de Trabalho Indigenista – CTI, o Centro de Estudos Indígenas – CEI, o Conselho Nacional de Igrejas Cristãs, o Movimento Nacional de Defesa dos Direitos Humanos, a

Constituição.

Os cinco pontos abrangidos pelo referido programa são: o reconhecimento do direito dos povos indígenas à terra; a demarcação e garantia das terras indígenas; o uso exclusivo pelos índios das riquezas da superfície e do subsolo que se encontram nessas terras; a transferência de núcleos habitacionais dos pobres sem-terra, que vivem ilegalmente em terras indígenas, sob condições dignas e justas, para evitar novas invasões; o reconhecimento e respeito em relação às organizações sociais e culturais dos povos indígenas.

Todavia, vários *lobbies* não indigenistas insurgiram-se contra a questão. Duas causas, aliadas entre si, tentaram influenciar a regulamentação de certas questões dos direitos constitucionais indígenas, tais como o aspecto da exploração das matérias-primas existentes nas áreas indígenas e uma suposta ameaça à segurança nacional e ao desenvolvimento do Brasil, causada pela existência de áreas indígenas que "obstavam" o povoamento das regiões.

Enquanto o Brasil passava por uma crise econômica, riquezas do subsolo foram encontradas nas terras indígenas, o que impulsionou a apresentação de 2.245 requerimentos para autorização de pesquisas mineralógicas nessas áreas até a promulgação da Constituição, sendo a Raposa/Serra do Sol uma das áreas mais visadas, totalizando, à época, 70 autorizações solicitadas.[120] A temática fora uma das mais controvertidas na Assembleia Constituinte, havendo fortes *lobbies* de empresários e empresas mineradoras contrários aos direitos indígenas, os quais encontraram apoio massivo, fora da Constituinte, do Executivo brasileiro (tanto do presidente Sarney e do Conselho de Segurança Nacional, quanto da FUNAI) e, dentro da Constituinte, dos membros do Centrão.

De acordo com o projeto elaborado pela Comissão Provisória para estudos constitucionais[121], a pesquisa e a exploração de minério somente deveriam ser feitas pela União na existência de um interesse nacional relevante, que deveria ser estabelecido pelo Congresso em cada caso particular, desde que não existisse outro sítio conhecido no

---

Associação Brasileira de Antropologia – ABA, o Centro Ecumênico de Documentação e Informação – CEDI, a Coordenação Nacional dos Geólogos – CONAGE, a Associação Nacional dos Docentes de Ensino Superior, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, o Instituto de Estudos Econômicos, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, três centrais sindicais, quais sejam, a CUT, CGT e CONTAG, e a Comissão Pastoral da Terra. Ver CARNEIRO DA CUNHA, *Os direitos do Índio,* p. 170 ss.

120 RICARDO, Fany (org), *Interesses minerários em Terras Indígenas na Amazônia Legal Brasileira,* p. 5, 13, 41, 61 e ss, *apud* KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.,* p. 191.

121 Instituída pelo Decreto n° 91.450, de 1985.

território nacional explorável e suficiente para o consumo interno.[122] Isso porque se sabia dos efeitos devastadores que a exploração de minério causava aos índios.[123] O referido projeto fora apropriado pela Subcomissão para negros, populações indígenas, deficientes e minorias, em relação à questão da exploração do minério, sendo acrescentada apenas a exigência de autorização das populações indígenas em questão. Igual formulação estava prevista no projeto da Comissão de Sistematização, de julho de 1987. Para essa conquista, ainda que menos ampla do que a pretendida pelos que assinaram o programa mínimo, muito se deve à estratégia de intervenção direta dos indígenas, mediante declarações de caciques, nessa fase dos trabalhos das Comissões e da Subcomissão.[124]

Todavia, se, por um lado, os indígenas puderam esclarecer aos membros da Subcomissão acerca dos efeitos da exploração de matérias-primas em seu território, e - via de consequência, uma parte importante dos interesses indígenas foi formulada nos trabalhos da Constituinte -, por outro, houve uma intervenção massiva em favor dos interesses das empresas de mineração do Brasil e da exploração irrestrita dos recursos naturais brasileiros anteriormente à votação sobre o Anteprojeto da Comissão para Ordem Social, tornando-se a exclusão da temática uma condicionante à aprovação do restante do projeto.[125] Não obstante tais esforços, essa intervenção massiva não foi bem sucedida junto à Comissão para a Ordem Social.[126]

Ainda em maio de 1987, o Executivo tentou criar fatos consumados sobre a mineração. Com efeito, o Presidente da Fundação Nacional do Índio – FUNAI assinou a Portaria Funai/DNPM/01, de acordo com a qual a pesquisa e a extração de minério em territórios indígenas poderia ser permitida a empresas estatais da União e empresas nacionais particulares. Consubstanciadas nessa portaria, inúmeras autorizações

---

122 Redação do artigo 382, do projeto. CARNEIRO DA CUNHA, *Os Direitos do Índio,* p. 177-179.

123 Os subscritores do programa mínimo de direitos dos índios não se satisfizeram com a regulamentação dada ao tema pelo projeto elaborado pela Comissão Provisória para estudos constitucionais, uma vez que visavam ao direito exclusivo dos índios à exploração das jazidas em seus territórios. Nesse sentido, fora apresentado na Assembléia Constituinte, pelo deputado José Carlos Sabóia (PMDB), um projeto mais abrangente dos direitos indígenas, elaborado em conjunto com os que haviam assinado o programa mínimo. Cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 192.

124 Declarações principalmente dos Caiapó e dos Kaingang. cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 193.

125 O senador Odacir Soares (PFL do Estado de Rondônia) declarou aos membros da Subcomissão que a aceitação de todo o projeto, dependia de que as normas sobre a exploração de matérias-primas em territórios indígenas fossem modificadas, de modo que fosse permitido o acesso aos recursos a sociedades não-estatais. Antes dessa votação, outras sete propostas foram apresentadas nesse sentido, todas oriundas de deputados que tinham estreita ligação com o Conselho de Segurança Nacional – CSN, que considerava os índios como um obstáculo ao desenvolvimento econômico do Brasil. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, pp. 193/4 (A obra menciona equivocadamente que o Senador é do PFL de Roraima).

126 Fim diverso levou perante à Comissão de Sistematização, conforme será visto adiante.

foram concedidas. Ocorre que o enunciado contrariava a inteligência do artigo 198 da Constituição de 1969, segundo o qual era reconhecido o direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras por eles habitadas.[127]

Já em julho de 1987, foram organizados e financiados pela FUNAI e CSN vários encontros de um grupo de doze índios de diferentes etnias com o presidente da Constituinte, deputados e representantes da imprensa. Nessas ocasiões, os indígenas, que se apresentavam como representantes da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro – Foirn –, pronunciaram-se a favor da exploração das matérias-primas encontradas em seus territórios por empresas de mineração. Em razão de tal manifestação, os índios foram destituídos de seus cargos na referida federação.

Enquanto a Comissão para a Ordem Social encaminhava o seu projeto à Comissão de Sistematização, as organizações indígenas e auxiliares, com fulcro no Regimento Interno da Assembleia, introduziram duas propostas de emendas populares. O primeiro projeto, apresentado pela ABA, CONAGE e SBPC, apoiado por outras 14 instituições e organizações, e assinado por 43.057 cidadãos, propunha uma solução correspondente à elaborada pela Subcomissão, no que tange à extração dos recursos naturais não-renováveis em áreas indígenas; o segundo, apresentado pelo Cimi, ANAÍ, MJDH e Opan, fora assinado por 44.171 cidadãos, e propunha a proibição de quaisquer atividades de extração de recursos do solo em áreas indígenas, exceto as realizadas pelos índios de forma não-industrial em seus respectivos territórios.

Apesar dos esforços empenhados pelas organizações indígenas e auxiliares, os projetos de ambas as propostas de emenda não foram considerados no prosseguimento dos trabalhos da Comissão de Sistematização, a qual apresentou, por meio de seu presidente, deputado Bernardo Cabral, o Substitutivo I ao anteprojeto das Comissões. Nele ocorreu alteração substancial do que fora elaborado pela Comissão da Ordem Social, vindo a ser acatada a concepção do CSN, da Funai, representada pelo seu então presidente Romero Jucá Filho, e das empresas de mineração.

Com efeito, a exploração das riquezas minerais encontradas em áreas indígenas não seria mais reservada apenas à União, mas também passaria a ser permitida a qualquer tipo de sociedade, nacional ou internacional, estatal ou particular, após

127 MACHADO GUIMARÃES, Paulo. *Legislação Indigenista Brasileira,* p. 82. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 195.

autorização dos índios concernidos e do Congresso, condicionada à obrigação do pagamento de uma porcentagem do rendimento em favor das comunidades indígenas e do meio ambiente.

Seguido do Substitutivo I, os meios de comunicação passaram a veicular notícias acusando os índios e as organizações a eles ligadas de planejarem uma conspiração contra o Brasil. O jornal O Estado de São Paulo, caracterizado como "tradicionalista/conservador"[128], publicou, durante uma semana, editoriais sobre o tema *Os índios na nova Constituição – Conspiração contra o Brasil*, veiculando uma suposta conspiração internacional contra o Brasil, que se utilizava do pretexto da defesa dos direitos indígenas para realizar a separação de grande parte da Amazônia do território nacional e a fundação de um Estado independente. Ou seja, com a internacionalização da Amazônia, possibilitar-se-ia a exploração, por consórcios estrangeiros multinacionais, das matérias-primas encontradas nas terras indígenas. O Conselho Indigenista Missionário – Cimi - e outras organizações de proteção aos índios foram acusados de serem personagens principais dessa conspiração. Tais acusações tiveram grande repercussão nos meios de comunicação nacionais.[129] Observa-se, entretanto, a contradição entre as acusações e os esforços angariados pelo Cimi exatamente em sentido contrário, notadamente sob o aspecto de total proibição de quaisquer atividades de extração de recursos em solo em áreas indígenas, exceto as realizadas pelos índios de forma não-industrial em seus respectivos territórios. [130]

Nesse período, elaborava-se o Substitutivo II da Comissão de Sistematização, e as referidas acusações influenciaram não apenas a opinião pública, mas também a Constituinte, tendo em vista que, nesse novo projeto, excluia-se a exigência de autorização dos índios concernidos sobre a exploração dos recursos, para que fosse exigida, a partir de então, uma simples consulta para aquele intento.

Apesar do processo de investigação e de outros processos, as definições

128 MICHAHELLES/LEITE, *Presse, Funk, Fernsehen in Brasilien,* p. 567, apud KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 197.

129 Como exemplo, os grandes jornais de circulação nacional O Globo, Jornal do Comércio, Correio Braziliense e A Crítica. Paralelamente, o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo declarou, em 06.10.1987, sua preocupação com os jornalistas que deflagraram as acusações, pela apresentação de documentos aparentemente falsificados e manipulados como prova de suposta conspiração contra o Brasil, além, é claro, pelas outras infrações contra a ética profissional jornalística. Cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 198.

130 Mais tarde, instituiu-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI para investigar os motivos dos relatos. Constatou-se falsificação em documentos e concluiu-se pela insustentabilidade das acusações. Cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 199.

estabelecidas nos Substitutivos precedentes ao Projeto de Constituição, permaneceram. Pelo que, o projeto elaborado pela Comissão de Sistematização foi apresentado em novembro de 1987.

Ainda na conclusão dos trabalhos da Constituinte e na entrada em vigor da nova Constituição, a cúpula do Executivo tentou estabelecer uma delimitação da demarcação das áreas indígenas. Assim, em setembro de 1987, o então presidente da República promulgou o Decreto n. 94.945, por meio do qual o processo de demarcação de áreas indígenas foi novamente regulamentado, mas, desta vez, sendo imposta a participação de um representante da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional (CSN) nos trabalhos de definição dos limites das áreas indígenas, se esta se encontrasse dentro da área de fronteira da República. Dessa forma, a demarcação dos territórios indígenas situados na faixa de fronteira tornou-se um processo dependente do julgamento de questões de segurança nacional pelo órgão da ditadura militar, o CSN.

Intentou-se, ademais, durante as deliberações em plenário, que a exploração de jazidas minerais deixasse de ser autorizada exclusivamente pelo Congresso, para que fosse submetida a uma mera e prévia supervisão daquele órgão.[131] Em 16.3.1988, a proposta foi recusada.

Já no mês de maio daquele ano, realizou-se um manifesto[132] intimando os membros da Constituinte a não aceitar a formulação do Centrão com relação à problemática indígena, notadamente, quanto à tentativa desse no sentido de introduzir uma diferenciação com respeito ao grau de assimilação dos índios, como critério para, inclusive, decidir se lhes cabiam os direitos indígenas previstos na Constituição; bem como, da exigência de posse imemorial, permanente e ainda existente como pressuposto para os direitos dos índios à terra. Com efeito, o manifesto exigia que a Constituinte escolhesse entre formulações que possibilitassem a participação dos índios no futuro do país.

O deputado Fábio Feldmann (PMDB) incitou o Plenário a votar pela anulação de uma norma aceita pela Comissão de Sistematização no Substitutivo I, relativa

131 Emenda do Deputado Rubens Figueiró. Cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 201.

132 O referido manifesto fora assinado por oitenta e oito personalidades brasileiras, destacadas no meio jurídico (dentre elas, os professores de Direito de São Paulo, Modesto Carvalhosa, Fábio Konder Comparato e Dalmo de Abreu Dallari), político (o Senador e reitor da Universidade de Brasília, Darcy Ribeiro), cultural (a exemplo de Gilberto Gil), científico e social, bem como por quarenta organizações, às quais pertenciam também os iniciadores do programa mínimo. Cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 201.

à supressão de direitos dos indígenas aculturados. Outras alterações introduzidas no projeto constitucional foram vetadas pelo Deputado Bernardo Cabral, por sugestão do Centrão, mediante negociações entre líderes e bancadas, o que ocorreu na presença de mais de 100 indígenas de mais de 50 etnias diferentes.

Enfim, após inúmeras tentativas de influenciar a Constituinte com respeito às normas do Direito Indígena, por *lobbies* econômicos, interessados na exploração econômica das áreas indígenas, bem como por órgãos governamentais que intentavam limitar os direitos territoriais indígenas por motivos econômicos e militares, chegou-se ao texto definitivo da Constituição brasileira. Aprovada pelo Congresso Nacional em 2.9.1988, teve 474 votos favoráveis, 15 do PT contrários e seis abstenções. Em 5.10.1988, foi promulgada a atual Carta Magna.

Realizado o trajeto acerca da formação dos direitos indígenas na Constituinte, passa-se à verificação de sua positivação na atual ordem constitucional, de modo a pontuar quais são os direitos indígenas consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS POVOS INDÍGENAS

No decorrer da história do Brasil, e ainda hoje, o Direito Indígena surge principalmente em função da autoridade, o que significa dizer que surge assumindo papel repressivo, como instrumento de domínio político e de controle dos próprios povos indígenas. Trata-se, portanto, de um papel ideológico, que atua de forma a legitimar a imposição de interesses socioeconômicos e culturais da sociedade da maioria nacional. Sob essa perspectiva, esses povos nada são além de um objeto de domínio político e de regulamentação jurídica. Esta faceta, contudo, contrapõe-se aos conhecidos esforços políticos levantados em nome da função emancipatória, que conferem aos indígenas status de sujeitos de direitos na ordem jurídica. O fato de que hoje lhe tenham sido conferidos direitos constitucionais subjetivos indica uma mudança na consciência jurídica que a sociedade política do Brasil realizou nas últimas duas décadas. Com efeito, no sentido da concepção jurídica modernizada, os indígenas deixaram de ser considerados uma simples massa de manobra social do Estado político, para que, progressivamente, representem um

coletivo autônomo, capaz de determinar e co-determinar seu próprio destino.[133]

A Constituição Federal de 1988 dedicou aos índios um capítulo próprio, o que não exclui os direitos individuais e coletivos previstos em todo o seu corpo, inerentes a todas as pessoas: Capítulo VIII, denominada "Dos Índios", inserto no Título VIII – Da Ordem Social, o qual possui como objetivo "o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193 CF). Apesar de esse capítulo possuir apenas dois artigos, há no texto constitucional mais nove artigos que se referem a alguma situação jurídica dos povos indígenas.

Inaugurando a proteção à minoria indígena, o art. 231 reconhece ao índio, além do seu direito sobre a terra tradicionalmente por ele ocupada, "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições[134]**",** de tal forma que cabe à União a obrigação de protegê-los e fazer respeitá-los.

Com base no progresso do conhecimento antropológico, durante as décadas de1970 e 1980, quando se percebeu que era errônea a ideia de integralização dos índios à sociedade, pois na verdade tratava-se de um extermínio cultural, surgiu a exigência de um reconhecimento jurídico de caráter permanente e de respeito às culturas indígenas[135], mais tarde consubstanciado no *caput* do art. 231.

Assim, passou-se a prever a possibilidade de os índios viverem de acordo com suas próprias formas tradicionais de organização social e de vida, abandonando a tentativa de se homogeneizar os grupos culturalmente diferentes[136].

Trata-se da obrigação que, de acordo com o *caput* do art. 231 CF, a União possui de fazer valer, a cada povo indígena, o seu sistema normativo próprio que rege sua organização social, costumes, línguas, crenças, ocupação territorial, de forma a refletir as possibilidades e as necessidades práticas de cada coletividade[137], não cabendo ao Estado sujeitá-los a um sistema legal comum que regula a sociedade brasileira, pois este, por muitas vezes, é inadaptado para muitas situações vividas pelas comunidades indígenas e deixa de ser aplicado em favor das normas feitas pelos próprios índios[138].

Para reforçar tal obrigação imposta à União, o art. 215, §1º, CF também prevê que cabe à União a obrigação de proteger as manifestações das culturas indígenas. E o reconhecimento jurídico dos direitos previstos no *caput* do art. 231 se completa com o

133 KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, pp. 32/3.
134 Art. 231 da CF/8
135 KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Ibid.*, p. 212
136 *Id., Ibid.,* p. 212
137 VILLARES, Luiz Fernando, *Ibid.,* p. 22
138 *Id., Ibid.,* p. 23

disposto no art. 210, §2º, o qual assegura às comunidades indígenas o acesso ao ensino fundamental utilizando suas próprias línguas e processos próprios de aprendizagem.

Portanto, o direito brasileiro passou a admitir a existência de um "sistema normativo próprio"[139] dos povos indígenas, de tal modo que esses direitos especiais foram concedidos aos indígenas em caráter permanente, sem restrições, e independentemente de possíveis alterações de suas relações com a sociedade ao redor[140].

Contudo, o principal ponto da normatização jurídica em referência aos índios, contido na CF, está no tratamento dispensado às terras por eles ocupadas, pois o livre acesso dos índios ao seu *habitat* é condição necessária para a concretização dos demais direitos indígenas, entre os quais o de permanecerem com suas características culturais.

A relação do índio com a terra foi bem explicada por Kayser:

> "Existe uma ligação direta da questão da terra com a fé indígena e os conhecimentos indígenas. A concepção do território encontra-se em uma ligação tão estreita com a cultura das etnias, sua mitologia, as ligações familiares e o conjunto dos sistemas sociais, políticos e econômicos das populações indígenas, que a questão da terra recebe significado essencial para a garantia de sobrevivência dos índios com grupos populacionais etnicamente diferentes"[141].

Nesse sentido também é a lição de José Afonso da Silva[142]

> "A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles ocupadas (...)".

Conforme dicção do art. 20, XI, da CF, as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são bens da União, mas o *caput* do art. 231 da CF reconhece o direito de o índio permanecer com tais terras, de forma que o §1º normatiza o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" e o §2º prevê o vínculo jurídico existente entre o índio e a terra.

O sentido e a finalidade da atribuição à União da propriedade das terras que se encontram tradicionalmente em posse dos índios é uma maior proteção dos direitos indígenas a essas terras[143], permanecendo sua finalidade independentemente de registro em

139 *Id., Ibid.*, p. 21/22
140 KAYSER, Hartmut-Emanuel, *Ibid.,* p. 217
141 *Id., Ibid.,* p. 232
142 *Curso de Direito Constitucional Positivo,* p. 858.
143 *Id., Ibid.,* p. 858.

nome da União, demarcadas ou não como terra indígena[144].

Insta ressaltar que, quanto ao vínculo jurídico entre o índio e a terra, o §2º não reconhece o direito de propriedade aos indígenas, reservando-o à União, apenas sub-rogando-lhes a posse. Então, os índios não podem vender, doar, permutar ou dar em garantias as terras de que possuem a posse[145]; em contrapartida, também não pode assim fazer a União. Tal conclusão é extraída da análise do §4º do art. 231: "As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis".

Assim, reconhecido o direito dos índios às terras por eles tradicionalmente ocupadas, como já afirmado anteriormente, a CF normatizou o conceito de tal expressão, utilizando para tanto a exigência de observância de quatro requisitos, cumulativamente: 1º) habitação na terra pelos índios em caráter permanente; 2º) utilização da terra para atividades produtivas; 3º) necessidade da terra para a manutenção dos recursos indispensáveis ao bem-estar; 4º) necessidade da terra para a reprodução física e cultural[146].

Cumpre afirmar que todos os quatro pressupostos, os quais serão comprovados por meio de laudo antropológico, devem ser definidos por meio dos usos, costumes e tradições dos índios – sem se considerar critérios da sociedade comum – de forma que possam ser respeitadas as diversas formas de relação dos índios brasileiros com a terra[147].

Outro ponto também importante é a não exigência, para o reconhecimento da terra como tradicionalmente indígena, que os índios estejam lá desde os tempos primórdios, ou seja, desde o descobrimento do Brasil. Aliás, até mesmo diante da situação de expulsão dos índios por terceiros, das terras que ocupavam, ainda resiste a possibilidade de considerar tal terra como permanente[148], conforme a previsão contida no §4º da CF. O citado artigo prevê a imprescritibilidade do direito do indígena sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente. Assim, seus direitos à terra permanecem intactos mesmo que tenha decorrido muito tempo desde a expulsão[149].

A posse tradicional da terra pelos índios gera duas consequências jurídicas previstas na CF: garantia da posse futura e o direito dos índios ao usufruto

144 KAYSER, Hartmut-Emanuel, *Ibid.,* p. 234
145 *Id., Ibid.,* p. 242
146 *Id., Ibid.,* p. 234
147 *Id., Ibid.,* p. 235
148 *Id., Ibid.,* p. 235/6
149 *Id., Ibid.,* p. 235-243

exclusivo das riquezas do solo, dos rios, dos lagos nelas existentes (parte final do §2º).

A garantia da posse futura se dá pelo fato de que a demarcação não é um ato constitutivo da posse, mas tão somente declarativo dela. Isto se compreende da formulação empregada no *caput* do art. 231 CF, quando utilizou os termos "reconhecidos" e "direitos originários", os quais prescindem de constituição, em contrapartida aos chamados direitos derivados. Assim, a CF não poderia criar direitos já existentes antes da criação de um ente federativo estatal, restando-lhe apenas a possibilidade de "reconhecê-los"[150].

Embora as demarcações não tenham efeito constitutivo de direito, elas foram previstas no *caput* do art. 231 com o fim de possibilitar uma proteção efetiva das terras indígenas, já que, conhecendo os seus limites exatos, viabiliza-se o trabalho de vigilância sobre elas evitando-se possíveis conflitos sobre a posse.

Outra consequência advinda da demarcação da terra indígena é o reconhecimento do direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios, dos lagos existentes em suas terras. Observe que a CF, no §2º, previu tal direito, considerando para esse fim o que é visível e arado. Dessa forma excluiu-se o usufruto das riquezas advindas do subsolo, pois as riquezas do subsolo bem como as riquezas minerais, são bens da União (art. 20, IX, CF).

O art. 49, XVI, CF, prevê que é competência exclusiva do Congresso Nacional conceder autorização para a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, lavra de minerais e realização de pesquisas no subsolo das terras indígenas, já que as jazidas e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo (art. 176, *caput*, CF).

Contudo, ainda a exclusividade do usufruto do solo pelos indígenas pode ser mitigada, conforme exação contida no §3º, ainda do art. 231:

> § 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.

Isso se dá em razão do reflexo da previsão contida no art. 20, XI, CF (as terras indígenas são bens da União), podendo ser abstraído da leitura dos arts. 49, XVI e art. 176, *caput*, ambos da CF. Tais normas, juntamente com a previsão contida no §3º do

150 *Id., Ibid.,* p. 246

art. 321 da CF relativizam o direito do índios às suas terras, bem como às riquezas nelas existentes.

Assim, a pesquisa e a lavra dos recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica podem ocorrer, inclusive nas terras indígenas, ante dois requisitos: existência de razões de interesse nacional e prévia autorização do Congresso Nacional, de forma a assegurar aos indígenas participação nos resultados da lavra (a ser fixada na forma da lei).

Portanto, apesar da CF conceder aos índios a exclusividade no usufruto das riquezas existentes em suas terras, restringe-o ao solo e relativiza-o, concedendo-o a terceiros quando houver interesse nacional e prévia autorização do Congresso Nacional.

Outra proteção à posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas advém do §6º do art. 231 da CF, em que se consideram inadmissíveis as inscrições de terceiros no registro de imóveis de tais terras, considerando nulos os atos que tenham a intenção de transmitir a posse, ocupar, dominar as terras ou explorar as riquezas naturais lá existentes. No entanto, permite-se uma exceção: quando houver relevante interesse público da União, previsto em lei complementar. A validação de atos particulares e de atos dos municípios ou dos Estados fica excluída em qualquer hipótese[151].

Um ponto importante a ser mencionado é que não cabe utilizar a nulidade desses atos como fundamento ao direito de indenização em face das comunidades indígenas, sendo possível, tão somente, em face da União, estritamente, quanto às benfeitorias derivadas e a ocupação de boa-fé[152].

Cumpre mencionar que a CF ainda assegura de forma mais precisa a permanência dos povos indígenas em seu *habitat* ao vedar, conforme §5º do art. 231, a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Entretanto, tal vedação não é absoluta, aceitando-se a remoção dos povos indígenas em dois casos distintos. Primeiro, quando houver risco à sobrevivência da população indígena provocado por catástrofe ou epidemia e, segundo, quando configurar interesse da soberania do país.

No primeiro caso, o Presidente da República pode ordenar diretamente a remoção dos grupos indígenas, bastando que submeta, posteriormente, tal ato ao referendo do Congresso Nacional. No segundo caso, somente é possível a remoção após deliberação daquele órgão. Mas, em ambos os casos, depois de cessada a hipótese ensejadora, o retorno

151 *Id., Ibid.,* p. 245
152 *Id., Ibid.,* p. 212/245

imediato é assegurado.

Por fim, o §7º do art. 231 prevê a não aplicação às terras indígenas do disposto no artigo 174, §§ 3º e 4º, todos da CF. Desse modo, apesar de a Constituição permitir a pesquisa e a exploração dos recursos minerais por meio de cooperativas autorizadas, veda-se expressamente que tais cooperativas exerçam suas atividades de garimpagem em terras indígenas, sem qualquer ressalva.

Assim, tecidas as considerações sobre a relação normativa que os índios possuem com suas terras, após análise minuciosa do art. 231, urge tecer algumas considerações acerca da previsão contida no art. 232, em que se assegura ao índio capacidade processual ativa.

Preceitua o art. 232: os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Como se observa, tal norma é autoaplicável, ou seja, não necessita de complementação de outra norma. Assim, a capacidade processual ativa prevista no referido artigo é concedida, primeiramente, ao índio individualmente considerado, e depois à comunidade, já que os direitos e interesses dos índios têm caráter coletivo, devido ao seu modo de vida[153].

Insta esclarecer que tal norma não oferece subsídios para ações diretas contra os índios, suas comunidades ou organizações, pois a legitimidade passiva processual não é regulamentada por tal artigo. Dessa forma, as ações com tal objetivo devem ser dirigidas em face da União, representada pelo Ministério Público Federal, já que não há regulamentação na Constituição a esse respeito[154].

Enfim, esses são os direitos e as restrições concernentes aos indígenas e a suas comunidades existentes na Constituição. Todavia, conforme dito antes os direitos constitucionais indígenas não se restringem aos preceitos estabelecidos de forma específica sobre os povos indígenas, mas abrangem todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, englobando o direito à cidadania, à educação, ao trabalho, à seguridade social, ao meio ambiente, à sustentabilidade econômica, à cultura, à liberdade religiosa, etc.[155]

---

153 *Id., Ibid.,* p. 264.
154 *Id., Ibid.,* p. 265.
155VILLARES, Luiz Fernando. *Ibid.*

2.4.1 O direito à demarcação do território indígena como meio de assegurar o exercício do direito fundamental à terra.

A demarcação das terras indígenas tem previsão constitucional e, por isso, é um direito subjetivo tanto dos povos indígenas quanto da sociedade civil em geral. Sua regulamentação se dá por normas infraconstitucionais e sua importância recai sobre o fato de que este é um direito que viabiliza a concretização do direito fundamental à terra indígena.

Por isso, costuma-se ensinar que existem ao menos dois direitos territoriais indígenas distintos: o direito a terra tradicional, com todos os seus elementos, conforme foi visto, e o direito à delimitação dessa terra. [156]

De acordo com o que já foi esclarecido no presente trabalho, o direito à terra tradicional é originário e, por isso, independe de processo demarcatório. Ocorre que, na prática, sem a demarcação, o direito à terra fica desprotegido, vulnerável a outros títulos que legitimam falsamente as invasões e a interferências nas áreas indígenas sob o argumento de que, uma vez que não está demarcada a terra, não há como saber se essa é ou não indígena.[157] Consequentemente, pode-se afirmar que a demarcação de terras indígenas é a mais importante maneira de assegurar a posse indígena no território tradicional, e, por essa razão, é um tema muito discutido no Direito Indigenista.

O reconhecimento da importância da demarcação se cristaliza nos prazos que já foram estabelecidos no nosso ordenamento jurídico para que todas as terras indígenas fossem demarcadas. A saber, em 1973, com o advento do Estatuto do Índio (Lei 6001) e, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, em suas disposições transitórias. Em ambos os casos, a norma estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos para que o Estado providenciasse a demarcação das referidas terras, o que, evidentemente, não foi cumprido.

Isso ocorreu em virtude de diversos fatores. Um deles é a grande quantidade de recursos do Poder Público que são necessários para a realização dos estudos previstos no Decreto. Ressalte-se que, não obstante o prazo estabelecido, os processos tendem a se prolongar por muitos anos e, nesse ínterim, a presença dos não índios se faz muito danosa, pois essas pessoas realizam seus negócios e se utilizam dos recursos da terra, aproveitando-se da demora do Estado para deixarem a terra sem sequer arcar com a indenização pelos danos ambientais causados.[158]

156 TEIXEIRA, Vanessa. *Terras indígenas no Brasil.* Tese de Láurea apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.
157 I*d., Ibid.*
158 *Id., Ibid.* p. 71.

Em suma, enquanto as terras tradicionais não são demarcadas, elas são consideradas, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelos demais poderes, como "supostas" terras indígenas, o que dificulta sobremaneira a autonomia indígena sobre seus territórios e o exercício de seus direitos constitucionais.[159]

2.4.2 Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas

Proteger os direitos dos povos indígenas é uma das propostas dos instrumentos internacionais que visam proteger os direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Discorrer sobre as fontes de proteção ao direito indígena no direito internacional implica abordar três aspectos importantes: os povos indígenas como sujeitos de direito internacional, as fontes propriamente ditas e a forma de absorção das normas internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro.[160]

Seguindo a lógica exposta, deve-se esclarecer que o direito internacional é definido classicamente como o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres dos Estados.[161] Ocorre que, após o período de guerras, outros sujeitos passaram a ser aceitos além dos Estados, tais como as organizações intergovernamentais, as organizações não governamentais (ONGs), os indivíduos, as populações minoritárias e, também, os povos indígenas.[162]

Com isso, a primeira norma internacional de ampla aceitação a trazer os povos indígenas como sujeitos de Direito Internacional foi a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[163], que resultou da Conferência do Rio de Janeiro de 1992:

> Princípio 22 - Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.

159 *Id., Ibid.* p. 72.
160 VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas.* Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.
161 MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Público,* p. 63, *apud* VILLARES, Luiz Fernando. *Ibid.,* p. 45.
162VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas.* Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.
163 *Id. Ibid.,* p. 47.

No que se refere à fonte propriamente dita, vários são os instrumentos internacionais que prevêem e reafirmam direitos fundamentais indígenas, os quais devem ser observados e respeitados por todos os países que os tenham subscrito.

Entre os instrumentos, destacam-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a Convenção da Diversidade Biológica.

Ressalte-se que o Brasil é signatário de todos os instrumentos mencionados acima, evidenciando o seu compromisso, assumido expressamente diante da comunidade internacional, com relação aos povos indígenas.

Já os principais documentos internacionais que estabelecem diretrizes para que os países-membros da Organização das Nações Unidas - ONU elaborem suas políticas destinadas aos povos indígenas são tanto a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, quanto as resoluções referentes às duas Décadas Internacionais dos Povos Indígenas do Mundo[164] e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio[165]. Outrossim, não se deve ignorar que os tratados gerais de direitos humanos também têm uma importância singular, pois se aplicam de igual forma aos povos indígenas, até mesmo porque são universais.[166]

Mas o marco antecedente dos direitos indígenas previstos internacionalmente, sem dúvida, é o sistema internacional de defesa e proteção dos direitos humanos, edificado nos últimos 50 anos.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, maior órgão da Organização das Nações Unidas, dispõe em seu art. 38 que as convenções internacionais

164 Proclamada em 1993 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, a primeira Década Internacional dos Povos Indígenas teve como objetivo principal a aprovação da Declaração do Povos Indígenas. Ocorre que, passada a primeira década, em virtude de impasses nas negociações e do perigo de suas lutas caírem no esquecimento, lideranças indígenas fizeram até greve de fome, no intuito de pressionar os países para que proclamassem uma segunda década, o que foi aprovado a partir de 2005. Fonte: Site dos Povos Indígenas no Brasil – Instituto Socioambiental. <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas> Acesso em 28 de dezembro, às 8h20min.

165 A Organização das Nações Unidas - ONU, em 2000, ao analisar as problemáticas mundiais, elegeu oito objetivos para serem alcançados até 2015, firmando este compromisso juntamente com 189 nações. São os denominados Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) Fonte: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/> Acesso em 28 de dezembro, de 2012, às 8h35min e <http://www.pnud.org.br/ODM.aspx> Acesso em 28 de dezembro de 2012, às 9h50min.

166 Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas. 2.ed. – Rio de Janeiro : UNIC; Brasília : UNESCO, 2009.

são fontes de direito internacional que estabelecem regras reconhecidas de forma explícita pelos Estados. Aqui, convenções e tratados são termos usados como sinônimos pelo Direito Internacional.[167]

Os povos indígenas têm seus direitos reconhecidos nas declarações de direitos humanos e são protegidos internacionalmente, de modo genérico, pelos tratados e convenções. Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, foi o primeiro documento universal que proclamou direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todos os seres humanos. Seus princípios são genericamente aceitos como direito consuetudinário internacional, exigindo-se dos países, pelo menos, uma postura política moral no seu cumprimento.[168]

Completam a DUDH os pactos internacionais de 1966, quais sejam, os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Este último tem, até mesmo, uma referência a minorias, em seu art. 27, que pode ser aplicada aos povos indígenas:

> Artigo 27.
> No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Oportuno ressaltar que as regras das convenções e tratados são de cumprimento obrigatório para os Estados que os ratificaram, ao contrário da Declaração Universal. Compõem, assim, os principais documentos do sistema geral de proteção dos direitos humanos. Os povos indígenas, por sua vez, como todos os demais cidadãos, têm, em princípio, todos os direitos consagrados nos referidos pactos internacionais que, uma vez ratificados pelos Estados, podem ter o seu cumprimento exigido junto às autoridades nacionais.

Ao lado desse sistema geral, tem-se o sistema específico de direitos humanos, endereçado a um sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas relações.

Nesse diapasão, a Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989, é marco no direito internacional direcionado aos povos indígenas. No Brasil ela foi ratificada em 2002 e

167 VILLARES, Luiz Fernando. *Ibid.,* p. 48.
168 STAVENHAGEN, Rodolfo. *El marco internacional del derecho indigena,* p. 45, *apud*. VILLARES, Luiz Fernando. *Ibid.,* p. 48.

entrou em vigor em 25 de julho de 2003.[169] Muito embora tenha tido poucas adesões, chamou atenção o fato de que a população indígena dos países que a ratificaram são expressivas.

A referida Convenção estabelece "as bases para a política indigenista com autonomia para os povos indígenas e inúmeras obrigações estatais para proteção dos povos indígenas, sua vida, territórios, instituições, cultura e saúde."[170] Neste aspecto, os países signatários da convenção firmam o compromisso de consultar os povos indígenas interessados quando houver medidas tanto legislativas quanto administrativas que diretamente os afetem, garantindo, por conseguinte, sua efetiva participação nas decisões:

> Artigo 6°
> 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.
>
> Artigo 7°
> 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente."

Com o objetivo de estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação dos mecanismos de consulta prévia da Convenção 169, além de estabelecer o diálogo permanente e qualificado com membros da sociedade civil, povos indígenas e tribais, foi instituído o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), sob a coordenação do Ministério das Relações Exteriores e da Secretaria-Geral da Presidência da República, contando com a participação de diversos órgãos e entidades governamentais,

169 Site da Secretaria-Geral da Presidência da República <http://www.secretariageral.gov.br/art_social/convencao169>. Acesso em 16 de abril de 2012, às 6h.
170 VILLARES, Luiz Fernando. *Ibid.,* p. 49.

por meio da Portaria Interministerial nº35, de 27 de janeiro de 2012.[171]

Ainda, com o objetivo de compartilhar conhecimentos e experiências, de forma participativa, para obtenção de subsídios para a regulamentação dos mecanismos de consulta, a Secretaria-Geral da Presidência da República e o Ministério das Relações Exteriores promoveram nos dias 8 e 9 de março de 2012, em Brasília, o Seminário Convenção 169 da OIT: experiências e perspectivas, com a participação de cerca de 160 lideranças de quilombolas, indígenas e comunidades tradicionais, representantes de entidades de trabalhadores, empresários, da sociedade civil e especialistas da área.[172]

Ressalte-se que, apesar de ter influenciado as mudanças constitucionais da década de 1990, ainda assim tal Convenção foi omissa no que tange à proteção da propriedade intelectual, a um posicionamento mais firme sobre o direito à autodeterminação e à falta de instrumentos de participação dos próprios povos indígenas no controle de sua aplicação.[173]

Completa, ainda, o sistema específico dos instrumentos legais internacionais de proteção dos povos indígenas, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racional de 1965.

Tem-se, ainda, o sistema regional de direitos humanos que, nas Américas, efetivou-se pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e pela constituição da Organização dos Estados Americanos.

Por fim, a Assembleia Geral da ONU proclamou em 2007 a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Este, sem dúvida, é o documento internacional mais relevante para os povos indígenas, especialmente, no que tange a sua força política, já que sua força jurídica é restrita.[174] Isso porque, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e demais declarações não são obrigatórias, mas representam a dinâmica das normas internacionais e traduzem o compromisso dos Estados de se direcionarem para certos caminhos e de se regerem por determinados princípios. Com isso,

171 Site da Secretaria-Geral da Presidência da República <http://www.secretariageral.gov.br/art_social/convencao169>. Acesso em 16 de abril de 2012, às 6h15min.

172 Site da Organização Internacional do Trabalho <http://www.oit.org.br/node/777>. Acesso em 16 de abril de 2012, às 5h50min.

173 CHAMERS, Ian. *El Convênio 169 de la OIT: avances y perspecticas,* p. 125, *apud* VILLARES, Luiz Fernando. *Ibid.,* p. 49.

174 VILLARES, Luiz Fernando. *Ibid.,* p. 50.

muito embora não seja um instrumento juridicamente vinculante, a referida declaração estabeleceu um importante padrão de tratamento, uma vez que serve para estabelecer diretrizes para as políticas e legislações nacionais relativas aos povos indígenas, além de reafirmar alguns direitos já estipulados por tratados internacionais, como, por exemplo, o direito às terras tradicionalmente ocupadas, aos recursos naturais nelas existentes, e à consulta prévia e informada.

Devidamente indicadas as fontes internacionais dos direitos indígenas, oportuno se faz frisar que elas não estão a salvo de críticas. Neste aspecto, Manuela Carneiro da Cunha[175] tece comentários pertinentes acerca do conteúdo dos novos instrumentos internacionais. Explica a professora que tais instrumentos internacionais, como a Convenção 169 da OIT (de 1989) e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, "baseiam-se em uma revisão, operada nos anos 70 e, sobretudo 80, das noções de progresso, desenvolvimento, integração e discriminação ou racismo." Isso porque "as versões pós-guerra dos instrumentos de direitos humanos baseavam-se essencialmente no direito à igualdade." Ocorre que, prossegue Cunha, esse direito é fruto de uma ideologia liberal em resposta a situações do tipo *apartheid* e, por isso, foi largamente entendido como um dever; consequentemente, a igualdade, que era de essência política, foi entendida como homogeneidade cultural. O direito à igualdade significava, pois, dever de assimilação. Essa ideia não difere da Bula Ventas Ipsa de Paulo III que, em 1537:

> reconhecia a humanidade dos índios: eram humanos, portanto, passíveis de serem tornados iguais. Tinham alma, portanto, era obrigação dos reis cristãos batizá-los. Essa pseudo-generosidade, que quer conceder a todos a possibilidade (inteiramente teórica) de se tornarem semelhantes a nós, deriva de um etnocentrismo que se ignora a si mesmo.[176]

Ademais, relembra a autora que ainda nos anos 1970 e 1980, uma crise de confiança nas ideias-chave de progresso e desenvolvimento foi desencadeada, tendo relevante papel nessa transformação o movimento ecológico[177], o qual, após ter encampado outros segmentos, iniciou o ecologismo dos setores econômicos.[178]

Sob o impacto dessa crise, Cunha ensina que o enfoque muda: "as

175 CUNHA, Manuela Carneiro da. *O futuro da questão indígena.* Conferência do Mês do IEA-USP feita pela autora em 28 de setembro de 1993. Estudo Avançados. 8(20), 1994, p. 129

176 *Id., Ibid.,* p. 129.

177 *Id., Ibid.,* p. 129.

178 GÓES, Ione. *Movimentos Ambientalistas: Trajetória Histórica.* Disponível no Site de Lígia Tavares. Sítio Eletrônico: <www.juvencioterra.com.br/virtual/texto_ambientalistas.doc> Acesso em: 16 de dezembro de 2012, às 13h30min.

declarações internacionais passam a falar em etnodesenvolvimento (Declaração de San José, da UNESCO, de 1981), direito à diferença e valor da diversidade cultural" [179]

Importante notar a evolução da percepção de desenvolvimento, pois no final da década seguinte, Amartya Sen apresenta uma interpretação revolucionária desse conceito, propondo uma reaproximação entre a ética e a economia e, com isso, a reumanização da segunda.[180] Para o autor, o desenvolvimento deve eliminar o que limita "as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente".[181]

Nesse contexto, as declarações e instrumentos internacionais, a partir do final dos anos 1970, passaram a falar dos "povos indígenas". Não obstante, alguns Estados, inclusive o Brasil, continuam a ter receio de que o termo "povos" possa implicar o status de sujeito de Direito Internacional, o que supostamente colocaria em risco a integridade do território, em virtude do princípio da autodeterminação dos povos reconhecido na Carta das Nações Unidas (art. 1.2). [182]

Ocorre que, tanto *povos* quanto *autodeterminação* podem ser entendidos de diversas formas. Neste aspecto, note-se que o primeiro termo se generalizou de tal maneira que sua utilização não implica em ameaças separatistas, especialmente no Brasil, dada a quantidade reduzida das etnias e sua pulverização territorial, o que inviabiliza inclusive sua cogitação.[183]

Em virtude desse receio, a Convenção 169 da OIT explicita em seu art. 1, parágrafo 3, que: "A utilização do termo povos nesta Convenção não deverá ser interpretada como tendo qualquer implicação com respeito aos direitos que se possa

179 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Ibid.,* p. 129

180 Amartya Sen é um economista indiano, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998 e colaborador de Mahbub ul Haq na criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Publicado pela primeira vez em 1990, o índice é calculado anualmente. Desde 2010, sua série histórica é recalculada devido ao movimento de entrada e saída de países e às adaptações metodológicas, o que possibilita uma análise de tendências. Aos poucos, o IDH tornou-se referência mundial. É um índice-chave dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas e, no Brasil, tem sido utilizado pelo governo federal e por administrações regionais através do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M). Site do Progrmaa das Nações Unidas para o desenvolvimento <http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH> Acesso em 16 de dezembro de 2012, às 13h.

181 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10.

182 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Ibid.,* p. 129

183 *Id., Ibid.,* p. 129.

conferir a esse termo no direito internacional". No mesmo sentido dispõe o Acordo Constitutivo do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas na América Latina e Caribe[184], concluído em 1992, em seu artigo 1.1, terceira parte.

Já no que tange à autodeterminação, importante frisar que os mesmos textos a designam como "vigência do direito costumeiro interno e participação política dos povos indígenas nas decisões que os afetam, não como reivindicação de soberania." Por isso, Cunha entende ser, no mínimo, suspeito o grande alarde que se fez na imprensa sobre a ameaça que a Declaração da ONU faria pesar sobre a Amazônia.[185]

Já a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, que trata tantos dos direitos individuais quanto dos coletivos, reconhece que os indivíduos indígenas têm o direito de viver com integridade física e mental, liberdade e segurança. O documento afirma que povos indígenas, tanto individual quanto coletivamente considerados, têm o direito de não serem forçados à assimilação ou destituição de suas culturas. Reconhece, ainda, a estreita relação quem têm com o meio ambiente, rememorando que as suas terras ancestrais são o fundamento de suas existências coletivas, suas culturas e espiritualidade, a exemplo do que já se vislumbra na própria Constituição Brasileira (art. 34).

Nesse sentido, o Artigo 20 reconhece que os povos indígenas têm o direito de manter e desenvolver seus sistemas e instituições políticas, econômicas e sociais para assegurar seus próprios meios de subsistência e desenvolvimento com liberdade e respeito à diversidade cultural.

Nessa mesma linha, a Declaração prevê no Artigo 34 o direito de os povos indígenas de manterem e desenvolverem seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, práticas e ainda, quando existam, costumes ou sistemas de leis, desde que em conformidade com a normativa internacional de direitos humanos.

O Estado brasileiro declarou que não havia dúvida de que a Declaração era uma reafirmação do compromisso da comunidade internacional para garantir o gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas e para respeitar o valor das culturas e identidades indígenas. Após votar a favor da aprovação da Declaração, em 2007, o representante do governo brasileiro manifestou que o texto adotado pelo Conselho de Direitos Humanos era o mais hábil para lidar com os assuntos em questão e

184 Promulgado pelo Decreto n. 3108, de 30 de julho de 1999.
185 CUNHA, *Ibid.,* p. 129-130

que, por isso, não deveria ter sido reaberto à discussão. Mas recebeu com satisfação o novo texto e votou pela sua aprovação. A delegação brasileira na ONU ainda ressaltou que o exercício dos direitos dos povos indígenas é consistente com a soberania e integridade territorial dos Estados em que residem. Ao mesmo tempo, afirmou que os Estados deveriam ter sempre em mente seu dever de proteger os direitos e a identidade de seus povos indígenas.

Dito isso, e, a fim de seguir a lógica exposta no início desta seção, passa-se, a seguir, à abordagem acerca da hierarquia, incorporação e impacto jurídico dos tratados no direito interno brasileiro, especialmente os que tratam de direitos humanos. Tenha-se em vista que os instrumentos relativos aos direitos indígenas compartilham dessa natureza e tal compreensão se faz imprescindível para se ter um panorama daquilo que se denomina direito constitucional indígena.

Sobre o assunto, Flávia Piovesan ensina que, antigamente, o primado do Direito Internacional era adotado pela jurisprudência brasileira. Isso significa dizer que, antes de 1977, os tratados e as convenções internacionais revogavam a legislação interna e eram observados pelas leis que lhe sobreviessem.

A partir de 1977, houve uma tendência da doutrina brasileira em acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica. Por isso, à hipótese, aplicava-se o princípio "a lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível".[186] A referida postura foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 naquele mesmo ano e reiterada mesmo após a promulgação da CF/88[187].

Ocorre que, Piovesan entende que o art. 5°, §2°, da CF/88[188], conferiu tratamento jurídico diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos em virtude de seu caráter especial[189], distinguindo-os dos tratados internacionais comuns. Com efeito,

186 A autora rebate afirmando que essa concepção compromete tanto o princípio da boa-fé, quanto afronta a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

187 HC 72.121-RJ, de 22/11/95; HC 76.561-SP, Plenário, 27/05/1998; ADI 1480-3-DF, 04/09/1997; e, RE 243.613, 27/04/1999.

188 Art. 5º. […] §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

189 Sob este aspecto, a autora esclarece que, enquanto os tratados internacionais buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, os tratados internacionais de direitos humanos transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, objetivando a salvaguarda dos direitos do ser humano. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

sustenta que a Constituição de 1988 possibilitou um sistema misto disciplinador dos tratados, pois assegurou aos tratados internacionais de direitos humanos garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional.[190]

Ainda admitindo um sistema misto disciplinador dos tratados, a autora registra a existência de mais duas correntes doutrinárias: a que sustenta a hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos[191]; e a que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos[192].

A fim de equacionar a polêmica doutrinária e jurisprudencial no que se refere à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adveio a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que introduziu o §3° ao art. 5° da CF/88, de acordo com o qual: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Para Celso Lafer, o referido parágrafo é uma lei interpretativa que visa a esclarecer as controvérsias advindas do §2° do art. 5° da CF/88.[193] Nesse contexto, o novo parágrafo viria apenas para clarificar a lei que já existia. Isso implica dizer, segundo Flávia Piovesan, que o novo parágrafo veio apenas corroborar que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC n. 45/2004 têm hierarquia constitucional, por serem normas material e formalmente constitucionais. De acordo com a autora, esse entendimento decorre de quatro argumentos:

> a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2° e 3° do art. 5°, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de

190 Contrariando esse posicionamento, temos: Francisco Rezek, que, em sua obra *Direito internacional público,* defende a paridade entre tratado internacional e lei federal. Já Luiz Flávio Gomes em "A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*" (Revista dos Tribunais,* v. 83, n. 710, p. 30), assegura que, quando a norma internacional apenas repetir ou explicitar um texto constitucional, ela possui natureza deste. Todavia, se a norma internacional refletir outro direito não previsto na CF/88, possui força de lei ordinária.

191 Por todos, Agustín Gordillo, para quem "as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional" *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general,* p. 53 e 55, *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

192 O Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do RHC 79.785-RJ, divorciou-se da tese majoritária do STF, à época, a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais, para encampar a tese da supralegalidade.

193 LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.* São Paulo: Manole, 2005, p. 16.

> evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.[194]

E prossegue, ensinando que

> Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do §3° do art. 5° aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consonante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 2° e do art. 5°, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a "constitucionalização formal"dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil.[195]

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão paradigmática sobre o tema, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343. Na ocasião, convergiu em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinguindo-os do regime jurídico aplicável aos tratados internacionais, mas no que se refere à hierarquia, dividiu-se entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade, vencendo a primeira tese por maioria de votos. Com efeito, de acordo com a Corte Constitucional, o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.[196]

Não obstante, Flávia Piovesan insiste na tese de que o novo dispositivo do art. 5°, §3°, da CF/88, reconhece a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, corroborando a existência de um regime jurídico misto, o qual diferencia os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.[197]

Acrescenta que, com o advento do §3° do art. 5° da CF/88, duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos surgem: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Importante frisar que, por força do §2° do art. 5° da CF/88, todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, ao passo que a constitucionalidade formal é adquirida a partir do §3° do art. 5° da CF/88, mediante sua aprovação com observância do quórum estabelecido, equiparando-se às emendas à Constituição.[198] A utilidade de tal diferenciação

194 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.
195 *Id. Ibid.,* p. 130.
196 Nesse sentido: AI 705.483, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 30/09/2010. DJe 15/10/2010.
197 PIOVESAN, Flávia. *Ibid.* p. 138.
198 *Id., Ibid.*, p. 139.

consiste na possibilidade de o tratado ser denunciado[199]. Com efeito, dentre essas duas espécies, apenas os tratados materialmente constitucionais são suscetíveis à denúncia.

Pois bem, conforme se observa, a forma como a doutrina e a jurisprudência concebem a hierarquia dos tratados internacionais sofreu muitas alterações no decorrer do tempo, podendo-se falar em verdadeiro avanço, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988 e sua Emenda Constitucional n. 45. Não obstante as reticentes divergências, é inevitável falar-se em maior proteção aos direitos humanos. Portanto, após essa breve síntese sobre o tema, pertine, ainda, a este trabalho esclarecer como os tratados de direitos humanos são incorporados no ordenamento interno.

Por isso, convém observar que, para Flávia Piovesan, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5°, §1°, ao dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados de proteção dos direitos humanos. Adota, pois, a concepção monista, segundo a qual o Direito Internacional e o direito interno correspondem a uma mesma unidade, inexistindo limites entre os ordenamentos jurídicos correspondentes. Por consequência, sua incorporação no âmbito interno não deve ficar condicionada a outro ato. Difere-se, portanto, da sistemática da incorporação legislativa aplicada aos tratados tradicionais, segundo a qual se exige que, após a ratificação, um ato com força de lei confira sua execução e cumprimento no plano interno. Isso porque, exceto na hipótese de direitos humanos, a Constituição não dispõe acerca da relação entre o Direito Internacional e o interno, razão pela qual a doutrina dominante tem entendido que o Brasil não adota a corrente monista na espécie, mas sim a dualista na espécie.

Defende a professora Piovesan que

> O §3° do art. 5° tão somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que, após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com observância do *quorum* exigido pelo art. 60, §2°), fique a sua incorporação no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República.[200]

Não obstante tais ponderações, o STF tem exigido a expedição de tal decreto, como um momento crucial no processo de incorporação dos tratados, sendo uma manifestação essencial e insuprimível, pois assegura que o tratado seja promulgado internamente, garantindo a publicidade e conferindo executoriedade ao tratado ratificado,

199 Ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado, de acordo com Flávia Piovesan. *Ibid.* p. 138.
200 *Id. Ibid.* p. 152.

ocasião em que passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.[201]

Mas, afinal de contas, qual é o impacto jurídico que os tratados internacionais de direitos humanos produzem no Direito interno brasileiro?

Considerando a natureza constitucional dos direitos enumerados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, Piovesan prevê três hipóteses de impacto jurídico.

A primeira delas consiste na possibilidade de o tratado reproduzir direito assegurado pela Constituição. Isso ocorre porque o Direito interno brasileiro, especialmente a Constituição de 1988, contém inúmeros dispositivos que coincidem com os enunciados contidos nos tratados, o que reflete o fato de o legislador nacional buscar inspiração naqueles, bem como, a sua preocupação em ajustar o Direito interno às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Na hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam o valor jurídico dos direitos constitucionalmente assegurados. Por consequência, a violação do direito acarreta responsabilização nacional e internacional.

Mas, um segundo impacto jurídico também pode ocorrer. É a hipótese de o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao ser incorporado ao Direito interno, ensejar uma integração, uma complementação, um alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos. Na espécie, os tratados reforçam a Carta de direitos prevista constitucionalmente, complementando-a com a inclusão de novos direitos.

Ainda se faz possível uma terceira hipótese no campo jurídico: eventual conflito entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno. Eis a hipótese mais problemática, que faz o aplicador do direito questionar sobre como solucionar eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos.

Para o caso, explica Piovesan[202], deve-se lançar mão de um critério de solução de conflito diferenciado, peculiar ao conflito em questão, que é consagrado tanto pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos[203], quanto na

201 A respeito, ver ADI 1480-DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 13/05/1998.

202 PIOVESAN, Flávia. *Ibid.* p. 164.

203 Flávia Piovesan elenca dispositivos que tratam sobre o critério da escolha da disposição mais favorável à vítima em sua obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 165: art. 5° (2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; art. 5° (2) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; art. 23 da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres; art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança; art. 29, *b,* da Convenção Americana de Direitos Humanos; arts. 13 e 14 da Convenção Interamericana

jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais[204]. Fala-se, então, na primazia da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana.

Esse critério foi utilizado pelo Min. Celso de Mello, quando do julgamento do HC 96.772[205], ocasião em que aplicou a hermenêutica mais favorável à vítima como critério a reger a interpretação do Poder Judiciário. Na espécie, fala-se que os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados, seja para reforçar sua imperatividade, para adicionar novo direito ou para suspender preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos.

Em conclusão, ressalte-se que, em todas as hipóteses, de acordo com a professora Piovesan, "os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, mas nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno."[206] E isso é de extrema importância para se construir os parâmetros com que se deve fitar e compreender os direitos constitucionais indígenas.

para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; art. 5° da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados; e art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

204 Nesse sentido: decisão da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre a admissibilidade da Petição n. 235/56 e o Parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Condição Obrigatória de Membro em uma Associação de Jornalistas.

205 Julgado em 09/06/2009.

206 PIOVESAN, Flávia. *Ibid.* p. 171.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CASO RAPOSA SERRA DO SOL

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), localizada em Roraima, extremo norte do Brasil, teve seu memorial descritivo devidamente publicado no Diário Oficial da União, com as coordenadas geográficas do perímetro proposto para demarcação em 1993.[207] A partir daí, fortes pressões políticas retardaram o processo administrativo e os conflitos em torno da TIRSS passaram a retornar ciclicamente à mídia, com ar de novidade.

Ocorre que, a partir da conclusão administrativa da demarcação, o que ocorreu em 2005, as medidas utilizadas para a desocupação do local foram objeto de reações violentas. Nesse contexto, inúmeras ações judiciais foram ajuizadas na Justiça Federal, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal verificou que, no caso Raposa Serra do Sol, havia litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência daquela Corte, por disposição expressa do art. 102, I, alínea "f" da Constituição Federal.[208]

Ainda em 2005, políticos locais ajuizaram no Supremo Tribunal Federal a Petição 3388/RR contra a União, impugnando o modelo de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol; requerendo, em síntese, a suspensão liminar dos efeitos da

---

207 O processo oficial de reconhecimento da TIRSS se arrastou por décadas. Após estudos sucessivos, a área foi formalmente identificada pela Funai em 1993, conforme dados do Instituto Socioambiental – ISA, site: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/> Acesso em 01.06.2011.

208 *EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. - Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior). - Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. - Reclamação procedente.*(STF. Rcl 2833, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2005, DJ 05-08-2005 PP-00007 EMENT VOL-02199-01 PP-00117 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 262-275 RTJ VOL-00195-01 PP-00024) e E*MENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 534/05, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente.* (STF. Rcl 3331, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2006, DJ 17-11-2006 PP-00048 EMENT VOL-02256-02 PP-00208 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 175-179 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 206-215).

portaria 534/2005 e do decreto homologatório assinado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva e, no mérito, a declaração de nulidade da referida portaria.

Em virtude das grandes dimensões territoriais envolvidas, do histórico de conflitos e dos impactos econômicos que a demarcação da TIRSS poderia trazer, o caso repercutiu em demasia na imprensa nacional. Note-se que o Supremo Tribunal Federal já havia julgado alguns processos envolvendo a demarcação de terras indígenas, mas nenhum deles ganhou tanta visibilidade pública quanto o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.[209]

209 A título de exemplo, pode-se colacionar as seguintes ementas: TERRAS INDÍGENAS. DEMARCAÇÃO. DECRETO HOMOLOGATÓRIO. DECRETOS Nº 22/91 E 1.755/96. Demarcação de terra indígena (Karajás de Aruanã I). Decreto homologatório. Alegações improcedentes de descumprimento de normas do Decreto nº 22/91 e Decreto nº 1.755/96 que, ademais, não foram objeto de questionamento no procedimento administrativo. MS indeferido. (MS 23862, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2004, DJ 26-03-2004 PP-00006 EMENT VOL-02145-01 PP-00183 RTJ VOL-00191-03 PP-00884); MANDADO DE SEGURANÇA. BEM IMÓVEL. DEMARCAÇÃO. RESERVA INDÍGENA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. SUPERVENIÊNCIA DE DECRETO QUE PERMITIU A APRESENTAÇÃO DE DEFESA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. ÁREA INDÍGENA CUJO DECRETO HOMOLOGATÓRIO NÃO FOI REGISTRADO EM CARTÓRIO OU NA SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PERDA DE OBJETO DO WRIT. 1. O decreto n. 1.775/96 concedeu aos interessados nas demarcações de terras indígenas em curso, cujo decreto homologatório ainda não tivesse sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, o prazo de 90 [noventa] dias para manifestação em procedimento administrativo. 2. Reaberto o prazo para manifestação e deduzida defesa administrativa pelos impetrantes, não há falar-se em cerceamento de defesa ou ausência de contraditório no procedimento de regularização fundiária de área indígena. 3. Mandado de segurança julgado prejudicado. (MS 21660, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2004, DJ 07-12-2006 PP-00035 EMENT VOL-02259-02 PP-00232 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 173-187); MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO HOMOLOGATÓRIO DE DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA. ÁREA INDÍGENA DENOMINADA JACARÉ DE SÃO DOMINGOS. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE A ÁREA REFERIDA NA PORTARIA DO MINISTRO DA JUSTIÇA E AQUELA CONSTANTE DO DECRETO HOMOLOGATÓRIO DA DEMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 1. No que tange à declaração dos limites e superfície da terra indígena a ser demarcada, é possível haver diferença entre área e perímetro estabelecidos pela Portaria do Ministério da Justiça e aqueles constantes do decreto presidencial. 2. Afastada a alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal, fundada na assertiva de que edição do Decreto presidencial não se afigurava possível, porquanto já em trâmite a ação de nulidade de demarcatória cumulada com ação reivindicatória. Ausente provimento jurisdicional definitivo ou cautelar que impedisse o prosseguimento do processo administrativo de demarcação de terras indígenas, cujo início se deu em momento anterior à propositura da demanda na primeira instância. Observância dos princípios da presunção de legitimidade e auto-executoriedade dos atos administrativos. Mandado de segurança denegado. (MS 21896, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA (ART. 38,IV, b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-01 PP-00156); MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SEGURANÇA INDEFERIDA. Imprescindibilidade de citação da FUNAI como litisconsorte passiva necessária e ausência de direito líquido e certo, por tratar a questão de matéria fática. Preliminares rejeitadas. Ao estabelecer um procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla

De acordo com as declarações dos próprios ministros, quando do julgamento da referida ação, o caso Raposa Serra do Sol foi um dos mais difíceis e complexos já enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal em toda a sua história.[210]

Ao "aplainar o terreno" para o enfrentamento das questões propriamente jurídicas da causa, o Ministro Relator Carlos Ayres Brito descreveu o julgamento como uma:

> Viagem em demanda de um conhecimento que para se desprender limpidamente do Magno Texto Federal reclama do intérprete/aplicador o descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas. Uma decidida postura de auto-imposição de carga ao mar com tudo que signifique pré-compreensão intelectual de um tema – esse da área indígena Raposa Serra do Sol – **sobre o qual profundamente divergem cientistas, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG`s e igrejas. Razão se sobre para que busquemos na própria Constituição, e com o máximo de objetividade que nos for possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso país** (261/262, não grifado no original).

Da colocação do Ministro podem ser extraídas, pelo menos, duas grandes razões para estudar o referido julgado. A primeira razão consiste em saber o exato papel do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, na defesa dos direitos fundamentais indígenas. A segunda, gira em torno do método que o órgão supremo adota para desempenhar o seu múnus público.

Com efeito, conforme consolidado em linhas pretéritas, considera-se, neste estudo, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão da nossa Jurisdição Constitucional, ou seja, o nosso Tribunal Constitucional, descartando, consequentemente, por opção metodológica, as teorias que discordam dessa afirmação.

No papel de Tribunal Constitucional, o STF figura também como órgão garantidor da efetividade dos direitos fundamentais. Ocorre que, levando-se em consideração o exposto no capítulo 2, tem-se que a demarcação de terras indígenas é um meio de se garantir a concretização do direito à terra, que, por sua vez, é um direito fundamental para os povos indígenas. Unindo tais conclusões, pode-se identificar um dos papéis daquela Corte no julgamento da PET 3388/RR: o de garantir a efetividade do direito fundamental à terra aos povos indígenas.[211]

---

defesa. Proporcionalidade das normas impugnadas. Precedentes. Segurança indeferida. (MS 24045, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/2005, DJ 05-08-2005 PP-00006 EMENT VOL-02199-01 PP-00197 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 145-154)

210 MENDES, Gilmar. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. 2002-2010.* São Paulo: Saraiva, 2011, p.139.

211 Cientes dessa função, os Ministros do STF repetiram tal afirmativa inúmeras vezes durante o julgado.

A análise de como a Corte Constitucional brasileira desempenhou tal função, a partir das premissas acima, é o objetivo deste estudo, o qual se realizará nas linhas seguintes.

Mas, antes, importante se faz contextualizar o tema que se pretende analisar.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A área indígena Raposa Serra do Sol está situada no Estado de Roraima, espaço cujas terras entraram para a história do mundo ocidental no século XVIII, sob a égide da colonização portuguesa, que a via como região estratégica para seu expansionismo na América do Sul. A partir daí passou por várias estruturas de organização e administração política, como Forte de São Joaquim do Rio Branco em 1775/1788, ligado à Capitania de São José do Rio Negro; Freguesia de Nossa Senhora do Carmo, da Província do Amazonas, em 1858; Município de Boa Vista do Rio Branco, com a Constituição de 1891; e Território Federal do Rio Branco, em 1943. Em decorrência da coincidência toponímica com a capital do Acre, teve seu nome mudado para Roraima, em 1962; tornando-se Estado com a Constituição Federal de 1988.

Com uma área de 224.298,98 km² (14º do país), da qual 104.018,00 km² correspondem a terras indígenas, o Estado de Roraima é constituído de habitantes indígenas e não indígenas que, ao mesmo tempo que se mesclam, estranham-se e afrontam-se. Sua população hoje é de 451.227[212] habitantes, dos quais 46.106 são indígenas.[213] Dentre essa população, tem-se, aproximadamente, 15.000 da etnia Yanomami[214], e 31.106 distribuídos entre as etnias Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang, Waimiri-Atroari, Wai-Wai e Wapixana.[215]

Situado na Região Norte, é o estado menos populoso do Brasil. Limita-se ao Norte com a República da Venezuela; ao Sul com os Estados do Amazonas e Pará; ao Leste com a Guiana; e a Oeste com o Amazonas e a República da Venezuela.

A história dos indígenas de Roraima coincide com a história dos demais povos indígenas do Brasil, pois o fato de nessas terras existirem povos autóctones

212Censo 2010 <www.ibge.gov.br>.
213FUNAI <www.funai.gov.br>.
214 Idem.
215FUNASA <www.funasa.gov.br>.

("Caribes", Makuxi, Wapixana, Macu, Paraviana, Guaripuna, Sapará, Jaricuna, Ingarikó, Taurepang, Yanomami, Wai Wai, Waimiri-Atroari, Maiongong, entre outras) nunca representou nenhum obstáculo às intenções de apropriação do Estado português e, depois, do Estado brasileiro. Pelo contrário, os povos indígenas eram vistos pelo Estado como os possíveis sustentáculos da dominação lusa na Amazônia[216].

No início de sua colonização pelos portugueses, os povos indígenas habitavam principalmente as regiões do lavrado[217] e das serras. Na região da TIRSS convivem integrantes dos grandes troncos étnicos notados pelos viajantes e autoridades lusitanas já no século XVIII: o tronco aruak (do qual é integrante a etnia wapichana) e o tronco karib, do qual descendem, entre outras, as etnias macuxi, taurepang, ingaricó e patamona.

Foram os portugueses que trouxeram para o vale do Rio Branco as primeiras levas migratórias não indígenas, vindas principalmente do Nordeste, cujas raízes genealógicas constituíram as famílias e a população roraimense. A partir do século XIX, com o aproveitamento econômico do lavrado pela pecuária, esse processo migratório se intensificou, mas foi marcante no início do século XX. Outra fase migratória expressiva ocorreu nas décadas de 1970/80, com a abertura indiscriminada dos garimpos de ouro, diamante e cassiterita no Estado.

O Rio Branco foi uma das últimas áreas a serem alcançadas pelo avanço da colonização portuguesa na Amazônia. Isso porque a área não oferecia nenhum produto de exploração fácil e rentável para o mercado colonial.

Excetuando-se a fronteira com a Guiana Francesa, estabelecida pelo Tratado de Utrech em 1713, os limites do noroeste amazônico permaneceram indefinidos propositalmente, pois Portugal não possuía título para reclamá-los.

No século XVIII, o apresamento clandestino de escravos índios alcançou a região e passou a ser oficial a partir dos anos 30 daquele século. A ocupação do vale do Rio Branco se tornou um imperativo de ordem político-estratégica apenas sob a égide do Tratado de Madrid, que dispunha sobre a demarcação das fronteiras coloniais luso-espanholas e se guiava pelo princípio da posse de fato, estabelecendo que cada parte deteria os territórios até então ocupados e povoados.

Consequentemente, o objetivo do ministério pombalino era "povoar todas

216 FARAGE, Nádia. As Muralhas dos Sertões. Rio de Janeiro: Paz e Terra; ANPOCS, 1991.
217 "lavrado" é a denominação regional do cerrado.

as terras possíveis, contando com a população indígena como base de uma sociedade colonial"[218], representando, assim, uma garantia incontestável da soberania de Portugal sobre o território.

Já em meados do século XX, Joaquim Nabuco destacou a importância da presença de povos indígenas na área que hoje corresponde ao Estado de Roraima para a demarcação das fronteiras do Brasil[219] Evidenciou, pois, a presença de índios Macuxi e Wapixana na área em litígio com a Guiana Inglesa, os quais teriam sido integrados à sociedade colonial portuguesa. Tanto é que se assevera que

> se hoje aquela região fica em território brasileiro, é porque assim decidiu, em 1903, o rei da Itália, árbitro do conflito entre Brasil e a Grã-Bretanha sobre a fronteira com a Guiana. O argumento que o jurista Joaquim Nabuco utilizou a favor do Brasil foi precisamente a presença de índios macuxis na área, que falavam português e tinham laços com a sociedade brasileira" (ABRAMOVAY, Pedro. "A Guerra da Raposa", p. 30).

Nabuco destaca que os indígenas eram considerados pela Metrópole, desde meados do século XVII, como as "muralhas dos sertões", idéia que permeou a legislação indigenista portuguesa por aproximadamente três séculos.[220] Com efeito, a expulsão dos espanhóis, a ocupação e domínio militar da coroa portuguesa, o povoamento, o domínio de tribos indígenas e a manutenção da jurisdição portuguesa no território disputado, confirmariam, para Nabuco, a soberania portuguesa nessa área.

A referida área corresponde atualmente à terra indígena Raposa Serra do Sol, que, para o antropólogo Paulo Santilli, no que tange ao seu histórico de ocupação,

> (...) separaram as populações componentes das mesmas etnias, seccionaram os territórios indígenas, ergueram barreiras entre aldeias cerceando os movimentos de seus habitantes e a continuidade de suas relações sociais básicas, afetando fortemente as formas próprias de organização social, bem como as cosmologias indígenas.[221]

Eis a contradição na relação da "sociedade colonizadora" com os indígenas: ao passo que se reconhecia a importância desse povo para a ocupação na região, sua cultura era objeto de desrespeito por parte dos não-indígenas.

Não obstante os séculos de interferência por ocupações não-indígenas, podendo-se identificar ao longo do tempo mudanças na organização social dos Macuxi,

218 *Id. Ibid.*

219 Conforme a sua obra *O Direito do Brasil,* elaborada em 1903, no intuito de apresentar a defesa da causa do Brasil ao rei da Itália, árbitro na questão de limites com a Guiana Britânica, em virtude do Tratado de Londres, de 06 de novembro de 1901.

220 Expressão que deu origem ao título da obra de Nádia Farage.

221 SANTILLI, Paulo. *As Fronteiras da República. História e política entre os Macuxi no vale do rio Branco*, São Paulo : USP-NHII ; Fapesp, 1994. p. 09.

grupo étnico originário de regiões hoje pertencentes ao Estado de Roraima, tal fenômeno não alterou a estrutura desse povo, permanecendo o território Macuxi, o que demandaria o seu justo reconhecimento.[222]

O processo para o reconhecimento da posse originária e a demarcação oficial dessa área para o uso exclusivo dos indígenas foi considerado um dos mais conflituosos no Brasil, perdurando diversos governos e enfrentou questões relacionadas ao arcabouço jurídico-institucional, a criação de municípios dentro da área identificada (Normandia, Uiramutã e Pacaraima), a criação do Parque Nacional do Monte Roraima, a construção de estradas, a instalação de equipamentos públicos (como, por exemplo, linhas de transmissão de energia) e de pelotões de fronteira do exército, a ocupação da área por posseiros e a expansão da pecuária e, recentemente, da monocultura de arroz.

Esse processo é que se pretende expor a seguir.

3.2 A DEMARCAÇÃO DA TIRSS

Em virtude da importância que o processo administrativo de demarcação de terras indígenas tem na concretização dos direitos indígenas[223], o Instituto Socioambiental[224] elaborou um dossiê sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.[225]

De acordo com tal documento, o reconhecimento por parte do Estado de que as terras localizadas na região que hoje se denomina Raposa Serra do Sol são ocupadas por índios remonta ao ano de 1917, quando o Governo do Amazonas sancionou a Lei Estadual nº 941. Esse instrumento normativo destinou, para a ocupação e usufrutos dos

222 SANTILLI, Paulo. *As Fronteiras da República. História e política entre os Macuxi no vale do rio Branco*, p. 105.

223 Conforme já explicitado no Capítulo 2.

224 O Instituto Socioambiental (ISA) é uma associação sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), desde 21 de setembro de 2001. Fundado em 22 de abril de 1994, o ISA incorporou o patrimônio material e imaterial de 15 anos de experiência do Programa Povos Indígenas no Brasil do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (PIB/CEDI) e o Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) de Brasília. Ambas, organizações de atuação reconhecida nas questões dos direitos indígenas no Brasil. Fonte: Site do Instituto Socioambiental, <http://www.socioambiental.org/inst/index.shtm> Acesso em 13 de janeiro de 2013, às 15h.

225 A cronologia fática a seguir apresentada reproduz os dados do referido dossiê, com acréscimo dos respectivos julgados do Supremo Tribunal Federal, quando pertinente.

índios Macuxi e Jaricuna, as terras compreendidas entre os rios Surumu e Cotingo. Logo, em 1919, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) deu início à demarcação física da área, uma vez que já estava sendo invadida por fazendeiros. Todavia, o referido trabalho não foi terminado.

Apenas em 1977, a Presidência da Fundação Nacional do Índio (Funai) formou um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para identificar os limites da Terra Indígena. Mais uma vez, o relatório conclusivo dos respectivos trabalhos não foi apresentado. Por isso, em 1979, um novo Grupo de Trabalho (GT) foi formado, o qual propôs uma demarcação provisória de 1,34 milhão de hectares, sem subsídio, contudo, de estudos antropológicos e historiográficos.

Já em 1984, mais um GT foi instituído para que identificasse e promovesse o levantamento fundiário da área. Na ocasião, cinco áreas contíguas foram identificadas, totalizando 1,57 milhão de hectares. São elas: Xununuetamu, Surumu, Raposa, Maturuca e Serra do Sol. Mais uma vez, só que agora em 1988, outro GTI foi formado para realizar o levantamento fundiário e cartorial. Novamente, não se chegou a qualquer conclusão sobre a área. A iniciativa se repetiu nos anos de 1992 e 1993, ocasião em que se chegou a um parecer conclusivo, o qual foi publicado no Diário Oficial da União no dia 21 de maio de 1993. Esse parecer propôs ao Ministério da Justiça o reconhecimento da extensão contínua de 1,67 milhão de hectares.

Enquanto isso, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, assinou, em janeiro de 1996, o Decreto nº 1.775, que introduziu o princípio do contraditório no processo de reconhecimento de terras indígenas. A partir de então, permitia-se a contestação administrativa por parte dos atingidos. Em razão disso, contra a terra indígena Raposa/Serra do Sol, foram apresentadas 46 contestações administrativas por ocupantes não índios e pelo governo de Roraima. Todas foram rejeitadas pelo então ministro da Justiça, Nelson Jobim, por meio do Despacho n. 80. Ocorre que, na oportunidade, o ministro propôs uma redução de cerca de 300 mil hectares da área, com a exclusão de vilarejos que serviram como antigas bases de apoio à garimpagem, estradas e fazendas tituladas pelo Incra. A medida representava a divisão da área em cinco partes.

Enfim, no dia 11 de dezembro de 1998, o ministro da Justiça, Renan Calheiros, assinou a Portaria 820/98, declarando a Terra Indígena Raposa/Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas, em área contínua. Inconformado, o Governo de

Roraima impetrou mandado de segurança perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 1999[226], pleiteando a anulação da mencionada portaria. O pedido liminar foi parcialmente concedido, sobrestando-se os efeitos do ato impugnado. Mas, ao julgar o mérito em 2002, o STJ entendeu por bem negar a segurança.

Em virtude das pressões políticas, das invasões e da pressa das comunidades indígenas em usufruir das terras, em abril de 2003 a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab) lançou campanha pela homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol. Em junho do mesmo ano, o então ministro da Justiça, Márcio Thomas Bastos, visitou a região e anunciou que a decisão sobre a homologação seria rápida.

Ainda em 2003, as organizações indígenas Arikon, Alicidir e Sodiur, lançaram, então, carta-manifesto contra a homologação da terra indígena em área contínua. O documento também criticou as ações do Ministério Público Federal, que visavam fechar cem casas comerciais no município de Pacaraima. De acordo com a carta, a recomendação da Comissão dos Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, que defendia a área contínua, não atendia às necessidades da maioria dos indígenas, mas apenas aos interesses do Conselho Indígena de Roraima (CIR), apoiado pela Igreja Católica e pela Diocese de Roraima. Dando prosseguimento aos manifestos contra a demarcação em área contínua, em janeiro de 2004, os arrozeiros instalados na Terra Indígena[227], acompanhados de índios que defendiam a homologação fracionada, invadiram a sede da Funai em Boa Vista, ocasião em que destruíram a missão Surumu, fizeram padres reféns e fecharam estradas e pontes.

As pretensões resistidas foram, então, levadas ao Judiciário e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse contexto, em fevereiro de 2004, o STF recebeu uma impugnação contra a criação dos municípios de Uiramutã e de Pacaraima, sob o fundamento de que ambos foram instituídos dentro de reservas indígenas demarcadas pela União. Em março do mesmo ano, o juiz Helder Girão Barreto, da 1ª Vara Federal de Roraima, deferiu liminar para suspender parcialmente os efeitos da Portaria 820/98, do Ministério da Justiça, ocasião em que o ISA e o CIR interpuseram recurso, em nome de comunidades indígenas[228] e de centros regionais representativos de comunidades da região, contra a decisão que concedeu a liminar.

226 MS 6210/99
227 Sob o comando de Paulo Cesar Quartiero.
228 Cantagalo, Maturuca, Camará e Imbaíba.

Em 29 de março de 2004, o CIR, juntamente com a *Rainforest Foundation US*, apresentou uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil, por supostas violações aos artigos I, II, III, VIII, IX, XVIII e XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e aos artigos 4, 5, 8, 12, 21, 22, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações gerais de respeitar os direitos e adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em prejuízo dos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana da Raposa Serra do Sol e seus membros.[229]

Em janeiro de 2005, a ministra Ellen Gracie, do STF, na posição de vice-presidente da Suprema Corte, suspendeu, liminarmente, o processo de demarcação da Reserva Raposa/Serra do Sol[230], mas o plenário do STF, no ano seguinte, extinguiu todas as ações que contestavam a demarcação.[231]

Em 14 de abril daquele ano, o STF reconheceu sua competência para processar e julgar a ação popular que visava à declaração da invalidade da Portaria n° 820/90, do Ministério da Justiça:

> EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO

229 Maiores informações constam no Relatório n. 125, de 23 de outubro de 2010, acessível no site da OEA: <http://www.oas.org/pt/default.asp>. Acesso em 13 de janeiro de 2013, às 16h30.

230 O texto se refere à Medida Cautelar concedida pela Ministra Ellen Gracie nos autos da Ação Cautelar n. 582, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. A decisão foi proferida em 03/01/2005 e publicada no DJ de 01/02/2005, p. 06, e contém o seguinte teor: "1. Trata-se de ação cautelar ajuizada por Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, Senador da República, com o objetivo de suspender os efeitos da Portaria nº 820, de 11.12.1998, que demarcou em área contínua a área indígena Raposa e Serra do Sol. (…) as próprias razões de decidir do acórdão proferido pelo Plenário desta Corte [SL 38 AgR], à unanimidade de votos, indicam a presença do fumus boni iuris. Tendo o órgão colegiado entendido que a fórmula até então delineada pelas liminares deferidas pelas instâncias ordinárias é a que melhor acomoda os valores constitucionais em jogo, tenho por inviável, em homenagem ao princípio da colegialidade, juízo monocrático em sentido diverso. Da mesma forma, presente o periculum in mora, na medida em que, suspensos os 'provimentos acautelatórios proferidos na Ação Popular nº 9994200000014-7, em trâmite perante a 1ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, bem como no AI 2004.01.00.011002-0, em curso no Tribunal Regional Federal da 1ª Região' (decisão de 15.12.2004 na RCL 2833), eventual homologação, pelo Presidente da República, da Portaria nº 820, de 11.12.1998, sem o prévio deslinde das questões objeto da referida ação popular, resultaria no perecimento do direito que se visa resguardar na presente cautelar. 5. Ante o exposto, defiro, ad referendum da Corte, liminar para suspender os efeitos da Portaria nº 820, de 11 de dezembro de 1998, que demarcou em área contínua a área indígena Raposa e Serra do Sol, até o julgamento definitivo da Reclamação nº 2833, oportunidade em que, acaso procedente a aludida reclamação, deverá ser a presente medida submetida à confirmação pelo relator da respectiva ação civil originária porventura submetida a julgamento desta Corte. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 3 de janeiro de 2005. Ministra Ellen Gracie Vice-Presidente (art. 37, I do RISTF)

231 Decisão proferida pelo relator, no dia 1° de dezembro de 2006, publicada no DJ de 13/12/2006, julgando prejudicada a Medida Cautelar, por perda superveniente de seu objeto.

> ESTADO DE RORAIMA.
> - Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior).
> - Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. - Reclamação procedente.
> (Rcl 2833, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2005, DJ 05-08-2005 PP-00007 EMENT VOL-02199-01 PP-00117 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 262-275 RTJ VOL-00195-01 PP-00024)

No dia seguinte, foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria nº 534, assinada pelo ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, ratificando, com ressalvas, a declaração de posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Wapixana e Patamona sobre a terra indígena em questão. As ressalvas excluíram da TI Raposa/Serra do Sol: I) a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no município de Uiramutã, Estado de Roraima; II) os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes; III) o núcleo urbano atualmente existente da sede do município de Uiramutã, no Estado de Roraima; IV) as linhas de transmissão de energia elétrica; V) os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes. A portaria determinou, ainda, que os ocupantes não indígenas fossem retirados no prazo de um ano.

Naquele mesmo dia, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou um Decreto s/nº, homologando a demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol. Na ocasião, determinou também que "o Parque Nacional do Monte Roraima é bem público da União submetido a regime jurídico de dupla afetação, destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios". O decreto assegurou, ainda, a ação das Forças Armadas, para a defesa do território e da soberania nacionais, e da Polícia Federal, para garantir a segurança e a ordem pública e proteger os direitos constitucionais indígenas, na Terra Indígena.

A fim de garantir a efetivação da homologação, a Polícia Federal iniciou em 17 de abril a Operação Upatakon. Os rizicultores e índios contrários à homologação, em protesto, interditaram parte de uma rodovia federal em Roraima. Ainda, em retaliação à homologação, um grupo de índios da etnia macuxi fez quatro agentes da Polícia Rodoviária Federal reféns, condicionando sua libertação à revogação da homologação.

Ainda naquele ano, o presidente da Funai publicou a Portaria nº 671,

criando uma Comissão Técnica para dar continuidade ao procedimento indenizatório pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé, instaladas por ocupantes não índios na Terra Indígena. Alguns dias depois, um incêndio destruiu parcialmente a ponte que dá acesso à aldeia Maturuca, na Reserva Indígena Raposa/Serra do Sol. Em junho, ainda na condição de protesto, arrozeiros e índios contrários à homologação bloquearam um trecho da rodovia BR-174, na região de Boa Vista/RR. Em setembro, alguns dias antes da festa de homologação, o Centro de Formação e Cultura da Vila Surumu, na Raposa/Serra do Sol, a 230 km de Boa Vista, foi invadido e incendiado.

No início do ano seguinte, o laudo antropológico que identificou e demarcou a Raposa/Serra do Sol foi questionado, sob o fundamento de que haveria discrepância entre a metragem da área que constava na portaria (1.743.089 hectares) e daquela no decreto presidencial (1.747.474 hectares). Alguns produtores de arroz da região de Normandia protocolaram duas ações possessórias junto à Justiça Federal para garantir sua permanência na Terra Indígena, ocasião em que a medida liminar lhes foi deferida. A área em litígio tinha aproximadamente 2,2 mil hectares e é próxima a uma comunidade onde vivem 90 índios da etnia Macuxi, no baixo Surumu.

Em virtude das inúmeras ações em trâmite relacionadas com a demarcação da TI Raposa/Serra do Sol, nos mais diversos graus de jurisdição, o STF reconheceu novamente sua competência para processar e julgá-las, mas, desta vez, o objeto das demandas era a declaração da invalidade da Portaria n°534/05, do Ministério da Justiça:

> EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 534/05, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente. (Rcl 3331, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2006, DJ 17-11-2006 PP-00048 EMENT VOL-02256-02 PP-00208 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 175-179 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 206-215).

A referida decisão reafirmou a medida liminar que passaria o julgamento das ações de reintegração de posse na Terra Indígena Raposa/Serra do Sol para sua

competência.

Naquele mesmo ano, o CIR recebeu uma denúncia do Centro de Formação e Cultura Raposa-Serra do Sol, informando que seis homens armados invadiram a aldeia Cumanã I. Ainda, o governador de Roraima à época, Ottomar Pinto, pediu ao STF para adiar a desintrusão, pleiteando uma liminar ao Supremo Tribunal Federal (STF) para evitar a expulsão, até que o Judiciário julgasse o mérito de processos que questionavam a legalidade da demarcação da TI.

O STF negou, por unanimidade, provimento ao Agravo Regimental em Petição (PET nº 3.388), proposta pelo senador Augusto Botelho (PDT-RR) pedindo a suspensão da Portaria nº 534/05, que demarcou a Reserva Indígena Raposa-Serra do Sol e o decreto que homologou a demarcação:

> EMENTA: AÇÃO POPULAR. LIMINAR INDEFERIDA. DEMARCAÇÃO DA RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. HOMOLOGAÇÃO. PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL. Deve ser mantida a decisão que, para indeferir a liminar, levou em conta a complexidade da matéria, a possibilidade de acirramento dos ânimos na região, bem como a necessidade de se completar a relação processual com a citação da União. Agravo regimental desprovido.
> (Pet 3388 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2006, DJ 04-08-2006 PP-00024 EMENT VOL-02240-01 PP-00157 RTJ VOL-00200-03 PP-01111 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 208-213)

Em seguida, foi publicada a Portaria nº 449, que criava a Comissão de Pagamento para realizar o procedimento indenizatório pelas benfeitorias derivadas de boa fé da ocupação de não índios na TI, com prazo fixado em 30 dias para realização dos trabalhos e entrega do relatório de pagamentos. Findo o prazo, a Polícia Federal entrou nas fazendas dos arrozeiros, localizadas no chamado "cinturão de arroz". Tratava-se da Operação Upatakon II, cujo objetivo era fazer o levantamento das benfeitorias existentes nessas fazendas para que os proprietários pudessem ser indenizados e retirados da Terra Indígena.

Depois de sete dias na região da Vila Surumu, os 260 policiais federais concluíram a Operação Upatakon II, na Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, dando apoio aos técnicos do Incra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) e Funai (Fundação Nacional do Índio) que realizaram levantamento nas propriedades.

A Advocacia Geral da União (AGU) recorreu da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que garantia o direito de permanência provisória na Terra Indígena Raposa/Serra do Sol dos arrozeiros até que fosse julgado o mérito das ações.

Em junho, o juiz Helder Girão Barreto mandou suspender quaisquer ações promovidas pela Funai e por outros que visassem retirar produtores de arroz das áreas que ocupavam na Raposa. No mês seguinte, foi publicada a Portaria nº 833 na qual o presidente da Funai criou comissão para realizar o recebimento das benfeitorias indenizadas na TI, cujas edificações foram consideradas de boa fé. Após dois meses, uma lei municipal criou o distrito de Surumu e ampliou a área urbana da sede do município de Pacaraima, surpreendendo lideranças que habitavam as terras indígenas São Marcos e Raposa/Serra do Sol, pois entendiam que a medida era inconstitucional.

No ano seguinte, o prefeito de Pacaraima, o rizicultor Paulo César Quartiero, teve seu diploma cassado pela Justiça Eleitoral de Roraima, acusado de abuso de poder econômico durante a campanha eleitoral de 2004. Segundo denúncia do Ministério Público, ele teria comprado votos ao doar uma lavoura de arroz à comunidade indígena do Contão.

Logo em seguida, escoou o prazo concedido para desocupação pacífica, todavia, os produtores de arroz e parte da população não índia não deixaram o local.

Em maio, os produtores de arroz ganharam no STF o direito de permanecer nas suas áreas até que fosse julgado o mérito da ação que determinou a retirada de não índios da Reserva Raposa-Serra do Sol. A decisão do STF proibia a Funai de promover a retirada dos produtores ou realizar quaisquer ações intimidatórias, até que o mérito fosse julgado:

> DECISÃO: Vistos, etc. (Ref. Pet. nº 61865) Trata-se de novo pedido de liminar, ao fundamento da ocorrência de fato novo. Fato, esse, consistente na notificação de alguns dos impetrantes "no sentido da pronta desocupação das áreas ocupadas pelas suas fazendas, com todo o gado nela existente, até o dia de hoje, 30 de abril, segunda-feira, constando que a desocupação se dará manu militari na hipótese de descumprimento". 2. Pois bem, anoto, de saída, que a presente petição ingressou em meu gabinete às 12h43 do dia 02.05.07. Mais: inobstante os danos patrimoniais temidos pelos impetrantes, ela, petição, somente foi protocolada nesta Suprema Corte de Justiça no dia 30.04.2007. Dia "limite", consigno, para o cumprimento dos termos da notificação, recebida em 23 de março pelos acionantes. Tudo isso a indicar, numa rápida vista, a artificialização do requisito do periculum in mora. Contudo, observo que sobre esse aspecto os impetrantes não deixaram de argumentar. Consignaram na petição ora apreciada que se exauriram [...] "todas as tentativas, na área administrativa, de solução pacífica do conflito ou, mesmo, de suspensão da ordem de despejo". O que me leva a afastar, no momento, juízos ou presunções de má-fé na impetração. 4. Feito este aligeirado relato, decido. Fazendo-o, relembro que, ao apreciar o pedido de liminar, constante da inicial, pontuei: "[...] o próprio cabimento da presente ação constitucional é discutível. Isto porque a desconstituição do Decreto Presidencial guerreado demanda vigorosa prova documental e pericial, acerca dos numerosos elementos fáticos que envolvem a controvérsia. A petição inicial dá uma idéia sobre a complexidade da matéria, consoante exposto no

> relatório acima e ao enfatizar que a discussão prossegue em face das áreas tituladas pelo INCRA e aquelas referentes a imóveis com propriedade ou posse anterior a 1934. 8. Ora bem, diante de um quadro tão complexo, que envolve tantos interesses -- particulares e públicos - fica extremamente difícil extrair, neste primeiro exame, os requisitos autorizadores da liminar, aí incluída a aparência do bom direito. Ademais, não se pode esquecer que a requerida é a União, pessoa jurídica de direito público interno, a qual deve atuar sob o comando dos princípios insculpidos no art. 37 do Texto Magno. 9. Presente esta ampla moldura, e não encontrando nas demais razões da inicial nenhuma comprovação que justifique o provimento cautelar, indefiro a medida" (fls. 1.155) 5. Sucede que, embora da inicial do presente mandado não seja possível extrair os requisitos próprios do exame prefacial que timbra os provimentos cautelares, outra moldura se avizinha. É que alguns dos impetrantes, de fato, foram notificados pela FUNAI, no dia 23 de março de 2007, para sair das áreas ocupadas por suas fazendas, retirando "seus bens móveis e semoventes, até o dia 30 de abril de 2007". Isto sob a ameaça de "retirada coercitiva com auxílio de força policial". Nesse panorama, tenho que a desocupação das áreas da "Raposa Serra do Sol" implica alteração substancial da situaNesse panorama, tenho que a desocupação das áreas da "Raposa Serra do Sol" implica alteração substancial da situação até então vigente na região. Alteração que, para além de gerar concretos danos patrimoniais, dificilmente será revertida. Pelo que concedo a liminar requestada. O que faço apenas para sobrestar, até o julgamento do mérito do presente mandado de segurança, a desocupação da área ocupada pelos impetrantes: Itikawa - Indústria e Comércio LTDA, Ivalcir Centenaro, Luiz Afonso Faccio, Nelson Massami Itikawa e Paulo César Justo Quartiero. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 02 de maio de 2007. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator.
> (MS 25483, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, julgado em 02/05/2007, publicado em DJe-010 DIVULG 07/05/2007 PUBLIC 08/05/2007 DJ 08/05/2007 PP-00025)

Ocorre que, já no mês seguinte, o STF julgou o mérito daquele Mandado de Segurança impetrado pelos produtores de arroz e pecuaristas que ocupavam a Raposa/Serra do Sol, ocasião em que negou a segurança:

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto. Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput do artigo 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias

> do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança. (MS 25483, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-01 PP-00173)

Em julho, um grupo de índios tomou posse da fazenda União, sob a alegação de que aquela ação fazia parte de um plano de apropriação, tendo em vista a lentidão do processo de retirada dos não índios realizado pelo governo federal.

No mês seguinte, a ONU pede providências ao governo federal para que expulse os não índios da reserva. E, em setembro, com o objetivo de propor uma Ação Cível Originária, o Estado de Roraima ajuíza no STF Ação Cautelar (AC 1794) contra a União e a Funai, pedindo a suspensão, em parte, da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial de 18 de abril de 2005, que tratam da ampliação e demarcação da Raposa-Serra do Sol.

Ao passo que lideranças de oito organizações indígenas que atuam na área da Raposa-Serra do Sol assinaram acordo com o governo federal em Brasília prometendo não se envolver na retirada de não índios, ainda presentes na reserva, e de manter convivência pacífica entre as etnias ali residentes, as Forças Armadas resistiram em dar apoio à PF para a retirada dos brasileiros não índios da Raposa-Serra do Sol. Em dezembro, a Funai e o Incra divulgaram edital convocando ocupantes da Terra Indígena a deixar o local e buscar o reassentamento em outras áreas.

O novo ano se iniciava (2008) com os índios da Raposa/Serra do Sol bloqueando a interligação da BR-401 e 433, no município de Normandia, a 161 km de Boa Vista. Paralelamente, o CIR encaminhou pedido de proteção à vida dos índios para a Organização das Nações Unidas (ONU).

Em fevereiro, depois de o STF desprover o recurso interposto pelo Estado de Roraima[232], a Procuradoria do Estado anunciou que impugnaria novamente a

232 "EMENTA: DIREITO PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR REQUERIDA PELO ESTADO DE RORAIMA. ART. 6º DO CPC. ART. 63 DA LEI Nº 6.001/73. 1. Decisão que se mantém pela não-comprovação do perigo da demora e pela multiplicidade de ações da mesma natureza, a sugerir litispendência. Suposta ocorrência de defesa de direito alheio -- dos agricultores -- em nome próprio, em afronta ao art. 6º do CPC. 2. Por outro lado, o art. 63 da Lei nº

demarcação. No mês seguinte, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva prometeu ao governador de Roraima, José de Anchieta Júnior (PSDB), repassar, no prazo de 60 dias, terras da União ao governo do Estado. No final daquele mês, a Polícia Federal chegou à Raposa/Serra do Sol e iniciou a Operação Upatakon III para tirar não índios da reserva, ocasião em que Quartiero foi preso pela Polícia Federal por desacato e libertado algumas horas depois, mediante pagamento de fiança.

Em abril, mais policiais federais e representantes da Força Nacional[233] chegaram a Roraima para se juntar aos 150 agentes que já estavam em Boa Vista, fato que ocasionou protesto da população contrária à homologação das áreas, externando-se na destruição de pontes com dinamite e motosserras. O secretário-executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Barreto, municia a Polícia Federal para o confronto com o grupo de produtores de arroz que resiste em deixar a Terra Indígena. Naquela oportunidade, alguns Índios se uniram aos manifestantes favoráveis à permanência de não índios e arrozeiros na região. Manifestantes atacaram um posto da Polícia Federal, fecharam a fronteira entre o Brasil e a Venezuela, jogaram uma bomba caseira no posto e tentaram explodir um carro em frente ao local.

Em meio a esse conflito, o STF deferiu Medida Cautelar para sobrestar a Operação Upatakon III.[234] Em seguida, aquela Corte negou a contra-cautela interposta pela Advocacia Geral da União (AGU).[235] Ainda naquele mês, o rizicultor Paulo César

6.001/73 (Estatuto do Índio) veda a concessão de liminar "em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio". 3. Agravo regimental desprovido." (AC 1794 MC-AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02 PP-00307 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 11-15)

233 Cerca de mais 350 homens.

234 "EMENTA: DIREITO PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR REQUERIDA PELO ESTADO DE RORAIMA. ART. 6º DO CPC. ART. 63 DA LEI Nº 6.001/73. 1. Decisão que se mantém pela não-comprovação do perigo da demora e pela multiplicidade de ações da mesma natureza, a sugerir litispendência. Suposta ocorrência de defesa de direito alheio -- dos agricultores -- em nome próprio, em afronta ao art. 6º do CPC. 2. Por outro lado, o art. 63 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) veda a concessão de liminar "em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio". 3. Agravo regimental desprovido." (AC 1794 MC-AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02 PP-00307 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 11-15)

235 "EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR. TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. AMEAÇA DE CONFLITO ARMADO ENTRE ÍNDIOS E POSSEIROS. LIMINAR CONCEDIDA EM OUTRA AÇÃO CAUTELAR PARA SUSPENDER A OPERAÇÃO DE RETIRADA DOS POSSEIROS. PEDIDO DE REVERSÃO. 1. No julgamento do MS 25.483, o Supremo Tribunal Federal assentou que é própria das vias ordinárias a discussão acerca dos aspectos fáticos e técnicos que envolvem a posse, a utilização e as eventuais indenizações atinentes à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 2. A área ocupada pelos agricultores renitentes representa parte

Quartiero foi reconduzido ao cargo de prefeito de Pacaraima.

No mês seguinte, dez índios foram baleados por funcionários de Quartiero enquanto construíam casas na aldeia ao lado da fazenda Depósito. No dia seguinte, o ministro Tarso Genro, da Justiça, visitou a área da Raposa, ocasião em que Paulo Cesar Quartiero foi preso e levado para a sede da PF em Brasília.

Por fim, o governador Anchieta Júnior, mais uma vez, protocolou ação junto ao STF para anular a demarcação da Raposa/Serra do Sol em área contínua e refazê-la em ilhas. O Ibama vistoriou a fazenda Depósito e multou Quartiero por crimes ambientais cometidos no valor de R$ 30 milhões e 600 mil. O Procurador-Geral da República se declarou favorável à Terra Indígena e a Funai decidiu entrar com ação na PGR contra a ação do governador de Roraima.

Em virtude das várias ações que tratavam do mesmo tema, a Ação Popular sob o registro no STF de PET 3388/RR foi a eleita, dentre tantas outras, para seguir julgamento, o qual se iniciou em 27 de agosto de 2008, com a exposição do voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, sendo sobrestado pelo pedido de vista do Min. Menezes Direito. Retomada a colheita dos votos em 10 de dezembro de 2008, novamente, o julgamento foi suspenso, mas, na ocasião, pelo pedido de vista do Min. Marco Aurélio, que veio a proferir o seu voto na sessão do dia 18 de março de 2009.

O Tribunal Pleno daquele órgão finalizou o julgamento da Pet 3388/RR em 19 de março de 2009, julgando-a parcialmente procedente. Da decisão foram opostos seis embargos de declaração, os quais, até a finalização deste trabalho, ainda estão pendentes de apreciação.

Contextualizado o julgado, passa-se à análise jurídica de seu conteúdo.

3.3 O JULGAMENTO DA PET 3388/RR: OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS INDÍGENAS E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS PARA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---

mínima de toda a reserva e situa-se em região próxima à fronteira do País, o que faz com que a matéria ganhe contornos de defesa da soberania nacional. 3. A ameaça de conflito entre as partes interessadas diz respeito à segurança pública, que é "dever do Estado", a ser exercido pelos órgãos próprios "para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144 da Constituição Federal). 4. Medida cautelar indeferida." (AC 2014 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2008, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-01 PP-00129)

Os Ministros, ao proferirem o julgamento da PET 3388/RR, reconheceram a complexidade da causa em virtude de sua multidisciplinariedade, afirmaram sua importância social e, mediante interpretação do texto constitucional, ditaram o direito.

> Estamos examinando tema da maior relevância tanto no plano interno como no plano internacional. A proteção das terras indígenas sempre ocupou espaço entre nós porque representam resgate permanente das origens da vida brasileira.[236]

O tem por objetivo especifico analisar se o STF, quando do julgamento do referido processo, ditou o direito em consonância com o que a doutrina especializada tem entendido corresponder aos direitos constitucionais indígenas.

Com efeito, tentar-se-á, nas linhas seguintes, firmar um diálogo entre os capítulos anteriores e a decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol, de modo que se possa verificar se o STF, com fundamento na doutrina brasileira da efetividade e, diante de seu múnus de garantir os direitos fundamentais, partindo da premissa de que é um Tribunal Constitucional, protegeu os direitos constitucionais indígenas, da forma como preconizados pelos estudiosos do tema.[237]

Para tanto, o voto vencedor, que originou a ementa do julgamento, bem como as salvaguardas sugeridas pelos Ministros Menezes Direito e Gilmar Mendes, serão analisados com base na doutrina constitucional e indigenista, a fim de verificar se, assim

236 Ministro Menezes Direito à fl. 10 do seu voto na PET 3388.

237 Aqui consideram-se estudiosos do tema o professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), Dalmo de Abreu Dallari, que tem vasta publicação sobre os direitos constitucionais indígenas e direitos humanos dos povos indígenas; o também professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), José Afonso da Silva, que ensina sobre os direitos indígenas preconizados na Constituição Federal de forma detalhada; a professora de antropologia da Universidade de Campinas (UNICAMP), referência no assunto, Manuela Carneiro da Cunha, que participou ativamente dos estudos que subsidiariam os trabalhos da constituinte no que se refere à temática indígena; o professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) Carlos Frederico Marés de Souza Filho; o professor da Universidade de Coimbra, Boaventura de Souza Santos, grande estudioso e fomentador de pesquisas relacionadas ao reconhecimento da diferença e da igualdade; o professor da Universidade Philips de Marburg, Hartmut-Emanuel Kayser, que fez recentemente uma diagnose jurídica da condição de vida e da situação jurídica dos povos indígenas do Brasil na atualidade; algumas cabeças que se debruçaram sobre a questão no âmbito acadêmico, contribuindo e muito para os atuais contornos daquilo que se compreende por direitos constitucionais indígenas no Brasil, seja com pesquisas eminentemente jurídicas, ou multidisciplinares e, até mesmo, antropológicas, tais como Nádia Farage (1986), Paulo Santilli (1989, 1997), Marco Antônio Barbosa (1997 e 2001), Vanessa Teixeira (2006, 2009), Isaias Montanari Junior (2005), Robério Araújo dos Anjos Filho (2009), Edson Damas da Silveira (2009), Márcia Cristina Altvater Vilas Boas (2012), dentre outros; e, ainda, alguns profissionais que respiram e transpiram o tema diariamente, compartilhando o conhecimento adquirido com suas experiências, tal como Juliana Santilli (MPDFT). Não se pode deixar de mencionar os autores de todas as obras que, apesar de representarem um olhar distinto sobre os direitos dos povos indígenas, tendo em vista o contexto histórico do qual faziam parte, foram essenciais para uma compreensão mais sólida sobre o tema. Por todos: João Mendes Junior, Darcy Ribeiro e os Irmãos Villas-Bôas.

agindo, o STF limitou ou protegeu os direitos constitucionais indígenas, realizando, consequentemente, o seu papel de guardião da Constituição e efetivador dos direitos fundamentais. Ao final, comentar-se-á acerca do possível alcance da decisão, tendo em vista que os ministros, por ocasião do julgamento, ora expressaram a vontade de que a decisão fixasse uma orientação válida para todos os demais casos envolvendo demarcação de terras indígenas, ora falou-se em fixação de meros critérios para a exequibilidade da decisão.

3.4 AS VOZES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já visto no capítulo anterior, da Constituição Federal pode-se extrair o denominado bloco normativo-constitucional[238] relativo à ocupação da terra pelos povos indígenas. Com efeito, seus artigos explicitam inúmeros direitos específicos, os quais, de acordo com a doutrina, são viabilizados previamente por um direito, correspondente ao núcleo fundamental da questão indígena - o direito à terra.

Não obstante esse direito nuclear seja originário, tem-se revelado, na prática, que ele só se concretiza a partir do processo administrativo de demarcação. Eis a importância da decisão ora analisada, que se transformou em um verdadeiro paradigma sobre a questão.

Isso faz com que a compreensão dos Ministros do STF sobre o tema ganhe relevância, especialmente na atualidade, época em que o Poder Judiciário assume um papel de protagonismo e a Corte Suprema se intitula um Tribunal Constitucional, sendo, nesta condição, a última palavra sobre proteção dos direitos fundamentais.

Por isso, a seguir, passa-se à exposição dos votos dos Ministros no julgamento da PET 3388/RR.

3.4.1 Ministro Carlos Ayres Britto: relator do feito e redator do acórdão

Para o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, em virtude da grande

238 Ministro Carlos Ayres Britto, no voto condutor.

divergência que recaía sobre a compreensão acerca da área indígena Raposa Serra do Sol, à época do julgamento, o STF teria que buscar, naquele momento, na própria Constituição, e com o máximo de objetividade possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena do País.[239] Lançou seu voto, consequentemente, na busca de tais coordenadas. Para tanto, anunciou os valores norteadores de sua decisão, os quais estavam centrados na visão humanista sobre a matéria e no princípio do constitucionalismo fraterno, próprios de uma sociedade igual e solidária. Elevou, então, o pluralismo cultural existente na nação brasileira como bem juridicamente protegido pela nossa Constituição Federal. Discorreu também sobre a necessidade de proteção das minorias, especialmente aquelas historicamente perseguidas por discriminação, ocasião em que ressaltou a importância das ações afirmativas[240] Por tudo isso, pode-se, desde já, identificar sua propensão em harmonizar os diversos interesses refletidos no texto constitucional.[241]

Com efeito, o Ministro ressaltou vários aspectos relevantes para uma melhor compreensão do conteúdo do mencionado bloco normativo-constitucional. São esses aspectos que se passa a analisar.

Iniciado o julgamento, o relator delimitou o objeto de apreciação da ação. Isso porque entendeu que, não obstante constar no pedido a exclusão de alguns espaços da área demarcada, estes já tinham sido excluídos na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Por isso, o Ministro não apreciou o referido pedido.[242]

Partiu da premissa, então, de que o processo administrativo-demarcatório não padecia de qualquer vício. Até mesmo porque, fora procedido em observância com os arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como a Lei 6001/73 (Estatuto do Índio) e seus decretos regulamentares. De igual modo, declarou a constitucionalidade e legalidade da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório:

> (…) 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº

239 Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, pp. 261/262 do registro do julgamento da PET 3388

240 p. 44 do voto

241 Como exemplo "o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento", p. 47

242Referia-se à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída pela Portaria em questão: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Deixou de conhecer também os pedidos de exclusão da sede do Município de Pacaraima, por cuidar-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à demanda.

> 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. (...)

Antes de enfrentar a questão propriamente dita, o relator procurou passar em revista os precedentes do STF em matéria de demarcação de terra indígena, ocasião em que rememorou o julgamento do RE 183.188[243], do MS 24.045/05[244] e da ADI 1.512[245].

Após, entendeu aplainado o terreno para o enfrentamento das questões jurídicas da causa, o que denominou de núcleo do seu voto. Optou, para tanto, pela nominação de tópicos ou segmentos temáticos para facilitar a incursão pelos "domínios cognitivos da Constituição Federal".

Assim, deu início ao "núcleo" de seu voto, identificando que a temática indígena tem matriz constitucional, cujo intuito é deliberadamente favorecer os povos indígenas. Reputou ao capítulo denominado "Dos Índios" um bloco-normativo-constitucional compreendido de nove dispositivos ou preceitos, aportando outros nove comandos esparsos sobre o mesmo tema.

Em seguida, conceituou "índios", como sendo um substantivo

> usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-

243 De relatoria do Ministro Celso de Mello. Nesse julgado, o STF firmou o entendimento de que a disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena do Brasil.

244 Neste julgado o STF se posicionou no sentido de que a demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República é ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade.

245 De relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. O Ministro Carlos Ayres Britto considera este o julgado mais emblemático de todos, pois, não obstante a ação não ter sido conhecida pelo Tribunal, em função da impropriedade do processo objetivo para a solução da lide, ela antecipou as controvérsias tratadas na PET 3388/RR. Nesta ação, o Procurador-Geral da República impugnou as leis n. 96 e 98, do Estado de eRoraima, ambas de 1995, que instituíram os Municípios de Pacaraima e Uiramutã, que eram vilar instaladas na terra indígena São Marcos e na Raposa Serra do Sol.

> étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estádio de habitantes da selva.

Logo após, frisou que a Constituição, ao assegurar aos índios o usufruto das terras indígenas, em nenhum momento as excluiu do território estatal-brasileiro.

Esclareceu que as terras indígenas

> (…) são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). (…) Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

Assim, ressaltou que terra indígena, embora seja categoria jurídico-constitucional, não corresponde a uma instituição ou ente federal, incidindo sobre ela, exclusivamente, o Direito nacional, salvo em se tratando de convenção ou tratado que tenha por fundamento de validade a Constituição brasileira de 1988. Admitiu, portanto, a incorporação dos tratados e a sua prevalência sempre que forem materialmente constitucionais, o que, segundo Flávia Piovesan, como se viu no capítulo anterior, abrange os tratados internacionais de direitos humanos em razão do seu próprio conteúdo.

Prossegue o relator rememorando que, historicamente, os Estados e Municípios costumam ver as áreas indígenas como "desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário extrativista vegetal e minerário de sua economia", de modo que "tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas." Por isso, defende ser necessária a liderança institucional da União sempre que Estados e Municípios atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena, principalmente na realidade vivenciada pelo Estado de Roraima, o qual "enquanto instituição está personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas".[246] Com efeito,

> a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com

246 Afirmação de Vincenzo Lauriola, pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), referenciada pelo relator em seu voto, p. 46.

> a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).[247]

Outro ponto mencionado no voto do relator, contido no acórdão, cuja análise se faz muito pertinente, diz respeito à dicotomia terras indígenas/territórios indígenas.

Para o relator, a proteção constitucional da causa indígena se restringe ao uso da terminologia *terras indígenas* e não *territórios*. O que implica dizer que não se pode compreender aquelas como categoria jurídico-política, mas tão-somente sócio-cultural.

Acrescenta, outrossim, que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como *Nação , País, Pátria, território nacional ou povo* independente.

Observa-se aqui o medo de uma "suposta" independência das comunidades indígenas, o que não se justifica para a doutrina. Isso porque, apesar da expressão *povos* possuir semântica própria no sistema ético internacional, ela não confere soberania a qualquer agrupamento humano, mas tão somente autodeterminação, conforme preconizado também nos tratados internacionais de direitos humanos.

Interessante observar que o relator, ao sublinhar que as terras indígenas não se elevam à categoria política de território, apresentou como consequência dessa premissa o fato de que as terras indígenas não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infraestrutura econômica e social, "senão sob o comentado regime de prévio acerto com a União e constante monitoramento por esta. Sempre coadjuvada (…) pelos índios e suas comunidades".[248] Não haveria porque destacar essa passagem do voto se não fosse pelo fato de uma das condicionantes previr tais interferências por parte da União, omitindo-se quanto à necessidade de participação das comunidades indígenas, conforme se verificará adiante. A gravidade sobrepuja na medida em que essa atuação coadjuvante a que o Ministro se refere nada mais é do que o direito à consulta das comunidades indígenas que, na lições de José Afonso da Silva[249] e Dalmo de Abreu Dallari[250], conforme visto no capítulo anterior, é uma condição para o exercício de

247 Item 6 do Acórdão lavrado quando do julgamento da PET 3388/RR.
248 Voto do Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, p. 51.
249 *Curso de Direito Constitucional...*
250 *Direitos Humanos dos Índios...*

legislar. Assim, a intromissão, a qualquer título, em área indígena, precisa ser autorizada pelo Congresso Nacional, que só poderá legislar nesse sentido após consulta dos povos envolvidos.

Consulta que, no dizer de Dalmo Dallari,

> não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para ter-se uma informação irrelevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão. O legislador não pode tomar decisão, sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação.

O relator acrescenta que as coordenadas para a identificação das terras a demarcar já estão na Constituição Federal, não se fazendo necessária a edição de lei para que os desígnios constitucionais sejam cumpridos. Observa-se aqui consonância com o preconizado pela doutrina brasileira da efetividade, que defende a aplicação imediata das normas constitucionais, diante da sua força normativa e de sua supremacia; bem como, consonância com o exposto no capítulo anterior no que tange ao fato de que a demarcação apenas viabiliza o exercício de um direito originário, preexistente.

Nesse contexto, traz à baila que a demarcação é competência do Poder Executivo da União, pois

> somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

Encerra, com isso, a discussão que havia se instaurado no processo, quanto à obrigatoriedade da oitiva do Conselho de Defesa Nacional para a realização da demarcação quando esta estiver situada em área de fronteira.

Reconheceu o Ministro que os arts. 231 e 232 da Constituição Federal foram elaborados à luz de uma era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. Com efeito, o referido bloco normativo-constitucional garante aos índios que desfrutem de

> um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-

> índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.[251]

Importante ponto abordado pelo relator consiste no falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento.

Como já foi exposto no capítulo anterior, no final do século XX uma crise de confiança nas ideias-chave de progresso e desenvolvimento foi desencadeada.[252] Com efeito, o conceito de desenvolvimento recebeu uma nova roupagem, passando a ser mensurado também pela capacidade que o país tem de reconhecer e respeitar sua pluralidade.

Outrossim, não se pode olvidar que os indígenas também são titulares do direito ao desenvolvimento, o qual está acoplado com todos os outros direitos inerentes às comunidades.[253] Nas declarações internacionais, o direito ao desenvolvimento passa a ser denominado etnodesenvolvimento, (Declaração de San José, da UNESCO, de 1981), direito à diferença e valor da diversidade cultural" [254]

Nesse contexto, fazendo um contraponto com o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento, criou-se o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), medida resumida do progresso, em longo prazo, de três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. Publicado pela primeira vez em 1990, o índice é calculado anualmente. Desde 2010, sua série histórica é recalculada devido ao movimento de entrada e saída de países e às adaptações metodológicas, o que possibilita uma análise de tendências. Aos poucos, o IDH tornou-se referência mundial. É um índice-chave dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas e, no Brasil, tem sido utilizado pelo governo federal e por administrações regionais pelo do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M).[255]

---

251 Tópico n.9 do acórdão redigido na PET 3388/RR.

252 CUNHA, Manuela Carneiro da. *O futuro da questão indígena.* Conferência do Mês do IEA-USP feita pela autora em 28 de setembro de 1993. Estudo Avançados. 8(20), 1994, p. 129

253 Sobre o assunto ver a tese de doutorado de ANJOS FILHO. Robério Araújo. *Direito ao Desenvolvimento das Comunidades Indígenas...*

254 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Ibid.,* p. 129

255 Site do Progrmaa das Nações Unidas para o desenvolvimento <http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH> Acesso em 16 de dezembro de 2012, às 13h. Ver também no Capítulo 2 do presente trabalho.

De mais a mais, reconheceu Britto, que

> o desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.[256]

Enfim, devidamente exposta a relação desenvolvimento e terras indígenas, passa-se a analisar o conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas para o Supremo Tribunal Federal.

Extrai-se do voto condutor que o relator utilizou-se de quatro marcos regulatórios para alcançar aquilo que denominou de "conteúdo positivo do ato de demarcação de terras indígenas". São eles: o marco temporal de ocupação; o marco da tradicionalidade da ocupação; o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional; e o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade.

Primeiramente, no que tange ao marco temporal da ocupação, tudo indica que o STF, ao argumento de que a Constituição Federal assim determina, destituiu de relevância a teoria do indigenato.[257] Assim parece porque, de acordo com Britto, a Constituição Federal trabalhou com data certa (05.10.1988) como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. É o que se denominou por ocasião do julgamento da PET 3399/RR de "fato índio".

Todavia, conforme já exposto no capítulo anterior, para José Afonso da Silva,

> Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.[258]

256 Item 10 do acórdão redigido na PET 3388/RR.

257 Nesse sentido, afirmou Menezes Direito, no que foi prontamente seguido pelos ministros César Peluzo e Ellen Gracie, quando dos debates.

258 *Os Direitos Indígenas e a Constituição* - Núcleos de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

É a lição que João Mendes Júnior ensinava ainda no início do século XX:

> (…) as terras do indigenato sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por deducção da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º, do Decreto de 1854 (…). [259]

Logo, verifica-se que o STF, no mínimo, deu um novo sentido ao instituto do indigenato, acrescentando um marco temporal à ocupação, qual seja, a data da promulgação da Constituição Federal. Diante dessa nova interpretação dos artigos 231 e 232 da Carta Magna, ainda não se tem como avaliar o impacto sobre as demarcações vindouras, mas, certamente, maior proteção às comunidades indígenas não ocorrerá.

Já no que tange ao marco da tradicionalidade da ocupação, o STF entendeu que é preciso que esse marco esteja coletivamente situado em certo espaço fundiário que também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica.

Nesse aspecto, não parece divergir do pontuado por José Afonso da Silva:

> (...) O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.[260]

Ressalte-se que a Corte deixou claro que a tradicionalidade da posse nativa não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios.

No que se refere ao marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional, Britto pontuou que as

> áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-

259 *Os Indígenas do Brazil, seus Direitos Individuaes e Políticos,* 1912.

260 *Os Direitos Indígenas e a Constituição* - Núcleos de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

índios). [261]

Com efeito, “terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia.”

Assim, a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, estão em consonância com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis", nos termos do § 4º do art. 231 da Constituição Federal. Logo, essa posse tradicional corresponde a um heterodoxo instituto de Direito Constitucional e não a uma ortodoxa figura de Direito Civil, não havendo que se confundir, portanto, tais espécies.

Por isso, Britto conclui que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um “completo estatuto jurídico da causa indígena.” Essa fala, todavia, não pode se confundir com o sugestionado estatuto da demarcação das terras indígenas, presente no discurso de Gilmar Mendes e de Menezes Direito e ilustrado pelas salvaguardas, que, em algumas hipóteses, inovam o ordenamento ou ultrapassam os limites legais do tema.

Ao que tudo indica, pois, a intenção de Ayres Britto, ao mencionar tal expressão, seria de diferenciar os institutos aplicados aos direitos indígenas dos demais, para que suas peculiaridades pudessem ser respeitadas e os direitos inerentes garantidos.

No que se refere ao marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade", o STF se posicionou no sentido de que

> A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

Assim, não cabe falar-se em redução de patrimônio ou subtração de território estadual a cada ato de demarcação de terras indígenas, diante dos “direitos originários”. Pensar de modo diverso, para desproteger as populações indígenas, seria perpetuar a perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva.

Até mesmo porque os direitos dos índios sobre as terras que

261 Item 11.3 do acórdão lavrado quando do julgamento da PET 3388/RR.

tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que, confirme já mencionado, o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva.

> Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

Concluiu, então, Ayres Britto, que o modelo de demarcação das terras indígenas tem que ser orientado pela ideia de continuidade, e que

> a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público **e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas**. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. (Negritei)[262]

Esse ponto será pormenorizado adiante, quando da análise das salvaguardas, as quais, num primeiro olhar, divergem do conteúdo do acórdão.

Dando-se ensejo à análise das dupla e tripla afetações, o STF, no acórdão prolatado por ocasião do julgamento da PET 3388/RR, firmou entendimento de que há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Em nome dessa compatibilidade, aquela Corte permitiu que a área fosse administrada pelo órgão de defesa ambiental.

O acerto dessa decisão, no que tange a essa opção administrativa, não é unânime na academia. É o que se verá adiante.

De igual modo, assevera Britto que há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e a faixa de fronteira. Até mesmo porque o Ministro entende que

> a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de

262 Item 14 do acórdão prolatado quando do julgamento da PET 3388/RR

quem quer que seja para fazê-lo.[263]

O tema também será objeto de análise a seguir.

Em síntese, pode-se concluir que o acórdão prolatado pelo STF, que traduz o voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto, apesar de algumas dissonâncias com a doutrina, protegeu os direitos fundamentais dos índios à terra, a medida em que manteve a demarcação em área continua, reconhecendo-a como modelo insculpido na Constituição Federal.

Não obstante, ao estabelecer um marco temporal para as demarcações, Britto mitiga o importante instituto do indigenato que, a partir dos trabalhos de Mendes Junior, foi tomado como fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas. Não é por acaso que a Constituição Federal reconhece os direitos territoriais indígenas como "direitos originários", concedendo-lhes um novo paradigma, qual seja, a garantia do direito à identidade cultural, do direito à diferença.

Com efeito, muito embora a natureza originária desses direitos tenha sido afirmada e reafirmada no voto ora estudado, o fato da posse, para o STF, deve datar de 05 de outubro de 1988. Caso isso não ocorra, não há que se falar em demarcação.

Teoricamente, não se tem como vislumbrar se essa inovação trará consequências negativas para a proteção dos direitos indígenas. Contudo, na prática, já nos primeiros anos após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, inúmeras portarias que determinavam diversas demarcações em terras indígenas no Brasil foram sobrestadas por desdobramentos desse fundamento, inclusive por meio de mandado de segurança, que veda dilação probatória – não obstante a comprovação da posse ser fática. Portanto, ainda que a teoria propriamente dita não traduza restrição de direitos fundamentais, a forma como vem sendo manipulada acarreta fragilidade em sua proteção.

3.4.2 Ministro Menezes Direito: as salvaguardas

O Ministro Menezes Direito, em seu voto, entendeu que, identificada, demarcada e homologada a terra indígena, toda a respectiva área fica sujeita a um estatuto jurídico próprio, caracterizado por uma destinação especial e um aproveitamento exclusivo

263 Item 17 do acórdão em questão.

pelos índios, com restrições para diversas atividades exploratórias.

Isso porque a Constituição, ao prever o direito à terra aos povos indígenas, prima também em deixar claro, algumas de suas especificidades. Todavia, no sentir do Ministro, muita coisa vinha sendo dita sobre os direitos dos índios nas terras demarcadas, sem que, contudo, houvesse uma identificação precisa desses direitos e dessas restrições que estão previstos, sobretudo, na própria Constituição, e também nas leis, especialmente no Estatuto do Índio.

Entendeu, então, que, para uma melhor percepção das implicações do caso concreto, seria preciso mostrar em que consiste esse conjunto de prerrogativas e restrições atrelado à terra indígena e que constituiria o que vem sendo reunido sob a noção de "afetação".

Sua proposta, portanto, na intenção de balizar as demarcações com a "exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis", foi no sentido de que tais especificidades fossem contempladas no acórdão, o que denominou de salvaguardas.

Neste contexto, a Corte julgaria parcialmente procedente a demanda, com ressalvas, mas estabelecendo determinadas condições.

O Ministro Gilmar Mendes entende que a decisão, nestes termos, não viola o devido processo legal, e deixou isso expresso em seu voto, sob o argumento de que entre o tudo e o nada, haveria um universo possível, pontuando que a heterodoxia da construção do voto do Min. Menezes Direito decorre do fato de o STF ser Corte Constitucional e de ter de construir soluções tendo em vista a gravidade dos temas que são afetados à própria Corte.

Todavia, o STF, ao impor as condicionantes, assim o fez sob o argumento de que estaria extraindo do próprio texto constitucional os parâmetros de interpretação e aplicação da normativa infraconstitucional para a demarcação e uso de terras aos índios. Seriam, então, condicionantes de aplicação da Constituição, assegurada a interpretação conforme.[264]

Às dezoito condicionantes sugeridas pelo Ministro Menezes Direito e, acolhidas pela maioria do Plenário, foi acrescida uma sugestionada pelo Ministro Gilmar Mendes, concernente à participação dos entes federativos que possam ter suas terras

264 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe ; VIEIRA, J. R. ; TAVARES, R. S. ; RE, M. C. ; CARVALHO, F. M. ; PAIVA, C. ; SOARES, B. ; GAMA, F. . A prática institucional e a representação argumentativa no Caso Raposa Serra do Sol. Primeira parte. Revista Forense (Impresso), v. 408, p. 02-19, 2010. Segunda parte. Revista Forense (Impresso), v. 409, p. 231-269, 2010

afetadas, em todas as etapas do processo de demarcação.[265]

A incorporação das condicionantes ao acórdão não foi unânime, encontrando resistência dos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, para quem deveria ter-se oportunizado que as partes sobre elas se manifestassem; e para o Ministro Marco Aurélio, que julgou a ação procedente.

O Ministro Joaquim Barbosa, durante os debates, após ter sido suscitada uma questão de ordem, afirmou que "se essas ressalvas vão ser implementadas por esta Corte, então as pessoas envolvidas devem ter o direito de discuti-las."[266] Nesse sentido também foi a percepção do então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, em memorial enviado aos Ministros dois dias antes do final do julgamento.[267] Também é uma das alegações do Ministério Público Federal em sede de embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento.

Para o Ministro Marco Aurélio, a decisão é de suma relevância, principalmente pelos contornos básicos que ela ensejará para a demarcação das terras indígenas. Por isso, preocupou-se em ampliar a participação de todos os atores envolvidos, manifestando-se pela inclusão dos atores como litisconsortes passivos necessários. Preocupou-se, pois, com as pessoas cujo patrimônio se pretende proteger.

Conforme exposto em linhas pretéritas, o Ministro Menezes Direito propôs o acréscimo de 18 salvaguardas na decisão do caso Raposa Serra do Sol, e o Ministro Gilmar Mendes sugeriu a elaboração de uma. Todas foram aceitas pela maioria dos Ministros para integrarem o julgado e, por isso, serão estudadas a seguir.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o método de decisão do STF para o caso concreto não está imune a críticas. Com efeito, de acordo com o Ministério Público Federal, o STF não poderia ter incorporado tais condicionantes, por inúmeras razões. Dentre elas, pode-se mencionar que: o STF não pode traçar parâmetros abstratos de conduta; não houve discussão prévia na sociedade, o que viola as regras legais concernentes aos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada (CPC, arts. 469 e 472, art. 18 da Lei nº 4.717/65) e aos princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e da Separação de Poderes (art. 2º, CF); e que ofende a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), ao argumento de que referidas condições não guardam

265 Nesse sentido também se entende Dallari, em *Os direitos humanos dos índios,* 2009.
266 Julgamento da PET 3388/RR, durante os debates.
267 Disponível em: <www.supremoemdebate.blogspot.com/2009/03/o-mp-federal-e-raposa-serra-do-sol.html>

relação com o objeto específico da lide.

Com efeito, depreende-se do rol das 19 salvaguardas que, sob o pretexto de disciplinar o estatuto demarcatório das terras indígenas, a partir do próprio disciplinamento da Constituição Federal, é possível vislumbrar limitação do usufruto indígena, para além do que foi preconizado pela Constituição. Pode-se assim constatar a partir da construção de um diálogo entre o conteúdo doutrinário, já exposto no presente trabalho, e as salvaguardas introduzidas na decisão. Por conseguinte, verifica-se que os direitos fundamentais indígenas foram vulnerabilizados pela instituição à qual cabia dar-lhes a devida proteção, uma vez que se estabeleceu como uma Corte Constitucional.

Para tanto, segue a análise pormenorizada das referidas salvaguardas.

3.4.2.1 As salvaguardas previstas na Constituição Federal

Conforme explanado anteriormente, algumas limitações advêm do próprio disciplinamento da Constituição Federal. Ou seja, algumas salvaguardas apenas repetiram o texto constitucional.

São elas:

> (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;
>
> (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
>
> (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;
>
> (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
>
> (xiv) 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 nº 6.001/1973);
>
> (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

> (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;
>
> (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).

Para fins didáticos, as condicionantes serão analisadas uma a uma, divididas por tema, conforme exposto a seguir.

3.4.2.1.1 Do relevante interesse público da União

A primeira condicionante, conforme indicado na sua própria redação, traz à baila as normas contidas no art. 231, §§ 2º e 6º, vejamos:

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

Assim, o STF homenageia o art. 231, § 2º, da Constituição Federal, que permite supor que foi adotada na própria Constituição a possibilidade do uso ilimitado das riquezas minerais e dos recursos hídricos pelos indígenas, uma vez que dispõe que "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".

Entretanto, a Corte advertiu sobre a limitação contida no art. 231, §6º da Carta Maior, segundo a qual, os atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não serão nulos e extintos quando houver **relevante interesse público da União**, devendo este ser definido por lei complementar.

Com efeito, evidencia-se que, quando for reconhecido o relevante interesse da União mediante lei, a exploração por terceiros das riquezas do solo, rios e

lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será admitida. Por conseguinte, depreende-se da norma que, para que essa exploração ocorra, é imprescindível uma lei complementar determinando quando e onde essa atividade deve ser considerada relevante e em que condições vai ser considerada de relevante interesse público da União.

Note-se que não se pode atribuir uma primazia incondicionada ao interesse econômico da União em explorar recursos hídricos sobre os direitos indígenas, sob pena de a referida salvaguarda ultrapassar os limites constitucionais.

3.4.2.1.2 Da autorização do Congresso Nacional para a exploração dos recursos hídricos

Quanto à segunda salvaguarda, o STF reproduziu parte da norma contida no art. 231, § 3º da CF/88, que traz uma restrição ao usufruto dos indígenas em relação às terras tradicionalmente por eles ocupadas no que tange ao aproveitamento de **recursos hídricos**, *in verbis:*

> (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

Com efeito, não obstante a regra do usufruto exclusivo da terra pelos índios, trazida pelo art. 231, § 2º, da Carta Magna, a primeira parte do art. 231, § 3º da CF/88 contempla outra exceção:

> art. 231 (…).
> § 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.

Depreende-se da referida norma que a pesquisa e exploração dos recursos hídricos só poderão ser realizadas se obedecidos alguns pressupostos constitucionais.

Isso porque, conforme visto no Capítulo 2, de acordo com o art. 176 da CF/88, os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração e aproveitamento:

> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais

> de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Logo, os potenciais de energia hidráulica estão excluídos do usufruto exclusivo dos índios, pois solo, assim considerado, é apenas aquilo que é visível ou que pode ser arado.[268]

Mas, nos termos do que foi dito acima, para que haja pesquisa e exploração dos recursos hídricos, necessário se faz que sejam obedecidos alguns pressupostos constitucionais. Que pressupostos são esses?

Os pressupostos constitucionais para a pesquisa e exploração dos recursos hídricos em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são:

a) a autorização do Congresso Nacional.

O Congresso Nacional tem competência exclusiva para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos, nos termos do art. 49, XVI, primeira parte, da CF/88:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

E essa exploração e aproveitamento só poderão ocorrer mediante autorização ou concessão da União, quando houver interesse nacional. É o que se depreende do §1º do art. 176 da CF/88:

> Art. 176. (…)
> §1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e **o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional**, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

O Ministro Menezes Direito, em seu voto, ainda traz uma divergência doutrinária quanto à necessidade de prévia edição de lei complementar que definirá o relevante interesse público da União na exploração dos recursos hídricos, além da autorização do Congresso Nacional.

---

268 Conforme visto no Capítulo 2

No desenvolver do seu raciocínio, conclui que o requisito exigido pelo art. 231, §6º, da CF/88 não se aplica à exploração de recursos hídricos. Nesse aspecto, a única lei de que trata o art. 231, §3º, da CF/88 seria a exigida para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos em suas terras.

b) consulta das comunidades indígenas em questão;

Desse requisito, pode-se extrair a primeira problemática das salvaguardas. Isso porque, não obstante o tópico praticamente reproduzir normas constitucionais, omitiu-se no que tange ao direito de consulta das comunidades indígenas. Todavia, conforme já exposto no Capítulo 2, tal direito está preconizado tanto no art. 231, § 3º, da CF/88, quanto no art. 6°, da Convenção da OIT 169, razão pela qual não poderá ser ignorado:

> Artigo 6°
> 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

c) participação das comunidades indígenas nos resultados da lavra, na forma da lei.

Conforme afirmado acima, esse é um requisito que advém da norma insculpida no art. 231, §3º, da CF/88, a qual exige a edição de uma lei para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos em suas terras.

3.4.2.1.3 Da autorização do Congresso Nacional para a exploração das riquezas minerais

A terceira salvaguarda imposta diz respeito à pesquisa e lavra das riquezas minerais:

> (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

De acordo com o que foi exposto no capítulo anterior, a Constituição não permitiu a abertura indiscriminada das terras indígenas para a mineração[269], até mesmo porque já se sabia que o choque resultante do contato entre dois sistemas sócio-econômicos diferentes produz a desagregação cultural das comunidades indígenas e sensíveis reduções populacionais, em virtude da introdução de doenças e do rompimento do equilíbrio ambiental das terras indígenas.[270]

Por isso, a Constituição Federal manteve condições específicas e restritivas para a pesquisa e lavra mineral em terras indígenas, previstas no art. 231, §3º e art. 176, §1º da CF/88. Assim dispondo, pôde manter coerência com as normas contidas no art. 231, *caput* e §1º, da própria Carta Magna, que reconhecem aos índios a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assegurando a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar. Consequentemente, essas limitações à prática de atividades comprometedoras do meio ambiente, da sobrevivência física e cultural das comunidades são importantes para a eficácia concreta dos demais dispositivos constitucionais.

Por outro lado, tais condições específicas e restritivas à mineração indiscriminada também podem ser vistas como exceção ao usufruto exclusivo da terra pelos índios. Neste aspecto, verifica-se uma verdadeira ponderação normativa do constituinte, a fim de se fazer coexistir dois interesses conflitantes.

É exatamente sobre esse ponto que trata a terceira salvaguarda.

---

269 A Constituição impôs restrições genéricas à mineração, independentemente de ocorrer em área indígena, ao dispor em seu art. 20, IX, que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União; e ao prever no art. 176 que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, pertenceram à União. Ainda, no §1º, ao dispor que a pesquisa e a lavra de recursos minerais só podem ser realizados por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, no interesse nacional, mediante autorização ou concessão.

270 SANTILI, Juliana. Aspectos Jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. In Os Direitos Indígenas e a Constituição. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegra: 1993, p. 145.

Observa-se, portanto, que ela reproduz a condição prevista na segunda parte do art. 231, § 3º da CF/88:

> art. 231 (…).
> § 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**.

De acordo com a Constituição Federal, conforme visto no capítulo anterior, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só ocorrerão se devidamente autorizadas pelo Congresso Nacional, após oitiva das comunidades afetadas e garantindo a elas o direito de participação nos resultados da lavra, tudo na forma da lei.

Assim dispôs o referido artigo em virtude do preceito da primeira parte do art. 176 da CF/88, de acordo com o qual, as jazidas e demais recursos minerais também são propriedade distinta do solo para efeito de exploração e aproveitamento:

> Art. 176. **As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais** e os potenciais de energia hidráulica **constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento,** e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

E essa exploração e aproveitamento só poderão ocorrer mediante autorização ou concessão da União, quando houver interesse nacional. Se em terras indígenas, as referidas atividades só serão permitidas nos termos de lei regulamentadora.

É o que se extrai do §1º do art. 176 da CF/88:

> Art. 176. (…)
> §1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e **o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional**, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, **na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas**.

Depreende-se, portanto, que, na hipótese de pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas, também são exigidos alguns requisitos, quais sejam a autorização do Congresso Nacional, a oitiva das comunidades indígenas afetadas e a participação na lavra.

a) a autorização do Congresso Nacional.

De acordo com o art. 49, XVI da CF/88, o Congresso Nacional tem competência exclusiva para autorizar a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

Isso porque o próprio art. 20, IX, da CF, estabelece que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo, além das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, claro, conforme preceitua o inciso XI daquele mesmo artigo:

> Art. 20. São bens da União:
> IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
> [...]
> XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

E, justamente por pertencerem à União, a este ente federativo compete autorizar a pesquisa e a lavra de recursos minerais, mediante os atos administrativos denominados autorização e concessão. Essa é a inteligência do art. 176, §1º, da CF/88:

> § 1º **A pesquisa e a lavra de recursos minerais** e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo s**omente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União**, no **interesse nacional**, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, **na forma da lei**, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou t**erras indígenas**.

Ademais, depreende-se da norma que, para que essa exploração ocorra, é imprescindível uma lei complementar determinando quando e onde essa atividade será considerada relevante e em que condições vai ser considerada de relevante interesse público da União. Logo, não basta uma lei regulando a mineração, pois sempre estará sujeita à ponderação de interesses em cada caso concreto. De mais a mais, não soa razoável o argumento de que a atividade de mineração é sempre uma atividade que interessa à União; notadamente, porque a União não é gestora dos interesses apenas econômicos desse Estado nacional, mas também de vários outros interesses, como do pluralismo social, étnico e cultural da sociedade brasileira.[271]

b) consulta das comunidades indígenas em questão;

271 Conforme expôs Débora Duprat em entrevista.

O intuito do constituinte, ao determinar que sejam ouvidas as comunidades afetadas, foi assegurar sua participação na definição de projetos econômicos a serem desenvolvidos em suas terras, e não criar um mero entrave burocrático à obtenção de autorização mineral.[272]

Com efeito, ao decidir se autoriza ou não determinado projeto minerário, o Congresso Nacional deve levar em consideração o posicionamento da comunidade indígena em relação ao projeto, bem como saber o quanto sua própria decisão irá afetá-la.

É exatamente por isso que o professor Dalmo de Abreu Dallari entende que essa oitiva condiciona a decisão. Nestes termos, o legislador seria obrigado a ouvir, e se as comunidades demonstrarem que o impacto promovido pela mineração (ou até mesmo pela construção de uma hidrelétrica), na hipótese, é tão violento e agressivo, vê-se criado um obstáculo intransponível à concessão da autorização.[273]

E aqui não há que ser confundida a consulta às comunidades afetadas com consulta a um órgão indigenista, até mesmo porque não se pode admitir a substituição da vontade das comunidades indígenas pelos interesses políticos do órgão indigenista, sob pena de violação da Constituição.

c) participação das comunidades indígenas nos resultados da lavra, na forma da lei.

A terceira exigência constitucional para a mineração em terras indígenas, também contemplada na terceira salvaguarda sugerida pelo Min. Menezes Direito e amplamente aceita pela Corte Constitucional, é a participação das comunidades nos resultados da lavra.

Essa exigência deve ser regulamentada em lei ordinária, a qual deve fixar um percentual mínimo do faturamento mineral a que terá direito a comunidade indígena e estabelecer as regras para a celebração de contrato com a empresa mineradora, além, é claro, de mecanismos para a sua fiscalização.

Observe-se aqui a necessidade de o Ministério Público Federal atuar em todas as fases da negociação do contrato, já que a ele compete defender os direitos e

272 SANTILI, Juliana. Aspectos Jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. In Os Direitos Indígenas e a Constituição. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegra: 1993, p. 149.

273 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Informe jurídico da Comissão Pró-Índio,** Ano II, no.II, no.9 a 13, abril a agosto de 1990.

interesses das comunidades indígenas, nos termos do art. 129, V, da CF/88.

Por fim, depreende-se do contexto das normas constitucionais que os resultados da lavra mineral devem ser revertidos integralmente à própria comunidade indígena afetada, não podendo se admitir que órgãos indígenas administrem esses recursos ou decidam sobre sua destinação à revelia da comunidade.

3.4.2.1.4 Da garimpagem e da faiscação

> (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

A quarta salvaguarda imposta pelo Supremo Tribunal Federal remete o leitor a uma grande discussão acerca da interpretação do texto constitucional.

Antes de analisar as indagações oriundas da interpretação do texto da Constituição Federal, importa ressaltar que a União é competente para estabelecer as áreas e as condições em que a atividade de garimpagem será exercida:

> Art. 21. Compete à União:
> […]
> XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Sobre o tema, a Carta Magna dispõe que a atividade garimpeira só poderá ocorrer se autorizada pelo Congresso Nacional, nas condições específicas estabelecidas em lei, conforme disposto no art. 176, §1º, já reproduzido alhures, observadas as normas insculpidas no art. 174 §§ 3º e 4º, *in verbis:*

> 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.
> § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.
> § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.
> § 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.

Todavia, em se tratando de garimpo em terras indígenas, este não seria admitido, independentemente de ser estabelecido em cooperativa ou não, nos termos do art. 231, §7º da CF/88:

> Art. 231. [...]
> § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Ocorre que, de acordo com inúmeros constitucionalistas, a exemplo de José Afonso da Silva[274], estaria ressalvada, evidentemente, a atividade garimpeira dos próprios índios, o que conflita diretamente com a quarta salvaguarda, ora analisada.

Essa controvérsia ocorre porque o Estatuto do Índio (Lei 6001/73) permitia a lavra e a faiscagem pelos indígenas em suas terras. Todavia, no intuito de interpretar o texto constitucional, duas correntes se formaram: uma no sentido de que a permissão se mantivera com o advento da Constituição Federal de 1988, e que a vedação do art. 231, §7º da CF/88 seria destinada apenas a terceiros; outra que o Estatuto do Índio, nessa parte, não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, sendo necessária, portanto, a permissão da lavra garimpeira inclusive para os indígenas.

Ao que tudo indica, enquanto José Afonso da Silva seria defensor da primeira corrente, o STF decidiu firmar o posicionamento da segunda.

Estabelecer essa linha prévia se faz necessário até mesmo para avaliar a validade das normas subsequentes, quais sejam o Decreto de 2004, que suspendeu a lavra por índios e não índios em terras indígenas, e a Lei de Mineração e Extrativismo que distingue as atividades extrativistas, indicando quais seriam passíveis de autorização.

De qualquer forma, certo é que as terras indígenas, como bens da União, nos termos do art. 20, XI da CF/88, têm na Polícia Federal importantíssimo órgão para apuração das infrações lá cometidas, inclusive a atividade garimpeira, conforme preceitua o próprio art. 144, §1º, I, também da CF/88:

> Art. 20. São bens da União:
> [...]
> XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.
>
> Art. 144. [...]
> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
> I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão

274 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 872

> interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

Por fim, ressalte-se que a legislação infraconstitucional diferencia a garimpagem da faiscação. Com efeito, o Código de Mineração, o DL 227/67, assim dispõe:

> Art. 70. Considera-se:
> I - garimpagem, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáveis, na extração de pedras preciosas, semi-preciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em depósitos de eluvião ou aluvião, nos álveos de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários ou chapadas (grupiaras), vertentes e altos de morros; depósitos esses genericamente denominados garimpos.
> II - faiscação, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de metais nobres nativos em depósitos de eluvião ou aluvião, fluviais ou marinhos, depósitos esses genericamente denominados faisqueiras; e,
> III - cata, o trabalho individual de quem faça, por processos equiparáveis aos de garimpagem e faiscação, na parte decomposta dos afloramentos dos filões e veeiros, a extração de substâncias minerais úteis, sem o emprego de explosivos, e as apure por processos rudimentares.

3.4.2.1.5 Dos negócios jurídicos que restringem o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena

A próxima condicionante reza que:

> (xiv) 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 nº 6.001/1973);

A 14ª salvaguarda, na verdade, não corresponde a uma restrição ao usufruto dos índios, pelo contrário, é um corolário da norma que estipula expressamente que cabe aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas:

> Art. 231. […]
> § 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.

Com efeito, para que se desse cumprimento à norma colacionada acima,

necessárias seriam normas outras que garantissem a eficácia desse usufruto exclusivo. Por isso, a própria Constituição Federal previu mais adiante que todos os atos que tivessem por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas seriam nulos e extintos:

> Art. 231. […]
> § 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.

De igual modo fez o Estatuto do Índio (Lei 6001/73) ao dispor que:

> Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

Outrossim, ressalte-se que a redação que compôs a salvaguarda é muito similar à contida no art. 18 do Estatuto do Índio:

> 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.

3.4.2.1.6 Da caça, pesca, coleta de frutos e atividade agropecuária ou extrativista

A próxima condicionante, na verdade, restringe o acesso dos não índios às terras indígenas, não havendo maiores problemas sua compreensão. Senão, vejamos:

> (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

Até mesmo porque, é um corolário da regra do art. 231, tão mencionado no presente trabalho:

> Art. 231. [...]
> § 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.

De igual modo, a condicionante é quase reprodução da norma contida no Estatuto do Índio de 1973:

> Art. 18. […]
> § 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.

3.4.2.1.7 Da imunidade tributária

A salvaguarda a seguir é uma espécie de imunidade especial, cujo objeto é a terra indígena:

> (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

O Estatuto do Índio tem dispositivo similar, mas com outra denominação:

> Art. 60. Os bens e rendas do Patrimônio Indígena gozam de plena isenção tributária.

3.4.2.1.8 Da imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade dos direitos dos índios sobre suas terras

As terras indígenas não podem sofrer redução no intuito de atender a interesses apenas econômicos de particulares, em detrimento dos direitos coletivos indígenas e do patrimônio da União, reconhecidos constitucionalmente. Por isso, a Constituição Federal, o Estatuto do Índio e a jurisprudência estabelecem a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade das terras indígenas.

Foi nesse sentido que a 18ª salvaguarda foi elaborada:

> (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).

Percebe-se, portanto, que a condicionante acima apenas reproduziu o disposto no texto constitucional:

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

3.4.2.2 As salvaguardas que limitam o usufruto indígena mediante interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Algumas condicionantes impostas pelo Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que fora sustentado inicialmente pelos próprios Ministros, não repetem simplesmente o texto constitucional. Mediante interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e do juízo de ponderação, limitam o usufruto exclusivo indígena.

Essas salvaguardas tratam da dupla afetação das terras indígenas com as áreas de fronteira, da dupla afetação com unidades de conservação, e ainda trazem uma restrição relativa à hipótese de a União decidir construir para prestar serviços públicos.

São elas:

> (v) 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 das 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;
>
> (vi) 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;
>
> (vii) 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 educação;
>
> (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
>
> (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
>
> (x) o 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;

> (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
>
> (xii) 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;
>
> (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

Veremos uma a uma, devidamente separadas de maneira temática.

3.4.2.2.1 Da área de fronteira

> (v) **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 das 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;**

Desta salvaguarda emergem algumas questões extremamente delicadas na temática dos direitos constitucionais indígenas, notadamente, porque trata, de uma forma geral, da sobreposição da Terra Indígena Raposa Serra do Sol na faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela e Guiana.

Primeiramente, importa esclarecer o que é uma faixa de fronteira.

A Constituição Federal é quem a define:

> Art. 20. § 2º - A faixa de até cento e cinqüenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Quando do julgamento da PET 3388, a maioria dos Ministros da Suprema Corte entenderam que a hipótese configurava apenas um aparente antagonismo entre normas constitucionais. Assim, o Ministro Menezes Direito, ao propor a referida condicionante, afirmou que, embora o art. 231 da CF/88 assegure aos índios os seus direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas, o §2° do art. 20 não deixaria dúvida quanto à essencialidade da faixa de fronteira para a defesa do território brasileiro. Por isso, deixou expresso na salvaguarda que o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da

política de defesa nacional.

Todavia, da doutrina mais abalizada sobre o tema, pode-se extrair que essa afirmação pode esvaziar os direitos indígenas.

Por isso, Montanari Jr.[275] afirma que os princípios constitucionais que incidem sobre a faixa de fronteira e sobre as terras indígenas ali demarcadas devem conviver com absoluta harmonia, ou seja, numa busca incessante de reduções das possíveis tensões entre os interesses indígenas e os da soberania.

Da condicionante em questão depreende-se que as possibilidades de intervenção na área, da forma como foram afirmadas, criam obstáculos físicos ao exercício do usufruto exclusivo da terra por parte dos indígenas da Raposa Serra do Sol, especialmente, quando dispensada a consulta a eles, inclusive nos casos em que o empreendimento venha a interferir diretamente na sua organização social, costumes, línguas, crenças e/ou tradições, ou até mesmo prejudique a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e reprodução física.

Pode-se concluir, portanto, que houve um esvaziamento das normas contidas nos artigos 231, *caput* e §1°da CF/88:

> 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.
> § 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.

Neste aspecto, Silveira[276] afirma que algumas questões poderiam ter sido mais bem ponderadas ao influxo das especificidades do caso concreto. Com efeito, anuncia que alguns problemas de ordem prática deveriam ter sido antecipados nas suas futuras soluções, como a instalação de unidades militares muito próximas de algumas comunidades, como já ocorrera antes mesmo da decisão do STF[277], bem como a construção

275 MONTANARI JUNIOR, Isaias. *Demarcação de Terras Indígenas na Faixa de Fronteira sob o enfoque da Defesa Nacional.* Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre, sob orientação de Sérgio Cademartori, na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005, p. 123.

276 SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira.* Curitiba: Juruá, 2010, p 193.

277 O autor se refere ao caso emblemático acerca dessas instalações, que bem representa a colisão de direitos fundamentais entre interesses indígenas de um lado e militares de outro. Foi o conflito que se originou em torno da instalação do 6o. Pelotão Especial de Fronteira dentro da Raposa Serra do Sol, cuja construção teve início no ano de 2000, próxima às comunidades do Uiramutã e das Serras, em área definida e devidamente excluída daquela demarcação na Portaria Ministerial no 820, de 11 de dezembro de 1998.

de estradas em prejuízo do acesso ou preservação dos seus respectivos santuários, cemitérios e sítios arqueológicos.

No mesmo sentido, Aurélio Veiga Rios[278] já anunciava, há mais de uma década antes da referida decisão, que alguns requisitos para a regular utilização da faixa da fronteira parecem ser bastante óbvios. Assim, explica que, por exemplo, deveria ser evitada a instalação de pelotões ou destacamento dentro do perímetro das áreas indígenas oficialmente reconhecidas. E se isso não fosse possível, em razão da dimensão da reserva ou da necessidade imperiosa da defesa territorial, que não fossem construídas as fortificações militares dentro ou ao lado das aldeias indígenas, onde se localizam as malocas e se realizam os cultos e cerimônias próprias de cada grupo.

Outra questão objeto de controvérsia fora a necessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional para a demarcação das terras indígenas. Isso porque, de acordo com o art. 91 da Constituição Federal, o Conselho de Defesa Nacional é um órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático. Portanto, compete a ele, dentre outras atribuições, opinar sobre o efetivo uso da faixa de fronteira, *in verbis:*

> Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: [...]
> § 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional: [...]
> III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;

Da mera leitura do texto constitucional se supera a antiga discussão acerca da (não)recepção da necessidade do assentimento prévio do referido órgão pela atual Constituição. Com efeito, tem-se que, de acordo com a Carta Magna, o CDN é mero órgão opinativo. Nessa direção segue a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, mesmo fixado o caráter opinativo do CDN, ainda restam questionamentos quanto à real necessidade dessa consulta quando a faixa de fronteira

---

No mérito, as lideranças indígenas não se opuseram à construção da mencionada unidade militar, mas devido à sua proximidade com as respectivas aldeias – entre cem a duzentos metros – acreditavam estar em risco organização social, costumes, línguas, crenças e tradições do povo circundante, razão pela qual resolveram manejar a ação possessória – Processo no 2000.42.00.002293-8, junto à Segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima e com pedido de liminar, que restou conhecido e deferido pelo Juiz Hélder Girão Barreto .” *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira.* p. 88.

278 RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Os direitos constitucionais dos índios nas faixas de fronteira. In: SANTILI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 51-64.

coincide com terra indígena.

Em meio a esse *imbróglio* de opiniões, há que se ressaltar que parte da doutrina defende que, no caso das terras indígenas situadas em faixa de fronteira, não haveria nenhum motivo para a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, pois todos os critérios e condições de utilização dessas áreas já teriam sido estabelecidos na própria Constituição. Nesse sentido, a Constituição, ao estabelecer o usufruto exclusivo dos indígenas nas suas terras, não abriria espaço para qualquer proposta do CDN.

Todavia, no julgamento da PET 3388, Menezes Direito não compreendeu dessa forma. Pelo contrário, firmou o posicionamento de que, o constituinte, ao dispor sobre a faixa de fronteira e sobre a opinativa do CDN, não distinguiu a hipótese de haver outras afetações. Prosseguiu, afirmando que, por isso, não haveria como considerar que as terras indígenas estariam excluídas do tratamento dado às faixas de fronteira. E que, se assim fosse, estar-se-ia radicalizando a aplicação do art. 231 em detrimento dos demais. Por isso, entendeu cabível afirmar que, em princípio, não havendo ressalvas por parte da Constituição, não seria cabível diferenciar as terras indígenas de outras áreas no que se refere às restrições e peculiaridades da faixa de fronteira. Concluiu, portanto, que o Conselho de Defesa Nacional, nos termos da Constituição Federal, teria que participar do procedimento de demarcação em caráter opinativo.

Contudo, na hipótese da Raposa Serra do Sol, o Ministro entendeu que, em virtude da farta divulgação de dados e as manifestações elaboradas sob diversas orientações, civis e militares, que foram levadas ao Ministro da Justiça e ao Presidente da República, que decidiu sobre o tema sem a audiência do CDN, não haveria que se falar em nulidade. Mas, ressaltou que, para o futuro, com o posicionamento da Suprema Corte, que estaria sendo firmado na ocasião daquele julgamento, sobre a correta interpretação e aplicação do inciso III do §1° do art. 91, seria **recomendável** a oitiva do CDN.

Por fim, o assunto mais polêmico sobre a referida salvaguarda: a dispensa da consulta às comunidades indígenas.

Ora, dispensar a consulta às comunidades indígenas envolvidas para a instalação de bases militares e a implementação de demais intervenções militares; para a expansão da malha viária; a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, viola o direito das comunidades de serem ouvidas antes que sejam tomadas decisões administrativas ou legislativas que as afetem,

nos moldes da normativa da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, ratificada pelo Brasil em 2002.[279] O tema já fora minuciosamente tratado neste estudo, dispensando-se maiores esclarecimentos acerca do direito à consulta dos povos indígenas.[280]

Avançando para a análise da próxima salvaguarda, verifica-se que esta contempla a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena:

> (vi) 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;

Conforme dito em linhas pretéritas, as terras indígenas são bens da União, conforme preceitua a Constituição Federal, em seu art. 20, inciso XI:

> Art. 20. São bens da União: [...]
> XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

E, por serem bens da União, as terras indígenas têm na Polícia Federal, importantíssimo órgão para apuração das infrações lá cometidas, prevenir ilícitos, exercer as funções de polícia de fronteiras e de polícia judiciária da União, conforme preceitua o próprio art. 144, §1º, também da CF/88:

> Art. 144. [...]
> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
> I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
> II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
> III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
> IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Já as Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem:

> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes

279 Sobre a hierarquia da Convenção 169 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, ver capítulo 2.

280 Ver capítulo 2 sobre a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e o direito à consulta; de igual modo, os comentários referentes às primeiras salvaguardas.

> constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Até então, nenhuma novidade, uma vez que a atuação dessas duas instituições está prevista na Constituição.

O que salta aos olhos é, mais uma vez, o aniquilamento do direito à consulta às comunidades envolvidas. Isso porque ignorar o modo de vida dos indígenas no momento de traçar estratégias, seja no exercício da polícia de fronteira, na defesa da pátria ou dos poderes constitucionais, também é violar o direito das comunidades de serem ouvidas antes que sejam tomadas decisões administrativas ou legislativas que as afetem, nos moldes da normativa da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, ratificada pelo Brasil em 2002.[281]

Ressalte-se que não se trata de autorização das comunidades, mas de garantir sua interlocução para que sejam traçadas as melhores estratégias, levando-se em consideração todos os valores em questão, conforme leciona Dalmo de Abreu Dallari.[282]

Assim, pode-se concluir que as condicionantes V e VI findam por sobrepor a política de defesa nacional aos interesses das comunidades indígenas.

3.4.2.2.2 Dos serviços públicos

Eis a sétima condicionante:

> (vii) 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 educação;

Aqui, verifica-se a necessidade de se estabelecer um diálogo com o voto do Ministro Ayres Brito e, via de consequência, com a própria ementa do acórdão. Isso porque o relator, ao sublinhar que as terras indígenas não se elevariam à categoria política de território, apresentou como consequência dessa premissa o fato de que as terras indígenas não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infraestrutura econômica e social, "senão sob o comentado regime de prévio acerto com a União e constante monitoramento por esta. Sempre coadjuvada (…) pelos

281 Sobre a hierarquia da Convenção 169 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, ver capítulo 2.
282 Ver pp. 65/67, 100, 112, dentre outras.

índios e suas comunidades".[283]

Com efeito, verifica-se que o relator consagrou em seu voto a necessidade de participação dos índios e das comunidades na instalação de tais equipamentos e obras. Isso implica dizer que o direito à consulta se faz presente mais uma vez, o qual, nas lições de José Afonso da Silva[284] e Dalmo de Abreu Dallari[285], conforme já exposto, é uma condição para o exercício de legislar. Assim, a intromissão, a qualquer título, em área indígena, precisa ser autorizada pelo Congresso Nacional, que só poderá legislar nesse sentido após consulta dos povos envolvidos.

Ocorre que a condicionante foi omissa quanto a esse aspecto. Não se sabendo o rumo da interpretação do STF quanto à questão. De mais a mais, a depender de como se acolhe a referida salvaguarda, é passível de se concluir que ela pode gerar graves consequências na vida das comunidades, afetando a sua cultura e suas tradições;

3.4.2.2.3 Das unidades de conservação

Conforme já mencionado, a área indígena Raposa Serra do Sol, além de se encontrar na tríplice fronteira (divisa do Brasil, Guiana e Venezuela), também está sobreposta a uma área de conservação, qual seja o Parque Nacional do Monte Roraima.

O assunto ganha relevo no julgamento da PET 3388, uma vez que a unidade de conservação é uma das diversas expressões do interesse público de âmbito nacional, assim como os territórios indígenas. Logo, verifica-se, de início, pelo menos um aparente conflito entre as normas dos arts. 20, §2°, 91, 225 e 231, todos da Constituição de 1988.

Portanto, para que se defina o estatuto jurídico das comunidades indígenas, considerando a disciplina constitucional, necessário se faz definir quais são os reais interesses em jogo, para que, então, a questão possa ser resolvida pela conciliação das prerrogativas aparentes em conflito, preservando-se, sempre, a unidade da constituição. Assim, estariam afastados, de plano, os argumentos que, de um lado, só enxergam o absolutismo dos direitos indígenas, com a permanência incontestada e incontestável do

283 Voto do Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, p. 51.
284 *Curso de Direito Constitucional...*
285 *Direitos Humanos dos Índios...*

usufruto exclusivo; e, de outro, os que não aceitam nada além de um quase confinamento da unidade de conservação.[286]

De antemão, o Ministro Menezes Direito deixou claro que a identificação de todos os interesses públicos envolvidos que poderão condicionar os direitos dos índios passa, em muitos casos, pela edição de lei, seja ela ordinária ou complementar, ou também pela autorização do Congresso Nacional. Com efeito, a legislação infraconstitucional é primordial na hipótese para se aferir as ponderações advindas da aparente antinomia das normas.

Ademais, no intuito de estabelecer qual seria a disciplina jurídica a preponderar no caso concreto, o Ministro Menezes Direito sugeriu que, naquele julgado, fossem adotadas algumas regulamentações, que, apesar de resistências iniciais, logo foram aceitas pela Corte e remetidas ao dispositivo da decisão.

São elas:

> (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
>
> (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
>
> (x) o 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;
>
> (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
>
> (xii) 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;
>
> (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

Inicialmente, o STF, ao tentar fixar os valores maiores que norteiam nossa Carta Magna, levou em consideração que o meio ambiente é um bem de todos os brasileiros e também um bem da humanidade. O Ministro Menezes Direito salientou que,

286 É dessa premissa que parte o Ministro Menezes Direito.

em nossos dias, é necessário ter presente que a preservação do meio ambiente é imperativa para a humanidade e não apenas para as nações ou comunidades individualmente consideradas.

Daí se extraiu a conclusão de que o conflito entre os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação decorre, em verdade, de uma comparação superficial, em nível textual. Fato que deve ser superado por interpretação que prestigie o sistema e a unidade das normas constitucionais e leve em consideração os interesses envolvidos, sem afastar qualquer deles de antemão.

Nesse contexto, a Corte começou a regulamentar o tema advertindo que a área da unidade de conservação, sujeita à tripla afetação, deve ser administrada pelo órgão com atribuição para a gestão das unidades de conservação, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

Em outras palavras, concluiu-se que o gestor das unidades de conservação deverá administrar também a área indígena que for duplamente afetada, sendo que o mesmo órgão será responsável pelo usufruto dos índios nessa área.

Tal conclusão não ficou isenta a críticas da doutrina e dos pesquisadores do tema.

Extrai-se, pois, da mera leitura das condicionantes, que as salvaguardas VIII e IX atribuíram prioridade à tutela do meio ambiente, em detrimento dos direitos das comunidades indígenas; já as diretrizes X e XI violaram, mais uma vez, o direito à consulta dos povos indígenas.[287]

Edson Damas da Silveira entende que o Supremo Tribunal Federal, ao ponderar os direitos indígenas com o direito ao meio ambiente, equivocou-se, uma vez que em sua decisão estabeleceu premissas genéricas, sob o pretexto de ponderar direitos fundamentais em abstrato.[288]

De igual modo, Robério Nunes dos Anjos Filho, lançando mão dos ensinamentos de Daniel Sarmento[289], também aponta a necessidade de situações concretas

287 Nesse sentido são as alegações do Ministério Público Federal em seus embargos de declaração opostos contra a referida decisão.

288SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 261.

289 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp.196-197, *apud ANJOS FILHO, Robério Nunes. Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil.* Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Gilberto Bercovicci. São Paulo, 2009, p. 746 e ss

para a correta aplicação da técnica de ponderação de interesses.

Não obstante, Anjos Filho reconhece que, de forma geral, há uma tendência no sentido de que a intensidade das limitações impostas aos bens ligados aos princípios do direito constitucional indigenista seja menor do que aquela que incidiria sobre os bens que lhes são opostos, pois há uma evidente vinculação do direito constitucional indígena à dignidade das pessoas que integram aqueles grupos. Assim como do peso que deve ser conferido aos princípios do direito constitucional indigenista, considerando a intensa vontade constituinte no sentido da quebra do paradigma assimilacionista e da garantia do direito à alteridade e à diferença.

Sob este aspecto, o autor identifica a possibilidade dessa tendência ter o seguinte comportamento: quanto mais tradicionais forem as atividades indígenas envolvidas em uma dada situação concreta, menor será sua limitação na tarefa de ponderação. Isso se explica pelo fato de a referida situação estar alinhada ao princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições indígenas. Consequentemente, as atividades não tradicionais, ainda que importantes para a subsistência do grupo, diz o autor, não comportam em si mesmas a proteção à diferença e ao pluralismo, pois, em termos de dignidade da pessoa humana, o significado dessas atividades para os índios seria semelhante àquele que a obtenção de renda tem para qualquer outro segmento nacional.

Esse mesmo raciocínio se aplica, segundo o autor, na colisão dos princípios do direito constitucional indigenista com os princípios constitucionais ambientais, sem desconsiderar que o meio ambiente é um dos temas mais importantes da atualidade. De acordo com o autor, na ponderação de tais direitos, as atividades indígenas tradicionais também resultam em uma restrição menor dos bens ligados aos princípios do direito constitucional indígena, ao passo que as atividades não tradicionais permitem uma maior limitação desses bens em nome do direito ambiental.[290]

À diferente conclusão chegou Edson Damas da Silveira ao analisar o tema. Na espécie, Silveira averiguou especificamente a dupla afetação do território que é, ao mesmo tempo, Parque Nacional do Monte Roraima e Terra Indígena Raposa Serra do Sol, chegando a uma forma de resolução bem diferente, sem sacrifício dos respectivos e normativos núcleos essenciais, procurando sempre preservar o sentido ótimo do direito

290ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil.* Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Gilberto Bercovicci. São Paulo, 2009, p. 746 e ss.

daquelas minorias.[291]

Para tanto, partiu de uma postura sinalizada pelo próprio texto constitucional, sem reduzi-lo, sob pena de frustrá-lo em seu conteúdo. Assim, o autor acredita poder esvaziar a politicidade da função judicial, porque

> a atividade julgadora não se exaure – como amiúde se pretende – simplesmente na subsunção da norma aos fatos. O processo de hermenêutica naturalmente sofre influência da idéia prévia que o intérprete tenha do direito, da vida e dos interesses em questão, razão pela qual tem se destacado nos foros brasileiros uma forte conotação ideológica nas decisões judiciais, marcadamente de cunho desenvolvimentista, neoliberal e conservadora. [292]

Com efeito, Silveira delimitou o problema, identificou a tensão normativa e analisou os argumentos não institucionais e institucionais de resolução do problema, além dos argumentos institucionais transcendentes e imanentes, chegando às conclusões a seguir:

Inicialmente, advertiu o autor que, não obstante o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) ser regido por diretrizes que "garantam às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação meios de subsistência alternativos",[293] bem como prever inúmeras atividades tais como as previstas no art. 11 da referida lei[294], certo é que essas regras não podem vigorar sobre a demarcação das terras indígenas, porquanto ainda não há parque nacional instalado.

Com efeito, na pendência de elaboração do respectivo plano de manejo, às populações tradicionais devem ser asseguradas as condições e os meios necessários para a satisfação das suas necessidades materiais, sociais e culturais. Além disso, para o autor, esta parece ser a oportunidade adequada para que os povos indígenas da Raposa Serra do

291SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 160/192 e 261.

292 *Id. Ibid.* p. 261.

293 Conforme dispõe o art. 5°, X da Lei 9.985/00.

294 Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. § 1o O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. § 2o A visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento. § 3o A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. § 4o As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.

Sol fixem os limites da exploração ambiental de acordo com os seus usos, costumes e tradições, exercendo por intermédio dele os amplos direitos culturais garantidos pelos art. 215 e 216 da Constituição Federal.

Outrossim, ressalta Silveira que é

> Interessante notar que o modo de criar, fazer e viver daquelas etnias, mesmo dentro dos limites do Parque Nacional do Monte Roraima, constitui um patrimônio cultural brasileiro, devendo o estado proteger essas manifestações inclusive da ingerência dos não índios, justamente em homenagem à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.[295]

Prosseguindo, o autor parte da premissa de que os indígenas naquela região vivem em perfeita integração com a natureza, ligados à terra como condição mesmo de vida para eles porque dela retiram o sustento de toda a comunidade. Por isso, entende que se impõe afastar a incidência ainda do par. 1°, art. 7°, da Lei 9.985/00, que admite apenas o uso indireto dos recursos naturais do Parque Nacional do Monte Roraima por parte principalmente do povo Ingarikó, por vício de inconstitucionalidade.

Defende sua tese, sustentando que

> (…) se até o presente momento os Ingarikó exploraram diretamente os produtos da natureza segundo sua cultura e lá conseguiram manter o meio ambiente preservado para as futuras gerações, porque haveriam agora (depois de intensa luta pelo reconhecimento da ocupação permanente) de dar início a um processo autofágico de degradação ambiental?
> Não seria lógico e nem imaginável que uma população tradicional sobrevivente justamente à custa dos recursos naturais venha dar início, sem qualquer motivação justificada, a um processo de consumo insustentável que coloque em risco a preservação do ecossistema de toda a Serra de Pacaraima, sua relevância ecológica e beleza cênica; aliás, os mesmos objetivos perseguidos com a criação do Parque Nacional do Monte Roraima.
> Pesquisas realizadas por meio de imagens de satélite comprovaram que o desmatamento no entorno das terras indígenas é muito maior do que dentro delas. O estudo entabulado em conjunto pelo Instituto de Conservação Ambiental The Nature Conservancy do Brasil, Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira e Fundação Vitória Amazônica, constatou que em uma faixa de dez quilômetros ao redor destas terras, o nível de desmatamento é quase dez vezes maior que no seu interior.
> E se a improvável hipótese depredatória realmente se concretizar, estarão as autoridades públicas autorizadas a intervir na área sob o argumento de abuso no exercício dos direitos culturais, a se autorizar o pleno afastamento dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal.[296]

Ressalta que, em caso de depredação, a intervenção que as autoridades públicas estariam autorizadas a realizar deve se limitar às condições de regularidade

295 *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira.* p. 159.
296 Idem. p. 160.

administrativa do empreendimento perante os competentes órgãos de fiscalização, mas jamais tirar o direito de os indígenas permanecerem vivendo em liberdade, por exemplo, dentro da Raposa Serra do Sol.

Prossegue, colocando a questão da seguinte forma:

> - continuando os índios na área, vivendo livremente e explorando os recursos naturais diretamente (como sempre fizeram), certamente o meio ambiente continuará sendo preservado;
> - mas não temos o mesmo juízo de certeza (porque a história não autoriza) de que a circulação de não-índios na região irá manter o mesmo ecossistema preservado.
> O que se prefere? – A certeza do comportamento dos indígenas ou a incerteza do comportamento dos não-índios visitantes?
> Por certo que não haveria dano ao meio ambiente da Raposa Serra do Sol se os índios continuassem explorando diretamente os recursos naturais e vivendo tradicionalmente por aquelas bandas. O passado os recomenda![297]

O autor aponta ainda outro fator a ser ponderado: a insistência do Governo Federal em criar unidades de conservação sobre terras indígenas de modo formalmente inconstitucional, desconsiderando ainda a especial destinação ambiental dessas últimas e não sopesando a relação custo/benefício diante dos incontáveis conflitos decorrentes desse tipo de sobreposição.

Assim afirma, com base em dados levantados no ano de 2004, por meio dos quais diagnosticou uma área total de 12.985.968 (doze milhões, novecentos e oitenta e cinco mil, novecentos e sessenta e oito) hectares protegida na forma de unidades de conservação e também sobreposta em terras indígenas somente na Amazônia Legal, representando essa dupla afetação 2,59% de todo o território Amazônico no Brasil.

Sob este aspecto, Silveira considera as terras indígenas aptas, eficientes e constitucionalmente destinadas à conservação ambiental. Todavia, assevera que, no campo das hipóteses, mesmo se assim não se considerasse, não haveria prejuízo para a Amazônia e nem para o Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil. De acordo com o autor, as sobreposições criadas em terras indígenas ou poderiam ser repostas em outras áreas, ou não fariam falta ao grande espectro de unidades de conservação existentes na região e que se destinam à realização do direito fundamental difuso previsto no art. 225, par. 1°, inciso III, da Constituição Federal.

Ressalta que, quanto a este ponto, Roraima está em déficit com a Região

297 *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira.* p. 161.

Amazônica, pois,

> embora seja proporcionalmente o campeão em terras indígenas, com 46% do seu território afetado, o Estado é um dos últimos colocados em unidades de conservação, com apenas 6%, ficando em situação semelhante aos Estados do Pará, Amazonas, Acre e Rondônia, que têm quase metade de seus territórios em áreas protegidas, sem falar no Amapá, com cerca de 70%. Ainda cabe ao Estado de Roraima administrar onze milhões de hectares para um pouco mais de trezentas mil pessoas, situação fundiária que permanece perfeitamente compatível com o desenvolvimento econômico.[298]

Acrescenta que os problemas e custos gerados para o Estado Nacional com tais sobreposições, acrescidos dos prejuízos suportados pelos índios diante da indevida agressão, demonstram que não compensa economicamente, socialmente e nem finalisticamente criar unidades de conservação sobre terras indígenas.

Tal fato se comprova dos legados deixados pelo Parque Nacional do Monte Roraima sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda sem solução definitiva de instalação e com situação agravada depois da edição das diretrizes n. 08, 09 e 10, todas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O autor reputa a elaboração das diretrizes ao desconhecimento, por parte dos Ministros daquela Corte, da real demanda que se instalou sobre a responsabilidade pela administração e desígnios do Parque Nacional do Monte Roraima – até porque não era objeto de discussão naquela oportunidade.

Perceba-se que, se as condicionantes forem entendidas como regras a ser impostas às futuras demarcações, o STF determinou ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICM-Bio) que assuma a responsabilidade imediata por todas as unidades de conservação no Brasil, respondendo pela administração das áreas reservadas com a participação das comunidades indígenas – que deverão ser ouvidas - levando em conta os seus usos, tradições e costumes, podendo ainda contar com a consultoria da FUNAI.

É bem verdade que a obrigatoriedade da oitiva escorre como "solução razoável e constitucionalmente adequada" para autor, pois as populações nativas daquela região conhecem infinitamente melhor a área do que os servidores da unidade. Mas, para tanto, os resultados da consulta haverão de vincular o administrador público sob pena de frustrar as mensagens normativas constantes dos arts. 215, 216 e 231, par. 1°, todos da Constituição Federal.

Silveira adverte ainda que

298 Idem, p. 161.

> (…) não podemos perder de vista que o parque nacional – muito mais do que uma mera unidade de proteção integral com os objetivos limitados pelo art. 11 da Lei 9.985/00 – deve ser entendido em conjunto com os direitos indígenas sobre ele abstratamente e preferencialmente incidentes, convergindo complexos interesses e necessidades humanas que têm múltiplas funções além da proteção ambiental, visando ainda à realização emocional , psicológica e cultural do ser humano; promoção da área nativa, fonte de vida e local de veneração de populações tradicionais; alavanca do desenvolvimento sustentável de vastas regiões, geradora de emprego e renda; e símbolo que agrega as pessoas, dando-lhes maior consciência e orgulho de sua terra natal, de sua gente e de seu país.[299]

É por isso que o autor recomenda que a proposta de administração do Parque Nacional do Monte Roraima deve permanecer conjunta, sem regras de subordinação entre Governo Federal e os representantes indígenas, inclusive nas hipóteses de admissão, circulação e permanência de não índios dentro daquela unidade de conservação,

> (…) em que pese ter o Supremo Tribunal Federal admitido o trânsito de visitantes e pesquisadores nos horários e condições a serem estipulados exclusivamente pelo Instituto Chico Mendes, sem qualquer referência à concordância dos indígenas diretamente afetados.[300]

Enfim, conclui o autor que, no estudo de caso, diferentemente do proposto pelo STF, uma gestão compartilhada - com fluxos de turistas, pesquisadores e outras pessoas não índias já admitidos pelas etnias residentes, segundo condições e regras pré-estabelecidas no respectivo plano de manejo, a ser deliberado em conjunto por representantes de todos os povos indígenas da Raposa Serra do Sol - realiza diretamente direitos fundamentais dos indígenas da Raposa Serra do Sol e que têm preferência sobre as normas apenas indiretamente relacionadas com os direitos fundamentais de todos (índios e não índios) previsto no art. 225, par. 1°, inciso III. Apenas dessa forma, sustenta, se terá preservado o núcleo essencial eleito pelo conteúdo normativo do art. 231 da Constituição Federal (vida dos indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), sem prejuízo da intangibilidade do núcleo essencial preconizado pelo art. 225 da mesma Carta (vida de todos, índios e não índios), ponderação que segue na linha do sentimento não institucional de justiça e que deve também pautar os atos da administração pública.

---

299 Idem, p. 163.

300 Idem. Ressalte-se aqui, mais uma vez, que as diretrizes X e XI, dispensam a necessidade de oitiva das populações indígenas afetadas, ferindo mais uma vez o direito à consulta das populações indígenas.

3.4.2.3 As limitações impostas mediante verdadeiras regras de demarcação criadas pelo STF

A seguir, analisar-se-á as diretrizes do STF que impõem verdadeiras regras de demarcação de terras indígenas.

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

De acordo com o Ministro Menezes Direito, a 17ª salvaguarda foi elaborada pelo bem da segurança jurídica, pois busca evitar que a demarcação gere consequências gravosas, inclusive para aqueles que, uma vez feita e executada a demarcação, possam adquirir direitos em virtude dela.

Portanto, observa-se que o STF, em nome da segurança jurídica, privilegiou a propriedade em detrimento da vida dos povos indígenas. Vedar a ampliação da terra indígena já demarcada implica dizer que, uma vez homologada a área da terra indígena, esta não poderá mais ser revisada. Tem-se uma preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados.

O Ministro decidiu estabelecer tal diretriz a partir da teoria do "fato índio", prestigiada no voto condutor, relativizando o indigenato, para impor às demarcações um marco temporal: a data da Constituição.

Com efeito, Menezes Direito admitiu que, a partir desse marco, novas ampliações poderiam criar um impacto negativo, atingindo direitos que são adquiridos após o processo de demarcação e de execução da demarcação. O Ministro Cezar Peluso corroborou a tese, ressaltando que não há que se admitir demarcação com área duvidosa. Se a área foi demarcada, é porque houve estudos que estabeleceram seus limites, não podendo se admitir dúvida na fixação desses limites.

Menezes Direito ponderou que, no momento em que o STF admitiu a demarcação contínua, endossou a utilização do critério dos círculos concêntricos, o que implica dizer que as extensões das áreas serão maiores do que, à primeira vista, seria necessário, tendo em vista a agricultura da coivara. Portanto, a ampliação da área seria totalmente desnecessária.

Ressalta o Ministro que, se a demarcação foi feita considerando-se o padrão da Constituição de 1988, admitir a sua ampliação seria criar um problema. E ainda

que se admitisse a hipótese de eventual necessidade de ampliação, esta poderia ser suprida pelo sistema ordinário das expropriações. O Ministro Cezar Peluso rebateu, pontuando que as demarcações anteriores também levaram em consideração o fato da posse, tendo, nesse ponto, adesão do Ministro Gilmar Mendes.

Tais colocações, apesar de justificarem a salvaguarda em questão, não resguardam a referida diretriz de sua expressão demasiadamente genérica, inviabilizando a efetivação de direitos constitucionais indígenas no caso concreto.

Isso porque, atualmente, no Brasil, existem demarcações anteriores e posteriores à Constituição de 1988. Existem demarcações que levaram em consideração o padrão da Constituição e outras não, independentemente da época em que foram realizadas. Existem atos demarcatórios eivados de vícios e, portanto, ilegais, nos termos da Súmula 473 do STF. Ora, interpretar a condicionante de forma literal pode vir a impedir a correção de vícios de demarcação, em desfavor das próprias populações indígenas.

Não se pode olvidar que a questão indígena só passou a ter relevância no âmbito da sociedade civil no final da década de 1970. Existem no Brasil demarcações que prejudicaram sobremaneira os índios. Cada caso é um caso. A demarcação das terras indígenas visa a garantir o direito indígena à terra. Para tanto, deve estabelecer a real extensão da posse indígena, assegurando a proteção dos limites demarcados e impedindo a ocupação por terceiros. Se assim não procedeu, deve ser revisada.

Acrescente-se que a referida salvaguarda não pode ser entendida como regra inviabilizadora da ampliação das terras indígenas, pois existem outras formas que não a demarcação, para se alcançar tal fim, como nas hipóteses dos arts. 32 e 39, III, da Lei 6.001/73.

Em virtude de sua dificuldade de estabelecer essa vedação de uma forma tão genérica, a Ministra Cármen Lúcia não aderiu à salvaguarda. De igual modo, fez o Ministro Eros Grau. Ainda assim, o Ministro Carlos Ayres Britto mencionou que só concordaria com tal condicionante se nela ficasse expressa que a vedação se submeteria ao marco temporal. Foram todos vencidos nesse ponto e ela foi, nesses termos, elaborada.

Dito isso, passa-se à análise da última salvaguarda.

> (xix) 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.

A partir da proposta do Ministro Marco Aurélio, inicialmente sobre a questão federativa e, depois, manifestação do Ministro Cezar Peluso, o Ministro Gilmar Mendes propôs que o grupo estabelecesse algo sobre o tema.

Menezes Direito, então, sugeriu o acréscimo de mais um item "apenas para explicitar a necessidade de participação dos entes federativos quando fosse feita a demarcação."

A proposta foi aceita e se tornou a XIX diretriz elaborada pelo STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

Interessante a diretriz, pois os ministros se manifestaram pela validade da demarcação indígena Raposa Serra do Sol, por ter ela observado os trâmites legais e, neste aspecto, ter sido amplamente discutida pelos entes federativos envolvidos e comunidades indígenas. Não obstante, suscitaram insuficiência da norma. Decidiram, pois, suprir tal insuficiência com a condicionante ora analisada.

Atualmente, o procedimento para a identificação e delimitação, demarcação física, homologação e registro de terras indígenas está estabelecido e balizado no Decreto nº 1.775, de 8/01/1996. O mencionado decreto "dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas", definindo claramente o papel do órgão federal indigenista, as diferentes fases e subfases do processo, bem como assegurando transparência ao procedimento por meio de sua publicidade. Desde o início do processo demarcatório até 90 dias da publicação do resumo do relatório nos Diários Oficiais da União e do Estado, podem os interessados apresentar contestações, as quais também serão analisadas pelo pessoal técnico da FUNAI, podendo o seu presidente optar pelo reestudo da área proposta ou pela sua confirmação, dando-se então continuidade ao procedimento.

Aos olhos do Ministro, essa transparência não é suficiente, devendo os entes federados participar ativamente do processo, com comissões e etc.[301]

O Ministro Joaquim Barbosa advertiu o Ministro Menezes Direito, nos seguintes termos:

> 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 *jude-made law.* É o tipo de atividade típica de países em que o Poder Judiciário faz o direito. Faz o direito e delega a sua execução a um juiz. Mas, delega como? Delega fixando diretivas claras, fixando metas, fixando prazos. Nós não podemos delegar isso a um Tribunal Regional e aos juízes de Roraima sem essas diretivas claras, porque não nós sabemos qual é a realidade

301 Nos debates, os Ministros Menezes Direito, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Marco Aurélio se complementam neste ponto.

local. Se fizermos isso, nada vai acontecer.

De fato, pode-se identificar a postura do STF com a tendência pela qual passa o Poder Judiciário: a ascensão de seu papel frente aos demais Poderes.

Ocorre que a possibilidade de o STF desempenhar o papel de legislador ativo está estritamente vinculada à sua função de defensor da Carta Magna e concretizador de direitos fundamentais.

Na hipótese, o que justificaria a tomada de decisão seria a proteção do princípio federativo. Mas, diante da atual regulamentação, questiona-se se o referido princípio estaria sendo violado. Ocorre que, se assim o fosse, o resultado do julgamento certamente seria outro. Conclui-se, na espécie, que essa participação ativa traduzir-se-á, no caso concreto, em verdadeira procrastinação para a finalização do processo de demarcação e, via de consequência, de efetivação dos direitos constitucionais indígenas.

Ademais, muitos doutrinadores criticam uma postura mais ativa do Judiciário, sob o fundamento de falta de legitimidade, tendo em vista que as decisões não são proferidas por órgãos democráticos e sim meritocráticos.[302] A discussão toma maiores proporções na medida em que nem as partes, nem os interessados e a sociedade civil puderam se manifestar acerca das salvaguardas. Não puderam participar do seu "processo legislativo".

3.5 O ALCANCE DA DECISÃO

De acordo com o Observatório da Justiça Brasileira - OJB[303], as salvaguardas foram impostas na decisão proferida, partindo-se do consenso de que o disciplinamento normativo atual do uso das terras reservadas aos índios no Brasil é insuficiente e precisa ser aperfeiçoado. Logo, o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, na defesa dos direitos fundamentais, deveria aperfeiçoar esse disciplinamento. Mas, que tipo de aperfeiçoamento foi esse promovido pelo STF no julgamento do caso em exame?

Diante da importância e visibilidade do tema e da ação popular, os ministros do STF manifestaram em vários momentos a vontade de que a decisão da Petição

302 Sobre o tema, ver capítulo 1.
303 Grupo de pesquisa cadastrado no CNPQ.

3388/RR fixasse uma orientação válida para todos os demais casos envolvendo demarcação de terras indígenas.

Extrai-se tal intenção, por exemplo, da seguinte fala do Ministro Gilmar Mendes: "(...) nós não estamos apenas decidindo este caso. Nós estamos, pela primeira vez, fixando uma orientação para a questão da demarcação com todas as suas implicações. É importante que se diga isso."

Dessa forma, assumindo o múnus de estabelecer uma orientação que extrapolasse os limites do caso Raposa Serra do Sol, alguns entenderam que o Supremo Tribunal Federal optou por ir além do que havia sido pedido e construir uma decisão que fosse aplicável a outros casos de conflitos demarcatórios. Essa dúvida rendeu seis embargos de declaração que ainda estão pendentes de análise naquela Corte, o que oportuniza a modificação da decisão, notadamente no que tange às salvaguardas já estudadas.

Mas, como a Corte construiu essa decisão paradigmática?

A maioria dos ministros aderiu à proposta formulada no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito que, de maneira geral, consistia em condicionar a procedência parcial do pedido a uma série de cláusulas:

> A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance.

Conclui-se, portanto, que, no intuito de decidir à altura da relevância do caso Raposa Serra do Sol, optaram os Ministros por extrapolar os limites da ação popular, de modo a contribuir com casos similares.[304] Todavia, esse "ir além" não está expresso no voto do Ministro Direito, uma vez que caracterizou as condições enumeradas como "impostas pela disciplina constitucional".

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal acrescentou à decisão pela

304 O Ministro Menezes Direito, quando questionado pelo Ministro Carlos Ayres acerca da possibilidade de se estar julgando o caso *extra petita*, rebateu duramente. Carlos Ayres Britto: "só tenho dúvida se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão extra petita, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido. O que foi pedido na ação popular? A nulidade de todo o processo de demarcação (…)." Menezes Direito: "(...) certamente Vossa Excelência sabe que não me descuido com relação a ser extra petita ou infra petita. Certamente não me descuido. (…) Se assim propus, se eu assim votei, tal como Vossa Excelência sempre o faz, tenho a certeza de que o fiz pensadamente".

procedência parcial da demanda 19 salvaguardas. Entretanto, o objetivo que essas cláusulas teriam não foi um consenso na corte, permanecendo a dúvida sobre qual seria de fato a função das condicionantes.

Sob outro viés, tem-se que, para o relator, a grande divergência que recai sobre a compreensão acerca da área indígena Raposa Serra do Sol justifica a postura do STF de buscar na própria Constituição, e com o máximo de objetividade possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena do País.

Mas, buscar tais coordenadas significaria elaborar um estatuto demarcatório das terras indígenas do País, nos termos explicitados pelo Ministro Gilmar Mendes? Isso implicaria objetivização do julgado, a ponto de ser um paradigma de tamanha imponência que seria aplicado às demarcações futuras? Ou tais coordenadas compreenderiam apenas um alargamento na discussão do tema, e seriam estabelecidas apenas para o cumprimento da decisão naquele caso concreto?

Isso é o que se pretende analisar neste subtítulo.

Para Silveira, nenhuma condicionante imposta pelo Supremo Tribunal Federal avançou na proteção futura dos indígenas no Brasil. Pelo contrário, de acordo com o autor, ao impor as 19 condicionantes, o STF retrocedeu no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, comprometendo a vindoura política indígena no Brasil. Em sua análise, a maioria das condicionantes veio para impor restrições ao usufruto exclusivo e constitucional da terra indígena, gravando severamente o peculiar bem jurídico de sustentação a todos os outros valores inerentes ao modo de vida daqueles povos.[305]

Levando-se isso em consideração, pode-se vislumbrar uma inadequação da postura do Supremo Tribunal Federal com o seu múnus, que é de defesa dos direitos fundamentais, que, na hipótese, estão representados pelo direito fundamental indígena à terra. Consequentemente, ao limitá-lo e regulamentá-lo estaria agindo fora do seu âmbito de atuação, desautorizado, portanto. Se, para o caso concreto já estaria extrapolando suas atribuições, ainda mais objetivando o julgado.

Alguns Ministros do STF passaram a adotar o julgamento do caso Raposa Serra do Sol como *leading case*, utilizando-se das teses assumidas no v. Acórdão para deferir ou indeferir liminares em Mandados de Segurança:

> 1. Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar,

305 SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 261.

impetrado pelos Espólios de Domênico Maricondi e de Isaura Maricondi, representados pelo inventariante Armando Jorge Peralta, com fundamento no art. 5º, XXI e LXIX, da Constituição Federal e na Lei 12.016/2009, contra possível ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República consubstanciado em **decreto homologatório de ampliação da reserva indígena Ribeirão Silveira** dos atuais novecentos e quarenta e quatro hectares para oito mil e quinhentos hectares e perímetro aproximado de quarenta e cinco quilômetros, sob o entendimento de que essas terras, localizadas entre os Municípios de Bertioga, São Sebastião e Salesópolis, no Estado de São Paulo, seriam tradicionalmente ocupadas pelos grupos indígenas Guarani Mbyá e Nhandeva. (…). Entendo, em juízo de delibação, que se encontra devidamente evidenciada a fumaça do bom direito no presente caso. O Supremo Tribunal Federal julgou o paradigmático caso Raposa Serra do Sol, em acórdão de cuja ementa extraio os seguintes excertos: "(...) 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS . 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das 'fazendas' situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as 'imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar' e ainda aquelas que se revelarem 'necessárias à reprodução física e cultural' de cada qual das comunidades étnico-indígenas, 'segundo seus usos, costumes e tradições' (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parelha com a regra de que todas essas terras 'são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis' (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA . 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado 'princípio da proporcionalidade'. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado 'princípio da proporcionalidade', quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS 'ORIGINÁRIOS' . Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e

não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de 'originários', a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como 'nulos e extintos' (§ 6º do art. 231 da CF). (...) 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão. (...)" (Petição 3.388/RR, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe 1º.7.2010). A Fundação Nacional do Índio objetiva a retificação da área da reserva indígena Ribeirão Silveira, de novecentos e quarenta e quatro hectares para oito mil e quinhentos hectares, sob o entendimento de que houve a revisão dos estudos de identificação e de delimitação da mencionada reserva, com vistas à sua adequação aos critérios estabelecidos na Constituição Federal, que teria superado a visão integracionista do indígena na identidade nacional e na cultura majoritária do Brasil até então dominante. Todavia, **esta Suprema Corte também no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito, ampliou as salvaguardas institucionais a serem obedecidas em demarcações de terras indígenas, entre as quais consta a vedação à ampliação da terra indígena já demarcada** (alínea r do inciso II do acórdão proferido no julgamento da Petição 3.388/RR, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe 1º.7.2010), tendo ficado vencidos quanto a esse ponto específico a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Ayres Britto, relator. **Subscrevi, em meu voto, as preocupações externadas nos itens colocados no dispositivo daquele acórdão pelo Ministro Menezes Direito, que deram efetivamente a esses tópicos o valor de um norte, de uma definição de como proceder e de como encarar a questão de demarcações de terras indígenas, daquele julgamento para diante**. Assevere-se que o fato de terem sido opostos embargos de declaração ao acórdão proferido no julgamento da Petição 3.388/RR não tem o condão de retirar a força das diretrizes e balizas ali fixadas, que permanecem inabaláveis até que o Plenário desta Corte se convença a modificá-las. Assim, encontra-se devidamente demonstrada a plausibilidade jurídica da presente impetração. 6. Verifico ainda a existência do perigo na demora no presente caso, dado que a edição de decreto com o objetivo de ampliar a reserva indígena Ribeirão Silveira poderá causar prejuízos irreparáveis ao s impetrante s e aos adquirentes de lotes residenciais nos empreendimentos Parque Boracéia I e Parque Boracéia II . Além disso, poderá ocorrer o acirramento dos ânimos na região, com o surgimento de conflitos e distúrbios a envolve r índios, pessoas ligadas a organizações não - governamentais e os proprietários e possuidores atuais das terras, o que recomenda a máxima prudência nesse tipo de caso. 7 . **Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar para determinar que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República não expeça decreto com o objetivo de ampliar a área da reserva indígena Ribeirão Silveira já demarcada pelo Decreto Presidencial 94.568, de 8 de julho de 1987, até o julgamento final do presente mandado de segurança**. Comunique-se, com urgência, esta decisão ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ao Ministro de Estado da Justiça e à Presidência da Fundação Nacional do Índio. Providencie a Secretaria desta Corte a inclusão da União no pólo passivo do presente writ. Publique-se. Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República (arts. 103, § 1º, da Constituição Federal; e 52, IX, do RISTF), para elaboração de parecer quanto ao mérito deste mandamus . Brasília, 18 de novembro de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora
(MS 29293 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 18/11/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 22/11/2010

PUBLIC 23/11/2010)

1. Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar, impetrado por Alemoa Empreendimentos Imobiliários Ltda e Alemoa S/A Imóveis e Participações, com fundamento nos arts. 5º, LXIX, e 102, I, d, da Constituição Federal e na Lei 12.016/2009, contra ato iminente do Excelentíssimo Senhor Presidente da República consubstanciado em **decreto homologatório de ampliação da reserva indígena Ribeirão Silveira** dos atuais novecentos e quarenta e quatro hectares para oito mil e quinhentos hectares e perímetro aproximado de quarenta e cinco quilômetros, sob o entendimento de que essas terras, localizadas entre os Municípios de Bertioga, São Sebastião e Salesópolis, no Estado de São Paulo, seriam tradicionalmente ocupadas pelos grupos indígenas Guarani Mbyá e Nhandeva. (…) Destacam a existência de precedente favorável à sua tese (Mandado de Segurança 29.293-MC/DF, de que sou relatora, DJe 23.11.2010). (…) Entendo que se encontra devidamente evidenciada a prejudicialidade do pedido de medida liminar ora formulado pelas impetrantes. É que, ao apreciar o Mandado de Segurança 29.293-MC/DF, impetrado pelos Espólios de Domênico Maricondi e de Isaura Maricondi, **deferi o pedido de medida liminar para determinar que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República não expeça decreto com o objetivo de ampliar a área da reserva indígena Ribeirão Silveira, já demarcada pelo Decreto Presidencial 94.568, de 8 de julho de 1987, até o julgamento final daquele writ** (DJe 23.11.2010). 6 . Ante o exposto, julgo prejudicado o pedido de medida liminar formulado no presente mandado de segurança (art. 21, IX, do RISTF). Providencie a Secretaria desta Corte a inclusão da União no pólo passivo do presente writ. Publique-se. Após, abra-se imediatamente vista à Procuradoria-Geral da República (arts. 103, § 1º, da Constituição Federal; e 52, IX, do RISTF), para elaboração de parecer quanto ao mérito deste mandamus . Brasília, 11 de fevereiro de 2011. Ministra Ellen Gracie Relatora
(MS 30183 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 11/02/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 15/02/2011 PUBLIC 16/02/2011)

DECISÃO: Trata-se de suspensão tutela antecipada, com pedido de medida liminar, ajuizada pela União, contra os acórdãos proferidos pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos dos agravos de instrumento nº 2007.04.00.020532-7 (julgamento em sede de embargos de declaração) e nº 2008.04.00.004662-0. Na origem, Amarildo Pagnussatt e outros ajuizaram a ação ordinária nº 2007.72.02.003648-7/SC (fls. 52-98), com pedido de antecipação parcial da tutela, tanto para **suspender os efeitos da Portaria nº 795, de 17.04.2007, "que declarou como tradicionalmente ocupada pelo grupo indígena Kaigang área denominada Toldo Pinhal, situada nos Municípios de Seara, Arvoredo e Paial, no Estado de Santa Catarina**" (fl.2), quanto para determinar a abstenção, por parte da União e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, de realizar qualquer ato tendente a retirar a posse ou a propriedade das terras dos autores, até o trânsito em julgado da ação ordinária. (…) No presente caso, reconheço que a controvérsia instaurada na ação em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: aplicação do art. 231, caput e § 1º, da Constituição Federal. Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. (…) O art. 4º da Lei no 8.437/1992, combinado com o art. 1º da Lei no 9.494/1997, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A decisão impugnada no agravo de instrumento nº 2007.04.00.020532-7 (fls. 126-142) suspendeu os efeitos da Portaria nº 795 ,

para que não surtam os efeitos decorrentes da demarcação das propriedades privadas dos autores como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Eis o fundamento de provimento do agravo de instrumento, no que aqui interessa: “ 1. Acolho o pedido de reconsideração de fls. 257/261 e defiro o efeito suspensivo postulado, eis que presentes os pressupostos legais, notadamente tendo em vista precedente idêntico julgado pela Corte , verbis : AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL - APRECIAÇÃO POR VIA DE EXCEÇÃO (CPC, ART. 112). TUTELA ANTECIPADA - SUSPENSÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA PROPRIEDADE PRIVADA COMO TERRA INDÍGENA . 1. A competência territorial deve ser argüida por via de exceção (CPC, art. 112), e em se tratando de litígio cujo objeto abrange vários municípios, a ação pode ser aforada em qualquer um deles. 2. É competente a Justiça Federal de Primeiro Grau para processar e julgar ação ajuizada por proprietários de imóveis, visando a desconstituição de ato administrativo que declara suas propriedades como terra tradicionalmente ocupadas por indígenas. 3. Contrapondo-se no litígio interesses em tese legítimos, dizendo com a disputa de direito de posse sobre terras tradicionalmente ocupadas por indígenas e de direito de propriedade privada, impõe-se a manutenção da situação fática, que se encontra delineada há décadas, enquanto pendente discussão acerca da validade do ato que redefiniu a extensão da reserva indígena." (TRF/4ªR, AI nº 2004.04.01.028800-9/SC, 4ª Turma, D.E. 24/04/2007 Rel. Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde) 2. Em seu voto, disse o eminente Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde, verbis: [...] Nos autos encontram-se contrapostos interesses em tese legítimos de ambos os contendores. De um lado, interesse de silvícolas, buscando prevalecer o direito de posse de terras tradicionalmente por si ocupadas, fazendo valer preceito constitucional; de outro, cidadãos que estão sendo atingidos pelo ato administrativo e que na iminência de atentado a sua propriedade, vêem-se desabrigados a ponto de recorrerem ao Judiciário para também fazer prevalecer seu direito, garantido constitucionalmente . Penso que a situação como está, delineada há mais de décadas, não pode ser modificada de imediato, sendo razoável a manutenção do status fático. Presente os princípios da segurança das relações estabelecidas e da razoabilidade das decisões, a prevalência dos autores na posse/propriedade de seus imóveis, enquanto se discute a respeito da legalidade dos procedimentos e atos administrativos que interessam ao caso, cotejados os interesses da relação de direto material, leva-me a crer ser o mal menor. [...] Destarte, entendo por conjugados os requisitos ensejadores ao trato antecipatório pleiteado, asseverando que inexiste satisfatividade e irreversibilidade a ditar óbice à concessão, nos moldes conforme concedida e que agora reafirmo nesta quadra recursal, uma vez que, ao final do julgamento da lide, em sendo legal a demarcação das terras como de Reserva Indígena, aos silvícolas será alcançada a posse. Vale gizar, que não se está aqui a menosprezar o elevado direito dos índios na retomada de terras tradicionalmente por si ocupadas, se assim vier a ser reconhecido nos autos da ação como pressuposto necessário (CF, art. 231, caput) - o que não cabe afirmar-se nesta sede de estritos limites -, ou no de haverem terras para o seu uso e cultura, mas sim, a não deixar a descoberto direito também constitucional de outrem que, até comprovação efetiva ao contrário, encontra-se como legitimado a ocupar as mesmas terras . ANTE O EXPOSTO Nego provimento ao agravo de instrumento. É como voto." É o caso dos autos. 3. Oficie-se ao juízo a quo comunicando-o desta decisão. 4. Decorrido o prazo legal, dê-se vista ao douto MPF. ” (grifo nosso – fls. 148-151) Já no julgamento do agravo de instrumento nº 2008.04.004662-0 (fls. 176-177/verso), houve o provimento do recurso, em que se acolheu a tese de possível ineficácia do provimento final da ação, caso se permitisse a imediata aplicação da portaria nº 795 aos demais vizinhos dos agravantes, com atuação da FUNAI e União na área litigiosa, ou seja, em consonância com o fundamento decisório do primeiro agravo de instrumento relatado aqui. No caso, entendo que , quanto aos acórdãos impugnados que sustaram a aplicação da Portaria nº 795 na área

conflituosa, não está devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública. A jurisprudência desta Corte consignou o entendimento segundo o qual a potencialidade danosa da decisão deve ser comprovada de forma inequívoca pelo requerente, em razão do caráter excepcional do pedido de suspensão. Assim, na SS nº 1185/PA, o Ministro Celso de Mello, então na Presidência da Corte, assentou que: " A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei nº 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva da liminar mandamental, resultará comprometido o interesse público." (SS nº 1185/PA, DJ 4.8.1999.) A União alegou grave lesão à ordem pública, basicamente, pelo fato de que haveria um conflito de decisões antagônicas, quer dizer, entre as decisões impugnadas e decisão judicial constante na ação civil pública nº 2006.72.12.000297-5/SC. Entretanto, ao consultar o andamento processual da referida ação civil pública no sítio eletrônico do Tribunal Regional da 4ª Região, verifico que o referido processo transitou em julgado em 12.06.2008, após sentença sem resolução do mérito. Ademais, verifico que o processo originário discute o próprio conceito de "terras tradicionalmente ocupadas", uma vez que os autores alegam que há vícios contundentes nos laudos antropológicos, inexistindo, conforme o próprio laudo, registro histórico da existência de índios na região, bem como não se tratar de "ocupação tradicional" (fl. 61-62). A própria decisão impugnada evidencia a necessidade de produção de provas nesse ponto, ressaltando a importância de se manter o status quo enquanto se discuta a legalidade da referida Portaria, sob pena de violação de outros direitos constitucionalmente relevantes envolvidos no caso. A discussão sobre a legalidade ou não da Portaria nº 795 e a determinação de continuidade de sua aplicação aos outros agricultores refoge ao alcance da suspensão de tutela antecipada, por estar envolvida com o próprio mérito da ação, matéria a ser debatida no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a presente medida. Nesse sentido SS-AgR nº 2.932/SP e SS-AgR nº 2.964/SP, dentre outros. **Neste ponto, o pedido formulado tem nítida natureza de recurso, sendo entendimento assente desta Corte que a via da suspensão não é sucedâneo recursal**, como destacam os seguintes julgados: SL 14/MG, rel. Maurício Corrêa, DJ 03.10.2003; SL 80/SP, rel. Nelson Jobim, DJ 19.10.2005; 56-AgR/DF, rel. Ellen Gracie, DJ 23.6.2006. Inexistindo no presente momento, portanto, lesão à ordem pública a autorizar a suspensão dos efeitos da tutela antecipada, entendo que o deferimento do pedido da requerente acarretaria dano irreparável ou de difícil reparação para os autores e agricultores que estão na posse pacífica das terras (STA 288, de minha relatoria, DJE, 05.12.2008). Nesse sentido, inclusive, já se manifestou este Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 38: "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. AÇÃO POPULAR. LIMINARES CONCEDIDAS EM AMBAS AS INSTÂNCIAS DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À SAÚDE, À SEGURANÇA OU À ECONOMIA. PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO. 1 - Ficou ressaltado na decisão agravada que as liminares impugnadas avaliaram, com base na ordem jurídica legal e constitucional, a necessidade da parcial e cautelar suspensão dos efeitos da Portaria nº 820/98 até a decisão final a ser proferida nos autos da ação popular ajuizada perante a Justiça Federal no Estado de Roraima. 2 - Ao contrário do que afirma o agravante, as liminares proferidas na primeira e na segunda instância da Justiça Federal não negaram vigência ao art. 231 da CF, porquanto tomadas com o propósito de evitar uma mudança radical e de difícil restabelecimento no atual estado de fato da região envolvida, num momento em que o ato administrativo em exame passa por um legítimo controle jurisdicional

> de legalidade, podendo estar presentes outros interesses igualmente resguardáveis pela ordem constitucional brasileira. Agravo regimental improvido." (SL-AgR 38, Ministra Ellen Gracie, DJ 17.9.2004) **Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão de tutela antecipada**. Publique-se. Brasília, 17 de junho de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente.
> (STA 282, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 17/06/2009, publicado em DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009)
>
> Decisão: vistos, etc. Trata-se de pedido, formulado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), de suspensão dos efeitos de liminar deferida nos autos da Ação Cautelar nº 0069286-17.2011.4.01.0000. 2. Argui a requerente que Francisco Lino de Paiva e outros ajuizaram a Ação Ordinária nº 2004.36.00.008794-2 "**para declarar a nulidade da demarcação da T.I. Kayabi, a qual havia sido declarada pelo Ministro de Estado da Justiça, através da Portaria nº 1.149, de 02 de outubro de 2002, como de ocupação tradicional dos Kayabi, Munduruku e Apiaká**". (…) Ora, no caso dos autos, parece estar-se diante de matéria constitucional, **uma vez que se discute o alcance constitucional da demarcação de terras indígenas, inclusive com referência expressa à decisão deste Supremo Tribunal Federal no caso da "Terra Indígena Raposa Serra do Sol". Competente, assim, este Supremo Tribunal Federal para a análise do pedido de suspensão. Também configurada, a meu ver, a grave lesão à ordem e economia públicas. É que a decisão impugnada acabou por paralisar todo o processo demarcatório, quando já mobilizados vultosos recursos materiais e humanos. Paralisação que importa no risco de acarretar sérios conflitos na área. Ademais, a "desmobilização dos efetivos e materiais envolvidos na demarcação da Terra Indígena Kayabi" certamente trará irreversível prejuízo ao erário.** 8. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da liminar deferida na Ação Cautelar nº 0069286-17.2011.4.01.0000 até o trânsito em julgado do processo principal (Ação Ordinária nº 2004.36.00.008794-2). Comunique-se. Intime-se. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2012. Ministro AYRES BRITTO Presidente Documento assinado digitalmente. (SS 4635, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) AYRES BRITTO, julgado em 28/06/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31/07/2012 PUBLIC 01/08/2012)

Não obstante as liminares deferidas e indeferidas, seja para suspender processos demarcatórios, seja para mantê-los ativos, todos sob o fundamento do precedente do caso Raposa Serra do Sol, não parece ser unânime no STF que as condicionantes possam ser interpretadas como um estatuto demarcatório apto a nortear julgamentos futuros.

Até mesmo porque, de um lado, tem-se decisão do Ministro Marco Aurélio, que assenta o cabimento de reclamação constitucional, mas não ante o efeito vinculante da decisão da Raposa, mas sim, em razão da produção de efeitos subjetivos universais da coisa julgada na hipótese de ação popular:

> DECISÃO RECLAMAÇÃO – CABIMENTO – AÇÃO POPULAR – EFICÁCIA – TERRAS INDÍGENAS – CONDICIONANTES – OBSERVÂNCIA – LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. O Gabinete

prestou as seguintes informações: O Município de Lábrea, no Estado do Amazonas, argui a inobservância do acórdão prolatado na Petição nº 3.388/RR, relator ministro Ayres Britto, pelo Juízo da 5ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Seção Judiciária de Rondônia – em razão da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2008.41.00.007474-1 –, pelo Presidente da Fundação Nacional do Índio – Funai e pela União. Segundo narra, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a Funai e a União buscando impelir os réus a promoverem nova demarcação dos limites da terra indígena Kaxarari. Sobreveio, então, sentença de procedência, em 4 de novembro de 2011, que implicou a determinação para que a Funai inicie e conclua processo de revisão e ampliação da referida reserva. Diz da edição da Portaria nº 407, de 13 de abril de 2012, pela Funai, que constituiu grupo técnico para a realização de estudos voltados ao cumprimento da sentença, estipulando ainda o prazo de 15 dias para o encerramento dos trabalhos. Aduz que o ato administrativo e a sentença mencionados afrontam a condicionante XVII, alínea "r", do acórdão formalizado na Petição nº 3.388/RR. Isso porque, no julgamento da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, o Plenário acolhera a sugestão do ministro Menezes Direito, no sentido de fixar parâmetros, denominados salvaguardas institucionais, para as demarcações presentes e futuras. A condicionante mencionada veda a ampliação de terra indígena já demarcada e constou expressamente do dispositivo do acórdão. Ressalta haver o primeiro procedimento de ampliação do território indígena Kaxarari se iniciado pela Portaria nº 332/1991 da Funai, culminando com a edição do Decreto de 13 de agosto de 1992, publicado no Diário Oficial do dia seguinte. Com o referido ato, a extensão territorial da reserva compreenderia 145.889 hectares, exclusivamente usufruídos por apenas 240 índios. Consoante argumenta, a tentativa de ampliar pela segunda vez os limites territoriais da aludida reserva indígena esbarra no que estabelecido pelo Supremo. Articula com o cabimento da reclamação, presente a eficácia maior do acórdão formalizado na Petição nº 3.388/RR, porquanto se tratava de ação popular, havendo a incidência do artigo 18 da Lei nº 4.717/1965. **Assevera que o pronunciamento foi dotado de efeito vinculante pelo Plenário, tendo em vista haver disciplinado o tema para casos futuros.** Alude à jurisprudência de Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, a qual observa, sem restrições, os parâmetros delineados no precedente alegadamente inobservado. Salienta que tanto a sentença quanto a portaria atacadas por meio da reclamação são posteriores à decisão do Supremo. Anota que, após o regular procedimento administrativo demarcatório, encerrado em 1992, somente por intermédio de ação desapropriatória seria possível ampliá-la. Postula o reconhecimento da coisa julgada administrativa. Alude ao prazo do artigo 54 da Lei nº 9.784/99 para o exercício do direito à autotutela, já transcorrido. Destaca que o artigo 231 da Carta fora observado na demarcação de 1992, sendo injustificável a nova demarcação. Sustenta violação aos princípios da segurança jurídica e boa-fé. Aponta, como precedentes, as liminares deferidas na Ação Cautelar nº 2.556 e na Ação Cível Originária nº 1.383, ambas da relatoria de Vossa Excelência. Diz da ofensa ao princípio da fidelidade à federação, estampado na Salvaguarda Institucional XIX do acórdão dito inobservado, a prever que os entes federados têm direito à participação no procedimento administrativo de terras indígenas encravadas nos respectivos territórios. Afirma que não houve a citação do município para participação nos processos, seja o administrativo ou o judicial, em franca violação ao artigo 5º, inciso LV, da Carta Federal e ao artigo 8º do Decreto nº 1.775/1996. Em reforço, assevera que a União, por intermédio de parecer elaborado pela Consultoria-Geral, tem relativizado as condicionantes previstas no acórdão paradigma. Tanto assim que a Funai iniciou a nova demarcação de outras 180 reservas, na maioria dos casos em favor de comunidades indígenas que já foram contempladas após o advento da Constituição Federal de 1988. Sob o ângulo do risco, alude ao fato de ser o Município da Lábrea composto por 37.701 habitantes, tendo a maior parte das receitas tributárias advindas da atividade agropecuária desenvolvida.

Ressalta envolvidos pequenos produtores rurais, todos com títulos de propriedade da década de 1970. Sustenta que a ampliação da reserva indígena poderá inviabilizar completamente as atividades municipais bem como ensejar graves conflitos na região. Postula a suspensão dos efeitos jurídicos da Portaria nº 407/2012 da Funai e da sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Seção Judiciária de Rondônia na Ação Civil Pública nº 2008.41.00.007471-1. Requer, ainda, a suspensão de todos os processos administrativo-demarcatórios que envolvam a ampliação de terras indígenas já demarcadas. No mérito, busca a cassação dos referidos atos. O processo encontra-se concluso para apreciação do pedido de medida acauteladora. 2. **Surge a problemática do cabimento da reclamação, presente não o efeito vinculante, mas a eficácia, contra todos, da coisa julgada, consoante o artigo 18 da Lei nº 4.717/1965, que dispõe: [...] Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. [...] O preceito é observável no caso do pronunciamento alusivo à Petição nº 3.388/RR, da relatoria do ministro Ayres Britto, porquanto tratava-se de ação popular. No dispositivo do acórdão, além de assentada a improcedência do pedido por razões de mérito, partiu-se para o estabelecimento de condições a serem consideradas em futuras demarcações de terras indígenas, presentes os inúmeros conflitos a envolver o tema.** A adoção da técnica pelo Supremo foi assim consignada na ementa: […] 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão. […] Do voto do saudoso ministro Menezes Direito, colho o seguinte trecho, que bem elucida o propósito do Tribunal ao formular as referidas cláusulas: […] A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo de explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance. Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras: [...] (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada. [...] **O quadro jurídico revela a opção do Supremo pela inadmissão de novas demarcações de terras indígenas após o encerramento de regular processo administrativo voltado a tal finalidade. Embora o tenha feito em ação subjetiva – na qual figuraram como partes tanto a União como a Fundação Nacional do Índio, saliente-se, que, só por isso, devem obediência ao que consignado –, o acórdão foi dotado de eficácia contra todos, conforme o mencionado artigo 18 da Lei nº 4.717/1965. Diante desse quadro, surgindo o descumprimento da decisão, mostra-se possível que qualquer interessado suscite a ofensa à autoridade do julgado do Tribunal, consoante preconiza o artigo 102, inciso I, alínea "l", da Carta Federal**: [...] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...] Assentado o cabimento da reclamação constitucional – não ante o efeito vinculante, mas a produção de efeitos subjetivos universais da coisa julgada –, passo a analisar o pedido de medida acauteladora. Da sentença em que se determinou a instauração de novo processo demarcatório, a ser empreendido pela Fundação Nacional do Índio,

> destaco esta passagem: [...] Pois bem. O primeiro Decreto homologatório da demarcação da Terra Indígena Kaxarari data de 06 de agosto de 1986 (fl. 68), declarando que as terras ali indicadas eram de ocupação dos indígenas Kaxarari, e que a área deveria ser demarcada pela FUNAI. Em 13 de agosto de 1992, foi assinado novo Decreto pelo Presidente da República (fl. 69), homologando a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelo Povo Indígena Kaxarari, com área de 145.889,9849 hectares, sendo 48.647,8588 hectares no Estado de Rondônia e 97.204,1504 hectares no Estado do Amazonas. (…) Por mais que a FUNAI afirme que vem procurando resolver a situação da Terra Indígena Kaxarari, informando até que já houve uma revisão da área inicialmente demarcada, e que só não procedeu a uma nova demarcação em virtude de não dispor de recursos econômicos, financeiros e humanos, a autarquia não deixando claro quando o pleito poderá ser atendido, pois a promessa de que entraria no cronograma dos anos 2008/2008 há muito deixou de ser cumprida. [...] Como se vê, ficou determinado o início da terceira demarcação das terras pertencentes aos índios Kaxarari, sob o fundamento de que, no processo anterior, não haviam sido considerados todos os elementos obrigatórios. Foi precisamente com o escopo de evitar a perpetuação e a multiplicação de conflitos fundiários decorrentes da incidência do artigo 231, § 6º, da Carta Federal que o Supremo adotou o parâmetro mencionado. Nesse passo, a inobservância ao que estabelecido afronta a ordem jurídico-constitucional, bem como tem o condão de perpetuar controvérsias que já deveriam estar pacificadas. No mais, mostra-se evidente a insegurança jurídica gerada pela atuação do grupo administrativo instaurado pela Fundação Nacional do Índio, destinado a viabilizar a nova demarcação de terras dos índios Kaxarari. Além do potencial risco de conflito fundiário entre índios e produtores rurais, existe inegável prejuízo aos investimentos em atividades produtivas praticadas há décadas, à ordem no território e às finanças do ente federativo reclamante. 3. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida acauteladora para afastar os efeitos da Portaria nº 407/2012 da Funai e da sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Seção Judiciária de Rondônia na Ação Civil Pública nº 2008.41.00.007471-1. Determino, ainda, sejam os referidos processos – administrativo e judicial – suspensos até a decisão definitiva do Supremo, fazendo-o com fundamento no inciso II do artigo 14 da Lei nº 8.038/1990. 4. Solicitem informações aos reclamados. Com a vinda, ou o decurso do prazo sem manifestação, remetam o processo ao Procurador-Geral da República. 5. Publiquem. Brasília, 21 de setembro de 2012. Ministro MARCO AURÉLIO Relator
> (Rcl 14473 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/09/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 26/09/2012 PUBLIC 27/09/2012)

Mas, por outro, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu decisão no sentido de que o acórdão prolatado na PET 3388/RR apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, não podendo, por isso mesmo, ter sua autoridade afrontada por atos e decisões que digam respeito a qualquer outra área indígena demarcada. Justificou sua postura na premissa de que não houve no acórdão da PET 3388/RR o expresso estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo que seria próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares:

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Município de Amarante do Maranhão/MA, em que se alega desrespeito à autoridade do acórdão prolatado pelo Plenário desta Corte no julgamento da Petição 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, por parte de sentença proferida, em 29/2/2012, pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do Processo 0016759-73.2011.4.01.3400. A decisão ora impugnada, ao denegar mandado de segurança impetrado pela municipalidade reclamante, **afastou a alegação de nulidade das Portarias 677/2008 e 1.437/2010, da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, que haviam determinado a constituição de grupos técnicos para a realização de estudos necessários à verificação de eventual equívoco na delimitação – e, por conseguinte, da necessidade de ampliação – da área da Terra Indígena Governador, demarcada em 1982.** O reclamante sustenta, em síntese, que a sentença reclamada, ao admitir o prosseguimento de estudos técnicos que visam à ampliação de reserva indígena já demarcada e homologada mediante o acréscimo de área não ocupada por índios em 1988, teria contrariado a decisão tomada por esta Corte na Petição 3.388/RR, que, na apreciação do caso concreto, reiterou a existência de um marco temporal – 5/10/1988 – para a aferição da ocupação territorial por uma determinada etnia indígena e impôs, como salvaguarda institucional da constitucionalidade daquele procedimento demarcatório, a vedação à ampliação da terra indígena já demarcada. Requer a suspensão liminar do processo administrativo de ampliação da Reserva Indígena Governador até o julgamento final desta Reclamação e, no mérito, a sua integral anulação. É o relatório necessário. Decido. **Bem examinados os autos, constato a manifesta inadmissibilidade desta ação reclamatória. Como visto, a reclamação ora em exame aponta o descumprimento do acórdão proferido na Petição 3.388/RR, feito em que o Plenário desta Corte, ao julgar parcialmente procedente pedido formulado em ação popular, declarou, especificamente, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e de seu respectivo procedimento administrativo-demarcatório, desde que observadas dezenove condições ou salvaguardas institucionais, inseridas na parte dispositiva da decisão com o intuito de conferir, segundo consta expressamente da ementa do julgado, um "maior teor de operacionalidade ao acórdão"**. Originalmente trazidas a lume no voto-vista proferido pelo Ministro Menezes Direto, essas condições foram incorporadas ao voto do Relator, Ministro Ayres Britto, conforme exposto no pronunciamento a seguir transcrito: "Senhor Presidente, quero apenas confirmar com ajuste o meu voto, dizendo o seguinte - peço vênia ao Ministro Cezar Peluso para falar de logo -: o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no seu magnífico voto, usou de uma técnica de decidibilidade ou de uma formatação decisória que me pareceu, num primeiro momento, estranha, mas, refletindo melhor, pela importância da causa, eu acho que compreendi perfeitamente a intenção louvabilíssima de Sua Excelência que foi traçar as diretivas para a própria execução desta nossa decisão por parte da União. Então, Sua Excelência transformou fundamentos, transplantou uma parte dos fundamentos para a disposição, para a parte dispositiva da decisão. E pareceu-me uma técnica interessante, inovadora que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa. Não tenho motivos para deixar de aderir a essa proposta de formatação decisória, até porque, se formos percentualizar as coincidências dos nossos votos, beiraremos os cem por cento dos fundamentos, embora com palavras e fontes de pesquisa diferentes. Faço o ajuste, Senhor Presidente, com todo o conforto intelectual" (grifos meus). Observo, portanto, que **o acórdão invocado nas razões desta reclamação apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, não podendo, por isso mesmo, ter sua autoridade afrontada por atos e decisões que digam**

respeito a qualquer outra área indígena demarcada, como é o caso narrado nos autos. Isso porque não houve no acórdão que se alega descumprido o expresso estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares. Não foi por outra razão que o Ministro Ayres Britto, Relator da Pet 3.388/RR, asseverou, ao censurar o cabimento de reclamação análoga a que ora se examina (Rcl 8.070/MS), que "ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas, nem se iguala a uma súmula vinculante". Destaco, ainda, que o Ministro Cezar Peluso ressaltou em seu voto na Pet 3.388/RR que aquele julgamento representava "autêntico caso-padrão, ou leading case", cujos enunciados propostos deixariam claro o pensamento da Corte a respeito do tema enfrentado. Todavia, conforme ressaltado pela Ministra Cármen Lúcia ao negar seguimento à Rcl 4.708/GO, as consequências vinculantes do leading case, próprias do sistema do Common Law, não se aplicam, a priori, ao nosso sistema jurídico, uma vez que "o papel de fonte do direito que o precedente tem, naquele, não é desempenhado pelo precedente no direito brasileiro, salvo nos casos constitucional ou legalmente previstos, como se dá com as ações constitucionais para o controle abstrato". Concluiu, então, a Ministra Cármen Lúcia ressaltando que "o precedente serve, no sistema brasileiro, apenas como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame. É ponto de partida, não é ponto de chegada". Por fim, recordo que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo ou substitutivo de recurso, ajuizada diretamente no órgão máximo do Poder Judiciário. Veja-se que contra a sentença judicial ora contestada o reclamante já interpôs, regularmente, recurso de apelação, que será oportunamente apreciado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Isso posto, nego seguimento a esta reclamação (RISTF, art. 21, § 1º), ficando prejudicado, por conseguinte, o exame do pedido de liminar. Arquivem-se os autos. Publique-se. Brasília, 23 de maio de 2012. Ministro Ricardo Lewandowski Relator. (Rcl 13769, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 23/05/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25/05/2012 PUBLIC 28/05/2012)

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta por Lindomar Antônio Lembranci, Edmar Gilberto Lembrance, Arnaldo Jorge Lembrance, Pedro Paulo Lembrance, Antônio Vitor Lembrance, Nildo Lembrance Júnior, Edinaide Aparecida Lembrance e Anna Maria lembranci, em que se alega desrespeito à autoridade do acórdão prolatado pelo Plenário desta Corte no julgamento da Petição 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, por parte da União e da Fundação Nacional do Índio – FUNAI. **O objeto da insurgência dos reclamantes, proprietários da área denominada "Fazenda Lembrança II", consiste na "decisão da Presidente da Fundação Nacional do Índio – FUNAI que desrespeita expressa disposição contida no Acórdão do julgamento da Petição nº 3388/RR – Terra Indígena Raposa Serra do Sol – mais especificamente o conteúdo das condicionantes xvii e xix daquele julgado – onde se consignou que tanto 'é vedada a ampliação de área indígena já demarcada', quanto 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'".** Narram que, muito embora a chamada "Terra Indígena Barra Velha" tenha sido demarcada pela FUNAI em 1991 (Decreto Federal 396/1991), foi requerida ao mencionado órgão a implementação de processo administrativo visando à ampliação da área anteriormente delimitada, de 8.627,4590ha para 52.000ha. Sustentam, em síntese, que, não obstante a existência de Parecer da Advocacia-Geral da União (Parecer AGU/SRG-01/2009) - que reconheceu a "impossibilidade jurídica de continuidade do processo administrativo da Revisão

da Terra Indígena de Barra Velha" - o prosseguimento de tal procedimento, no qual se objetiva a ampliação de reserva indígena já demarcada, teria contrariado a decisão tomada por esta Corte na Petição 3.388/RR, que, na apreciação do caso concreto, reiterou a existência de um marco temporal – 5/10/1988 – para a aferição da ocupação territorial por uma determinada etnia indígena e impôs, como salvaguarda institucional da constitucionalidade daquele procedimento demarcatório, a vedação à ampliação da terra indígena já demarcada. Requerem, pois, a suspensão liminar do processo administrativo de ampliação da Terra Indígena Barra Velha (processo administrativo FUNAI/BSB/2556/82) até o julgamento final desta Reclamação e, no mérito, o seu arquivamento. É o relatório necessário. Decido. Bem examinados os autos, **constato a manifesta inadmissibilidade desta ação reclamatória. Como visto, a reclamação ora em exame aponta o descumprimento do acórdão proferido na Petição 3.388/RR, feito em que o Plenário desta Corte, ao julgar parcialmente procedente pedido formulado em ação popular, declarou, especificamente, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e de seu respectivo procedimento administrativo-demarcatório, desde que observadas dezenove condições ou salvaguardas institucionais, inseridas na parte dispositiva da decisão com o intuito de conferir, segundo consta expressamente da ementa do julgado, um "maior teor de operacionalidade ao acórdão"**. Originalmente trazidas a lume no voto-vista proferido pelo Ministro Menezes Direto, essas condições foram incorporadas ao voto do Relator, Ministro Ayres Britto, conforme exposto no pronunciamento a seguir transcrito: "Senhor Presidente, quero apenas confirmar com ajuste o meu voto, dizendo o seguinte - peço vênia ao Ministro Cezar Peluso para falar de logo -: o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no seu magnífico voto, usou de uma técnica de decidibilidade ou de uma formatação decisória que me pareceu, num primeiro momento, estranha, mas, refletindo melhor, pela importância da causa, eu acho que compreendi perfeitamente a intenção louvabilíssima de Sua Excelência que foi **traçar as diretivas para a própria execução desta nossa decisão por parte da União**. Então, Sua Excelência transformou fundamentos, transplantou uma parte dos fundamentos para a disposição, para a parte dispositiva da decisão. E pareceu-me uma técnica interessante, inovadora que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa. Não tenho motivos para deixar de aderir a essa proposta de formatação decisória, até porque, se formos percentualizar as coincidências dos nossos votos, beiraremos os cem por cento dos fundamentos, embora com palavras e fontes de pesquisa diferentes. Faço o ajuste, Senhor Presidente, com todo o conforto intelectual" (grifos meus). Observo, portanto, que **o acórdão invocado nas razões desta reclamação apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, não podendo, por isso mesmo, ter sua autoridade afrontada por atos e decisões que digam respeito a qualquer outra área indígena demarcada, como é o caso narrado nos autos. Isso porque não houve no acórdão que se alega descumprido o expresso estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares.** Não foi por outra razão que o Ministro Ayres Britto, Relator da Pet 3.388/RR, asseverou, ao censurar o cabimento de reclamação análoga a que ora se examina (Rcl 8.070/MS), que "ação popular não é meio processual de controle abstrato de normas, nem se iguala a uma súmula vinculante". Destaco, ainda, que o Ministro Cezar Peluso ressaltou em seu voto na Pet 3.388/RR que aquele julgamento representava "autêntico caso-padrão, ou leading case", cujos enunciados propostos deixariam claro o pensamento da Corte a respeito do tema enfrentado. **Todavia, conforme ressaltado pela Ministra Cármen Lúcia ao negar seguimento à Rcl 4.708/GO, as consequências vinculantes do leading case,**

> **próprias do sistema do Common Law, não se aplicam, a priori, ao nosso sistema jurídico, uma vez que "o papel de fonte do direito que o precedente tem, naquele, não é desempenhado pelo precedente no direito brasileiro, salvo nos casos constitucional ou legalmente previstos, como se dá com as ações constitucionais para o controle abstrato"**. Concluiu, então, a Ministra Cármen Lúcia ressaltando que "o precedente serve, no sistema brasileiro, apenas como **elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame**. **É ponto de partida, não é ponto de chegada"**. Por fim, recordo que a irresignação exposta nos autos poderá ser levada à instância judicial competente, por intermédio dos instrumentos processuais adequados, não sendo possível, entretanto, em face da via eleita, a apreciação direta pelo órgão máximo do Poder Judiciário. Isso posto, nego seguimento a esta reclamação (RISTF, art. 21, § 1º), ficando prejudicado, por conseguinte, o exame do pedido de liminar. Publique-se. Arquivem-se. Brasília, 13 de dezembro de 2012. Ministro Ricardo Lewandowski Relator
> (Rcl 15051, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/12/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 17/12/2012 PUBLIC 18/12/2012)

Em razão dessas divergências, muitos questionamentos surgiram, mas o STF, por seu colegiado, ainda não se posicionou sobre o assunto.

Todavia, tendo em vista as limitações ao usufruto indígena impostas pelas salvaguardas, conforme visto no tópico anterior, qualquer interpretação do STF, no sentido de conferir a elas a natureza do estatuto demarcatório indígena, contraria o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, sendo certo que se coaduna muito mais com o seu múnus entendê-las como meros parâmetros para a exequibilidade do julgado da PET 3388/RR.

Os ânimos ficaram acirrados quando a AGU resolveu publicar a Portaria N°303, em 17 de julho de 2012, que, a pretexto de homogenizar o entendimento dos organismos do governo no que tange à aplicação das condicionantes da PET 3388/RR, impôs uma leitura da legislação indigenista que, segundo os ativistas, estaria em contradição com os interesses indígenas, com os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna de 1988 e com as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário:

> PORTARIA Nº 303, DE 16 DE JULHO DE 2012
> Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR.
> O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado, resolve:

Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima, na forma das condicionantes abaixo:
"(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar".
"(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional".
"(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da Lei".
"(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira".
"(V) 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 das 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".
"(VI) 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".
"(VII) 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 educação".
"(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade".
"(IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI".
"(X) o 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".
"(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI".
"(XII) 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".
"(XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não".
"(XIV) 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 nº 6.001/1973)".
"(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos,

> assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º. Lei nº 6.001/1973)".
> "(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo à cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e ou outros".
> "(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada".
> "(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231,§ 4º, CR/88)".
> "(XIX) 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".
> Art. 2º. Os procedimentos em curso que estejam em desacordo com as condicionantes indicadas no art. 1º serão revistos no prazo de cento e vinte dias, contado da data da publicação desta Portaria.
> Art. 3º. Os procedimentos finalizados serão revisados e adequados a presente Portaria.
> Art. 4º. O procedimento relativo à condicionante XVII, no que se refere à vedação de ampliação de terra indígena mediante revisão de demarcação concluída, não se aplica aos casos de vício insanável ou de nulidade absoluta.
> Art. 5°. O procedimento relativo à condicionante XIX é aquele fixado por portaria do Ministro de Estado da Justiça.
> Art. 6º. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.
> LUIS INACIO LUCENA ADAMS

Como pode ser verificado, a referida portaria, que serve como diretriz para os órgãos federais, reproduziu as condicionantes da decisão do STF sobre o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, a portaria "contém evidentes inconstitucionalidades e ilegalidades, pretendendo revogar dispositivos constitucionais relativos aos direitos dos índios, além de afrontar disposições legais".[306]

De igual modo se manifestou José Afonso da Silva, para quem a Portaria nº 303 é inconstitucional.

Para o jurista

> A decisão do Supremo diz respeito a um caso específico. Não criou jurisprudência geral coisa nenhuma. Pode ser que, no futuro, o STF afirme alguma outra coisa, mas, até lá, um caso único e específico pode até criar um precedente, mas não uma jurisprudência. O que a AGU está fazendo é, a partir da sua própria interpretação do que os ministros decidiram em 2009, estender para todas os outros casos a decisão. [307]

306 *Advocacia e ilegalidade anti-índio*. Jornal do Brasil. <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2012/07/27/advocacia-e-ilegalidade-anti-indio/> Em 27/07/2012, às 5h38 - Atualizada em 01/08/2012 às 09h37.

307 Em entrevista concedida ao jornal Agência do Brasil. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-07-20/condicoes-do-stf-sobre-raposa-serra-do-sol-sao-alvo-de-questionamentos-que-atingem-portaria-da-agu> Acessado em 18 de janeiro de 2013, às 8h40.

Prossegue afirmando que, com a portaria, a AGU contraria alguns aspectos já devidamente definidos na Constituição Federal, como no caso da tentativa de delimitar de quais recursos naturais existentes nos territórios indígenas os índios podem usufruir com exclusividade. Aponta que "isso não é função da AGU, cuja portaria não tem poder de regular nada disso e muito menos de determinar que os processos [demarcatórios] já finalizados sejam revistos e adequados [conforme estabelece o Artigo 3º da portaria].

A portaria foi publicada em julho e, logo em seguida, diante da polêmica que se instalou, foi suspensa por 60 dias. Após mais protestos das populações indígenas e da Funai, no dia 17 de setembro de 2012, o Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, publicou a Portaria n° 415, sobrestando a Portaria n° 303 por prazo indeterminado, no aguardo da decisão do STF sobre os embargos de declaração opostos na PET 3388/RR.

A partir daí, diversas entidades se manifestaram a respeito, mas as incertezas sobre as novas delimitações que os direitos constitucionais indígenas podem assumir permanecerão, pelo menos, até o julgamento dos seis embargos de declaração opostos contra a decisão em pauta, ocasião em que o STF terá a chance de se manifestar acerca de todas as controvérsias aqui trabalhadas.

CONCLUSÃO

Conforme tem-se sustentado desde o início do trabalho, tratar dos direitos indígenas, especialmente na seara jurídica, nunca foi tarefa simples. Os grandes conflitos de interesses agregados ao tema inviabilizam, muitas vezes, uma compreensão adequada sobre esses direitos e, consequentemente, obstam a sua efetivação.

Por muitos anos os povos indígenas foram esquecidos, especialmente porque o povo sempre se ligou ao Estado pelo conceito de cidadania, baseando-se de modo rígido nos direitos e obrigações iguais de todas as pessoas, o que pressupõe lealdade do povo para com o Estado, mas sem que este reconheça quaisquer distinções de cultura ou de tradição.

A proteção jurídica destinada aos povos indígenas, bem como os direitos de toda a sociedade, sofreram com a insinceridade constitucional estabelecida por anos, especialmente quando instalados regimes não democráticos no Brasil.

Todavia, os movimentos estabelecidos em prol da reabertura democrática viabilizaram um novo olhar para o futuro, tanto com relação às minorias, quanto em relação aos compromissos assumidos pelo Estado perante à população em geral.

Nesse contexto, pôde-se extrair do presente trabalho, pelo menos duas mudanças paradigmáticas que ocorrem no período e que foram pontos de partida para os estudos aqui propostos: a transição do olhar integracionista perante os povos indígenas para o reconhecimento do direito à alteridade; e, o desenvolvimento da doutrina brasileira da efetividade, cujo objetivo foi tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Como se viu, a partir do movimento brasileiro da efetividade, no plano jurídico, passou-se a atribuir normatividade plena à Constituição, tornando-a fonte de direitos e obrigações, independentemente da intermediação do legislador.; no plano científico, um objeto próprio e autônomo foi reconhecido ao direito constitucional, separando-o do discurso exclusivamente político ou sociológico; sob o aspecto institucional, fomentou-se a ascensão do Poder Judiciário no país, concedendo-lhe um papel mais relevante na efetivação dos valores e dos direitos constitucionais.

Esse processo teve fundamental importância para esta pesquisa, pois, a atribuição de normatividade plena à Constituição vem à calhar quando se está prestes a

testemunhar a promulgação do documento jurídico que mais se inclinou à proteção das comunidades indígenas, sistematizando normas que pudessem efetivamente proteger seus direitos e interesses: a Constituição Federal de 1988.

Acrescente-se a tal fato, que, paralelamente a esses acontecimentos, no intuito de se garantir a supremacia constitucional, muitos estudos evoluíram no sentido de afirmar a necessidade de uma atuação mais efetiva e eficiente da justiça constitucional, por meio de seu órgão máximo, o Tribunal Constitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal afirmou-se como órgão adequado para atuar como Justiça Constitucional (apesar de existirem controvérsias), tendo em vista que tem sido o centro político-jurídico dos grandes acontecimentos nacionais. Ademais, assumiu-se como defensor dos direitos e garantias fundamentais, apesar de toda sorte de dificuldades sociais, culturais e políticas.

Nesse contexto, pôde-se verificar que, se de um lado o Brasil passava a contar com uma Constituição dotada de força normativa, que contemplasse os direitos indígenas como nunca visto antes na história; do outro, dentre seus poderes constituídos, um se sobressaiu para garantir a essa Constituição a supremacia necessária para ser concretizada: o Poder Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, importante se faz relembrar o conteúdo e a abrangência dos direitos constitucionais indígenas para que, então, possa-se tecer as considerações finais o trabalho.

Com o advento da Constituição Federal, dotada de força normativa, os indígenas deixaram de ser considerados uma simples massa de manobra social do Estado político, para que, progressivamente, representassem um coletivo autônomo, capaz de determinar e co-determinar seu próprio destino.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 dedicou aos índios um capítulo próprio, o que não exclui os direitos individuais e coletivos previstos em todo o seu corpo, inerentes a todas as pessoas: Capítulo VIII, denominada “Dos Índios”, inserto no Título VIII – Da Ordem Social, o qual possui como objetivo “o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193 CF). Apesar de esse capítulo possuir apenas dois artigos, há no texto constitucional mais nove artigos que se referem a alguma situação jurídica dos povos indígenas.

Inaugurando a proteção à minoria indígena, o art. 231 reconhece ao

índio sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, de tal forma que cabe à União a obrigação de protegê-los e fazer respeitá-los. Mas, o principal ponto da normatização jurídica em referência aos índios, contido na CF/88, está no tratamento dispensado às terras por eles ocupadas, pois o livre acesso dos índios ao seu *habitat* é condição necessária para a concretização dos demais direitos indígenas, entre os quais o de permanecerem com suas características culturais.

José Afonso da Silva leciona nesse sentido, ao afirmar que a questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Com efeito, segundo o autor, não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles ocupadas .

Ocorre que, para o reconhecimento da terra como tradicionalmente indígena, não se exige que os índios estejam lá desde os tempos primórdios. Aliás, até mesmo diante da situação de expulsão dos índios por terceiros, das terras que ocupavam, ainda resiste a possibilidade de considerar tal terra como permanente[308], conforme a previsão contida no §4º da CF. O citado artigo prevê a imprescritibilidade do direito do indígena sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente. Assim, seus direitos à terra permanecem intactos mesmo que tenha decorrido muito tempo desde a expulsão[309].

Assim, constatou-se no decorrer do trabalho que a posse tradicional da terra pelos índios gera duas consequências jurídicas previstas na CF: garantia da posse futura e o direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios, dos lagos nelas existentes (parte final do §2º).

A garantia da posse futura se dá pelo fato de que os direitos dos índios sobre suas terras é originário, ou seja existem pelo simples fato dos índios lá habitarem. Isso implica dizer que a demarcação não é um ato constitutivo da posse, mas tão somente declarativo dela.

Não obstante, o que se tem verificado é que, enquanto as terras tradicionais não são demarcadas, elas são consideradas, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelos demais poderes, como "supostas" terras indígenas, o que dificulta sobremaneira a autonomia indígena sobre seus territórios e o exercício de seus direitos constitucionais.

Eis a importância da demarcação das terras indígenas na atualidade.

A fim de que os direitos constitucionais indígenas pudessem ser

308 *Id., Ibid.,* p. 235/6
309 *Id., Ibid.,* p. 235-243

analisados no caso concreto, mediante diálogo constante com a doutrina especializada, encabeçada pelos professores Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Manuela Carneiro da Cunha, dentre outros, elegeu-se um julgamento considerado paradigma sobre a questão indígena: a ação popular que questionou a demarcação das terras indígenas da Raposa Serra do Sol, localizadas no Estado de Roraima (PET 3388/RR).

São as conclusões obtidas através dessa análise é se expõem a seguir.

Inicialmente, cumpre-se relembrar que o julgamento do caso Raposa Serra do Sol detém algumas peculiaridades: o voto do relator, apesar de vencedor, foi incrementado por algumas salvaguardas sugeridas pelo Ministro Menezes Direito e, acatadas por maioria pelos Ministros da Corte. Por isso, a análise do julgado foi realizada de forma separada: acórdão e salvaguardas.

Com relação ao acórdão prolatado pelo STF, que traduz o voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto, pôde-se concluir, no presente estudo, que, apesar de algumas dissonâncias com a doutrina, o julgado protegeu os direitos fundamentais dos índios à terra, a medida em que manteve a demarcação em área continua, reconhecendo-a como modelo insculpido na Constituição Federal.

Não obstante, ao estabelecer um marco temporal para as demarcações, Britto mitigou o importante instituto do indigenato que, a partir dos trabalhos de Mendes Junior, foi tomado como fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas (não é por acaso que a Constituição Federal reconhece os direitos territoriais indígenas como direitos originários). Muito embora a natureza originária desses direitos tenha sido afirmada e reafirmada no voto ora estudado, o fato da posse, para o STF, deve datar de 05 de outubro de 1988. Caso isso não ocorra, não há que se falar em demarcação.

Ocorre que, teoricamente, não se tem como vislumbrar se essa inovação trará consequências negativas para a proteção dos direitos indígenas. Contudo, na prática, já nos primeiros anos após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, inúmeras portarias que determinavam diversas demarcações em terras indígenas no Brasil foram sobrestadas por desdobramentos desse fundamento. Portanto, ainda que a teoria propriamente dita não traduza restrição de direitos fundamentais, a forma como vem sendo manipulada acarreta fragilidade em sua proteção.

Já no que se refere às salvaguardas, concluiu-se que algumas apenas reproduziram preceitos constitucionais; outras limitaram o usufruto indígena a partir de

interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais; ao passo que suas inovaram o ordenamento jurídico, desprotegendo os direitos constitucionais indígenas.

Reproduzindo preceitos constitucionais tem-se as diretrizes n. I, II, III, IV, XIV, XV, XVI e XVIII.

Merece comentário as de n. III e IV, de acordo com as quais "o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei"; e o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira".

Isso porque, no que tange à condição n. III, pôde-se verificar que, em se tratando de pesquisa e lavra das riquezas minerais em terras indígenas, além dos requisitos expressos na diretriz, é de se exigir mais um: a oitiva das comunidades indígenas afetadas e a participação na lavra, tanto com fundamento no art. 231, §3°, da CF/88, quanto por força do artigo 6° da OIT, devidamente incorporadas no ordenamento brasileiro.

Ademais, no que se refere à condição n. IV, verificou-se que existe uma divergência quanto à possibilidade de os índios precisarem de permissão para a garimpagem e faiscação. Nesse aspecto, para inúmeros constitucionalistas, a exemplo de José Afonso da Silva[310], a restrição para a garimpagem e faiscação estaria ressalvada, evidentemente, a atividade garimpeira dos próprios índios. No mesmo sentido dispõe o Estatuto do Índio (Lei 6001/73).

A salvaguarda, todavia, exige que os índios obtenham a permissão para a lavra garimpeira para poderem garimpar ou faiscar. Ao que tudo indica, o STF adotou uma segunda corrente, segundo a qual o Estatuto do Índio, nessa parte, não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988.

Limitando o usufruto indígena mediante interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais estariam as diretrizes n. V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII e XIII. Todas abordam a temática de sobreposição de regimes jurídicos, seja por que a terra indígena Raposa Serra do Sol coincida em parte com área de fronteira, seja porque coincida em parte com o Parque Nacional do Monte Roraima.

As condicionantes que buscam interpretar o tratamento jurídico a ser dispensado em áreas em que houver sobreposição de terra indígena com área de fronteira findam por sobrepor a política de defesa nacional aos interesses das comunidades

310 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 872

indígenas, especialmente as de n. V e VI.

Assim ocorre porque ambas permitem interferência direta da União nas terras indígenas, na sua organização social, costumes, línguas, crenças e/ou tradições, ou até mesmo para que prejudique a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e reprodução física, tudo sem que seja respeitado o direito à consulta das populações indígenas, desrespeitando o artigo 6° da OIT, devidamente incorporadas no ordenamento brasileiro.

Ademais, da condicionante n. V extrai-se parte da doutrina defende que, no caso das terras indígenas situadas em faixa de fronteira, não haveria nenhum motivo para a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, pois todos os critérios e condições de utilização dessas áreas já teriam sido estabelecidos na própria Constituição. Nesse sentido, a Constituição, ao estabelecer o usufruto exclusivo dos indígenas nas suas terras, não abriria espaço para qualquer proposta do CDN.

Todavia, no julgamento da PET 3388, Menezes Direito não compreendeu dessa forma. Pelo contrário, firmou o posicionamento de que, o constituinte, ao dispor sobre a faixa de fronteira e sobre a opinativa do CDN, não distinguiu a hipótese de haver outras afetações. Prosseguiu, afirmando que, por isso, não haveria como considerar que as terras indígenas estariam excluídas do tratamento dado às faixas de fronteira. E que, se assim fosse, estar-se-ia radicalizando a aplicação do art. 231 em detrimento dos demais.

Por isso, entendeu cabível afirmar que, em princípio, não havendo ressalvas por parte da Constituição, não seria cabível diferenciar as terras indígenas de outras áreas no que se refere às restrições e peculiaridades da faixa de fronteira. Concluiu, portanto, que o Conselho de Defesa Nacional, nos termos da Constituição Federal, teria que participar do procedimento de demarcação em caráter opinativo.

No que tange à salvaguarda n. VII, pôde-se verificar novamente omissão quanto ao direitos de consulta das populações indígenas, não obstante o relator ter consagrado em seu voto a necessidade de participação dos índios e das comunidades na instalação de equipamentos e obras.

As condicionantes n. VIII, IX, X, XI, XII e XIII tratam da sobreposição de terra indígena e unidade de conservação.

Extrai-se, pois, da mera leitura das condicionantes, que as salvaguardas VIII e IX atribuíram prioridade à tutela do meio ambiente, em detrimento dos direitos das

comunidades indígenas; já as diretrizes X e XI violaram, mais uma vez, o direito à consulta dos povos indígenas.

Por fim, as condicionantes n. XVII e IX inovaram o ordenamento jurídico, restringindo os direitos constitucionais indígenas.

A salvaguarda n. XVII veda a ampliação da terra indígena já demarcada

De acordo com o Ministro Menezes Direito, esta salvaguarda foi elaborada pelo bem da segurança jurídica, pois busca evitar que a demarcação gere consequências gravosas, inclusive para aqueles que, uma vez feita e executada a demarcação, possam adquirir direitos em virtude dela.

Portanto, conclui-se que o STF, em nome da segurança jurídica, privilegiou a propriedade em detrimento da vida dos povos indígenas. Vedar a ampliação da terra indígena já demarcada implica dizer que, uma vez homologada a área da terra indígena, esta não poderá mais ser revisada. Tem-se uma preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados.

Acrescente-se que a referida salvaguarda não pode ser entendida como regra inviabilizadora da ampliação das terras indígenas, pois existem outras formas que não a demarcação, para se alcançar tal fim, como nas hipóteses dos arts. 32 e 39, III, da Lei 6.001/73.

Já a salvaguarda n. XIX exige a participação dos entes federativos no processo administrativo de demarcação de terra indígena.

Quanto a este aspecto, pôde-se constatar que os ministros se manifestaram pela validade da demarcação indígena Raposa Serra do Sol, por ter ela observado os trâmites legais e, neste aspecto, ter sido amplamente discutida pelos entes federativos envolvidos e comunidades indígenas, nos moldes legais. Não obstante, suscitaram insuficiência da norma. Decidiram, pois, suprir tal insuficiência com a condicionante ora analisada.

Ora, desde o início do processo demarcatório até 90 dias da publicação do resumo do relatório nos Diários Oficiais da União e do Estado, podem os interessados apresentar contestações, as quais também serão analisadas pelo pessoal técnico da FUNAI, podendo o seu presidente optar pelo reestudo da área proposta ou pela sua confirmação, dando-se então continuidade ao procedimento. Ao que tudo indica, aos olhos do da maioria dos Ministros, essa transparência não é suficiente, devendo os entes federados participar

ativamente do processo, com comissões e etc.

Na hipótese, o que justificaria a tomada de decisão seria a proteção do princípio federativo. Mas, diante da atual regulamentação, questiona-se se o referido princípio estaria sendo violado. Até mesmo porque, se assim o fosse, o resultado do julgamento certamente seria outro. Conclui-se, portanto, que essa participação ativa traduzir-se-á, no caso concreto, em verdadeira procrastinação para a finalização do processo de demarcação e, via de consequência, de efetivação dos direitos constitucionais indígenas.

De mais a mais, viu-se que, diante da importância e visibilidade do tema e da ação popular, os ministros do STF manifestaram em vários momentos a vontade de que a decisão da Petição 3388/RR fixasse uma orientação válida para todos os demais casos envolvendo demarcação de terras indígenas.

Mas, buscar tais coordenadas significaria elaborar um estatuto demarcatório das terras indígenas do País, nos termos explicitados pelo Ministro Gilmar Mendes? Isso implicaria na objetivização do julgado, a ponto de ser um paradigma de tamanha imponência que seria aplicado das demarcações futuras? Ou tais coordenadas compreenderiam apenas um alargamento na discussão do tema, e seriam estabelecidas apenas para o cumprimento da decisão naquele caso concreto, conforme defendido pelo Ministro Carlos Ayres Britto?

Tendo em vista as limitações ao usufruto indígena impostas pelas salvaguardas, conforme visto no tópico anterior, conclui-se que, qualquer interpretação do STF, no sentido de conferir a elas a natureza do estatuto demarcatório indígena, contraria o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, sendo certo que se coaduna muito mais com o seu múnus, entendê-las como parâmetros para a exequibilidade do julgado da PET 3388/RR.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* 3.ed. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2011.

ANJOS FILHO, Robério Araújo dos. *Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil*. Tese apresentada para obtenção do Título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Gilberto Bercovici, São Paulo, 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação – referências – elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520: informação e documentação – citações em documentos – apresentação*. Rio de janeiro, 2000.

_____. *NBR 14724: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich (Volochinov), *Estética da criação verbal*. Introdução e tradução do russo Paulo Bezerra; prefácio a edição francesa Tzetan Todotov. 4.Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARBOSA, Marco Antônio. *Direitos dos Povos Indígenas no Plano Internacional e frente aos Estados*. Tese apresentada para obtenção do Título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Dalmo de Abreu Dallari, São Paulo, 1999.

_____. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil.* São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BARRETO. Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais.* Curitiba: Juruá, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: Para uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política.* 15.ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES. Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L6001.htm>. Acesso em: 10 de jan de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado, 1988.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*:A problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO. J.J. Gomes. *"Brancosos"e Interconstitucionalidade:* Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2008.

_____. *Direito Constitucional. 6*ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente.* 2.ed. Rio de Janeiro, 2005.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *O futuro da questão indígena.* Conferência do Mês do IEA-USP feita pela autora em 28 de setembro de 1993. Estudo Avançados. 8(20), 1994, p. 121-136.

_____. (org.). *Os direitos do índio: ensaios e documentos.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1987

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *A Constituição na Vida do Povos:* Da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Os direitos humanos e os índios.* In JÚNIOR, Alberto do Amaral. PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.* São Paulo: Edusp, 1999.

_____. *Os direitos humanos dos índios.* In MIRAS, Julia Trujillo [et all] (org.). *Makunaima Grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil.* Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Orlando Villas Bôas. *Os direitos indígenas no Brasil Contemporâneo.* In. BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). História do Direito Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GHAI, Yash. *Globalização, multiculturalismo e direito.* In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. (Coleção Reinventar a Emancipação Social para novos manifestos, 3).

GRABNER, Maria Luiza. *Conhecimentos Tradicionais*: Proteção Jurídica e Diálogo Intercultural. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação de Dalmo de Abreu Dallari, São Paulo, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como história, actualidad y futuro del Estado constitucional.* Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HESS, Konrad. *Força Normativa da Constituição.* Brasília: IBDC, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indicadores de Desenvolvimento Sustentável 2010. *Estudos e Pesquisas.* Informação Geográfica. Número 7.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.* São Paulo: Edusp, 1999.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil – Desenvolvimento histórico e estágio atual.* Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegra: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010.

LETICHE, John M. Prefácio. In: SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. Trad. Laura Teixeira Motta. 5ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 9

LIMA, Antônio Carlos de Souza. *Nas trilhas das universidades: as línguas e a educação de indígenas.* In MAIA, Marcus. Manual de Lingüística: subsídios para a formação de professores indígenas na área de linguagem. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria

de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro*: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional

MAIA, Marcus. Manual de Lingüística: subsídios para a formação de professores indígenas na área de linguagem. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MENDES JUNIOR, João. *Os Indígenas do Brazil, Seus Direitos Individuais e Políticos.* Edição Fac-similar. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. *Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 1.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRAS, Julia Trujillo [et all] (org.). *Makunaima Grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil.* Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

MONTANARI JUNIOR, Isaias. *Demarcação de Terras Indígenas na Faixa de Fronteira sob o enfoque da Defesa Nacional.* Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre, sob orientação de Sérgio Cademartori, na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição.* Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000,

_____. *Direito Constitucional.* 21.ed. Atlas: São Paulo, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial:* parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. (Coleção Reinventar a Emancipação Social para novos manifestos, 3).

_____. Por uma concepção multicultural de direi*tos humanos.* In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. (Coleção Reinventar a Emancipação Social para novos manifestos, 3).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais:* seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio Ambiente, Terras Indígenas e Defesa Nacional*: Direitos Fundamentais em tensão na Amazônia Brasileira. Tese apresentada para obtenção do Título de Doutor na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob orientação de Vladimir Passos de Freitas, Curitiba, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito.* Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Multiculturalismo e direitos coletivos.* In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. (Coleção Reinventar a Emancipação Social para novos manifestos, 3).

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 7*.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do Judiciário.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, Vanessa Corsetti Gonçalves. *O direito dos povos indígenas à terra e ao território no Brasil e na América Latina – uma proposta para a sua abordagem jurídica comparada*, Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em integração da América Latina da Universidade de São Paulo, 2009.

_____. *Terras indígenas no Brasil.* Tese de Láurea apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas.* Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. *Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática.* Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.