

## **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIVERSIDADE SOCIAL: ESTUDO DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL**

*Observatório da Justiça Brasileira/UFRJ/Direito*<sup>1</sup>

**Resumo:** O estudo objetiva proceder à análise do julgamento do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, estabeleceu-se a compreensão do problema em duas partes. Uma foi direcionada a uma delimitação teórica na qual ficaram firmadas as variáveis analíticas e metodológicas da contextualização do processo democrático no Brasil, a perspectiva da representação argumentativa para legitimar as decisões do Supremo Tribunal Federal e a concepção de desenho institucional. O outro segmento do estudo sublinhou o caso concreto do processo judicial que questionou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Além da aplicação das variáveis teóricas e metodológicas mencionadas, houve a preocupação de examinar o caso pela perspectiva do caráter objetivo que vem sendo conferido aos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Esses instrumentos adotados possibilitaram pontuar a prática institucional da Corte em materializar com a decisão em exame o denominado estatuto demarcatório das terras indígenas.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Diversidade Social; Constituição.

**Abstract:** The study aims to analyze the trial of the demarcation of the Raposa Serra do Sol in the Brazilian Supreme Court. For that, it was established the comprehension of the problem in two parts. One was directed at a theoretical division in which were fastened the analytical and methodological contents variables of the democratic process in Brazil, the perspective of the representative argumentation to legitimize the decisions of the Supreme Court and the conception of institutional model. The other segment of the study highlighted the factual case of the lawsuit that did not accept the demarcation of the Indigene Land Raposa Serra do Sol. Beyond the application of theoretical and methodological variables mentioned, there was the concern in to examine the case from the perspective of the objective character that has been given to the trials of the Brazilian Federal Supreme Court. These instruments that were adopted allowed the punctuation of the institutional practice of the Court to materialize the so-called Statute of Indigenous Lands Demarcation with the decision under examination.

**Keywords:** Court Supreme; Social Diversity; Constitution.

---

<sup>1</sup> O Observatório da Justiça Brasileira (OJB) instituído em 2008 no âmbito da Faculdade de Direito da UFRJ tem procedido pelo empenho em publicar os seus estudos a respeito do papel institucional do Supremo Tribunal Federal. O texto elaborado refere-se a aplicação das categorias de representação argumentativa, desenho institucional e diálogo institucional aos votos proferidos no denominado caso Raposa Serra do Sol. O resultado alcançado pela equipe do OJB/UFRJ/Direito teve como participantes responsáveis Bernardo Soares (mestrando do PPGD/UFRJ), Cláudia Paiva (mestranda do PPGD/UFRJ), Caroline Santos (pesquisadora), Fernando Gama de Miranda Netto (UFF), Flávia Martins de Carvalho (mestranda do PPGD/UFRJ), Gabriel d'Anniballe (mestrando do PPGD da Puc-Rio), Humberto Laport (pesquisador), José Ribas Vieira (UFRJ), Margarida Lacombe Camargo (UFRJ) e Monica Re (Procuradora Regional da República), Rodrigo Correa (pesquisador) e Rodrigo Tavares (UFRRJ e doutorando do PPGD/Puc-Rio).

## INTRODUÇÃO

A teoria constitucional contemporânea caracteriza-se por um adensamento de determinadas temáticas político-sociais que o desenho normativo das constituições pós-45 já apontavam. Assim, é fácil constatar a presença de uma preocupação em reconhecer a estrutura das sociedades marcadas por traços de pluralidade notadamente no campo cultural. Tal traço está presente de forma vigorosa no texto constitucional de 1988, ao disciplinar o direito de opção de integrar ou não à denominada sociedade nacional por parte das sociedades indígenas (artigo 231, Constituição Federal).

O denominado caso Raposa Serra do Sol, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008, acabou por assumir um caráter paradigmático com esse direcionamento tanto do quadro doutrinário pós-segunda guerra mundial, como, principalmente, pelas injunções impostas pelos conflitos advindos dessa questão da diversidade cultural, muito presente na sociedade brasileira. A preocupação dessa análise demonstra que o problema apresentado por um quadro social tão fragmentado, como ocorre de modo nítido nesse universo do século XXI, demanda a busca de uma teoria e metodologia próprias para dar o devido balizamento da presença da jurisdição constitucional. Dessa forma, na proporção em que os diversos segmentos sociais judicializam o conflito decorrente da pluralidade social e cultural, é válido incorporar instrumentos teórico-práticos, tais como a representação argumentativa e desenho institucional. Isto é, como antes da ordem institucional do Supremo Tribunal Federal verberam, por meio de uma prática decisória ou não, a presença das múltiplas vozes presentes numa demanda do nível do caso Raposa Serra do Sol.

A análise desse caso assenta-se mais na questão metodológica, sobre a construção do voto, com ênfase na dinâmica decisória. A visão crítica toma por base as categorias teóricas acima apresentadas, da representação argumentativa, dos desenhos institucionais e dos diálogos institucionais, ou constitucionais, sob a perspectiva da democracia.

Como pano de fundo, há o consenso de que o disciplinamento normativo atual do uso das terras reservadas aos índios no Brasil é insuficiente e precisa ser aperfeiçoado diante das discórdias nos processos de demarcação das terras indígenas, em detrimento da “paz social e da segurança jurídica”.

Essa base, cujo contexto lança o Tribunal a uma ação pragmática, mais voltada para o futuro<sup>2</sup> do que propriamente para a hipótese contida nos autos, provocada por problemas pretéritos, abre o flanco para o chamado ativismo judicial, quando o julgamento passa a inovar no campo legislativo.

No momento então em que se reconhece o ativismo, cabe apreciar não apenas a dinâmica democrática dos “diálogos constitucionais” entre os três Poderes, mas o próprio reconhecimento, pela Suprema Corte, de seu *status* de Poder da República, cioso da legitimidade dos seus julgados. Nesse ponto, cabe falar em representação argumentativa, de forma a melhor compreender a formulação e a força que se pretende conferir a essas decisões judiciais.

Após superada a questão processual durante o julgamento conjunto da ação popular e da Pet. nº 3388/RR<sup>3</sup>, o qual se constitui em paradigma para estudo e indicador da forma como a Corte Suprema tem considerado a possibilidade de ouvir todos os possíveis atingidos pela decisão, principalmente no âmbito de uma jurisdição constitucional tendente a reforçar cada vez mais seu viés objetivo, cabe centrar atenção dessa análise sobre a forma como é construída a decisão, sendo que esta lhe garante uma fisionomia institucional especial e, por isto, necessita ser esmiuçada.

A representação argumentativa, na busca de aproximar o Estado da sociedade por meio da consonância de idéias entre essas duas esferas públicas, reforça a retórica do convencimento e as bases racionais do julgamento.

Para tanto, os votos emitidos nesse julgamento começam revelando um estudo aprofundado da questão indígena no Brasil, centrada nos limites do uso da terra. O conhecimento técnico-jurídico<sup>4</sup> demonstrado, num primeiro momento, serve como argumento

---

<sup>2</sup> Essa afirmação decorre da constatação efetivada em alguns trechos dos votos de alguns ministros, pois é clara a intenção em dispor para o futuro, consoante se constata em algumas passagens do acórdão do caso Raposa Serra do Sol, como fica claro, por exemplo, no voto do Ministro Menezes Direito: “Não é pela falta de um assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional que se pode imputar ao procedimento demarcatório alguma irregularidade ou nulidade.” “Para o futuro, entretanto, com o pronunciamento da Suprema Corte sobre a correta interpretação e aplicação do inciso III, do § 1º, do art. 91, entendo que se tratando de faixa de fronteira é recomendável que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional”, p. 173-174, acessível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> (todas as demais referências ao longo do texto foram retiradas do acórdão, obtido nesse endereço eletrônico e disponível para acesso em formato pdf).

<sup>3</sup> Esse processo, cuja análise está sendo efetuada, alcançou o patamar do Supremo Tribunal Federal devido à necessidade de dirimir um conflito federativo, consoante a competência prevista no art. 102, I, “f”, da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Conhecimento técnico-jurídico pode ser entendido como todo o conhecimento que compõe a dogmática jurídica, qual seja, o significado jurídico dos termos que aparecem no texto legal, normalmente apresentados pela doutrina vigente, e a história jurisprudencial da matéria.

de autoridade capaz de mobilizar o auditório interessado na matéria e ressalta o poder da Corte. Legisla-se com conhecimento de causa. Mas como isso é feito?

Ao contrário da afirmação corrente com relação ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro como sendo um “Tribunal das onze ilhas” (MENDES, 2010), nota-se, neste julgado, freqüentes referências às posições comuns aos ministros<sup>5</sup>. Tudo a sugerir a existência de um diálogo prévio, o qual, presume-se, teria lançado as bases do acordo verificado durante o transcurso do julgamento. Tal fato possivelmente facilitou a coordenação dos debates por parte do Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, preocupado em, sempre que possível, destacar os pontos de consenso entre as várias manifestações<sup>6</sup>. Na medida então que o consenso alcançado reforça a consistência dos argumentos da Corte, ele se mostra como um elemento importante da “representação argumentativa”.

Com relação à coerência dos argumentos componentes do acórdão, é visível a liderança dos dois votos condutores: o do relator e o voto-vista do Ministro Menezes Direito, tidos como complementares. Fato é que, ao final do julgamento, quando o debate se concentrou sobre a estipulação das dezoito condicionantes apresentadas pelo Ministro Menezes Direito, foram praticamente apenas esses dois ministros os protagonistas da cena. Foi o momento da construção da decisão propriamente dita. São essas condições que, na visão da Corte, configuram a correta interpretação da Constituição Federal para a questão indígena. É a “última palavra” do Supremo Tribunal, a servir de limite para a ação dos demais poderes.

Contudo, apesar do reconhecimento da complexidade da causa, concernente a sua multidisciplinaridade, o Supremo Tribunal Federal atuou como “a boca da lei” (CAMARGO, 2003, p. 65), para anunciar a letra da Constituição, mediante interpretação literal do seu texto, partindo do princípio de que este evidencia claramente a vontade do constituinte originário.

O relator retratou o viés exegético da decisão<sup>7</sup>, sendo consensual o entendimento da Corte sobre a excelência da Constituição de 1988 com relação à proteção dos direitos dos índios, sendo suficiente a ponto de afastar os diplomas internacionais, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Assim, os votos destrinçam o artigo 231 à luz dos demais artigos do texto constitucional, os quais compõem o chamado “bloco

---

<sup>5</sup> Conrado Hubner Mendes aponta não haver um processo de interação e postura comum no quadro decisório do Supremo Tribunal Federal.

<sup>6</sup> Vide páginas 503, 506- 507 e 521.

<sup>7</sup> “[...] buscar na própria Constituição, e com o máximo de objetividade, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena do nosso país.” Ministro Carlos Ayres Britto, p. 19. [...] A Constituição prevê um **modelo** de ocupação. Idem, p. 33.

normativo-constitucional”<sup>8</sup>, extraindo, a partir do próprio texto, os parâmetros de interpretação e aplicação da normativa infraconstitucional para a demarcação e uso de terras afetadas aos índios. Parâmetros esses apresentados como “condições de aplicação do Texto Maior, assegurada a “interpretação conforme”<sup>9</sup>.

Em lugar de o Tribunal decidir pela procedência ou improcedência, julgou “parcialmente” procedente o pedido da ação popular, porém, inovou quando, no âmbito desse tipo de ação, fixou dezenove “condições”, as quais transcendem os limites da questão em torno da Reserva Raposa Serra do Sol. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, existem duas possibilidades: julgar procedente ou improcedente a ação; porém, “o que o Tribunal está fazendo é julgando parcialmente procedente, com ressalvas, mas estabelecendo determinadas condições. [...] Entre o tudo e o nada, há um universo possível, em termos de lógica” (p. 530). Justificou, ainda, a heterodoxia desta construção pelo papel típico de uma Corte Constitucional.

Substancialmente, as condicionantes refletem uma tensão entre os direitos dos índios e as políticas públicas de segurança nacional e de proteção ao meio ambiente em nosso país. Mas o acórdão buscou no texto constitucional as bases para a harmonia dos possíveis conflitos, tendo em vista a perspectiva de aplicação do princípio da proporcionalidade. Este, como princípio de direito fundamental, possibilita restrições a direitos quando justificadas à luz da garantia da realização de um outro direito fundamental. Assim, na mesma medida em que a Constituição garante a proteção do meio ambiente e a defesa do território nacional, igualmente protege o direito dos índios a viverem de acordo com sua cultura. Logo, essa conjunção de fatores e interesses deverá ser harmonizada<sup>10</sup>.

O juízo de proporcionalidade acaba por conferir predominância ao Estado sobre a autonomia dos povos indígenas relativamente à exploração do território por eles ocupados<sup>11</sup>. A União é quem irá garantir o usufruto da terra aos índios, a proteção ao meio ambiente e a integridade do território nacional. Sob esse prisma e segundo os ministros, não há como

---

<sup>8</sup> Ministro Carlos Ayres de Britto, p. 20.

<sup>9</sup> Algo semelhante ocorreu com o Caso dos Embriões, quando o mesmo Ministro, Menezes Direito, em voto-vista proferido no âmbito de ação direta de constitucionalidade arrolou condições necessárias para salvar o texto atacado, com base na “interpretação conforme”. A ideia agora é a de que apenas em conformidade com a interpretação conferida pela Corte sobre o texto constitucional é possível garantir a constitucionalidade dos atos provenientes dos Legislativo e Executivo.

<sup>10</sup> “É importante identificar tais interesses para que o estatuto jurídico das comunidades indígenas possa ser de uma vez por todas definido”: Ministro Menezes Direito, p. 176.

<sup>11</sup> O Ministro Cesar Peluso afirmou peremptoriamente: “a demarcação não tolera nenhuma restrição às Forças Armadas”, p. 312.

afastar sua liderança nesse processo<sup>12</sup>. E como o Estado atua em nome do interesse público, incluindo a proteção do habitat necessário à sobrevivência dos povos indígenas, a visão tutelatória prevaleceu. O posicionamento fixado pela Corte pretendeu, dessa maneira, colocar fim a toda polêmica existente entre a visão dos índios (autonomia) e a do Estado. Cabe, ao longo desse estudo, refletir se o Legislador atuasse na aprovação de “um estatuto demarcatório” teria ou não assegurado mais autonomia as sociedades indígenas.

Desde que garantida a integridade do meio ambiente e do território nacional e a fixação do índio na terra, base de sua existência, conforme previsto na Constituição Federal, a composição dos eventuais interesses conflitantes deveria ser dimensionada pelo poder legislativo, representante da sociedade. Nesta senda, no acórdão encontram-se definidos os limites do uso da terra pelos índios, bem como os órgãos que devem atuar no processo demarcatório, destacando-se, neste último, a força obtida pelos Estados e Municípios<sup>13</sup>.

A Teoria do Fato Indígena foi utilizada pelo acórdão para tentar resolver todos os problemas de forma objetiva e pragmática. Diante, por exemplo, das dúvidas existentes sobre a tradição e originalidade da ocupação do solo pelos índios, o Supremo Tribunal Federal resolveu adotar como marco temporal definidor a posse verificada no dia 05 de outubro de 1988, quando promulgada a atual Constituição.

O objetivo da aplicação de teoria acima referida foi o de buscar parâmetros para tratar de forma objetiva o direito dos índios no Brasil. Dada a natureza multidisciplinar da questão indígena e a limitação natural da dogmática jurídica, os estudos provenientes das outras áreas do conhecimento, em especial da antropologia, são aceitos. Fortalecem a mencionada teoria na medida em que resultam de um processo de investigação científica pautado na verificação dos fatos. A antropologia, como ciência, garante a objetividade e a certeza dos resultados de suas investigações na utilização do método<sup>14</sup>.

A orientação normativa desse julgado foi objetivizada nos dezenove itens constantes da ementa acórdão<sup>15</sup>, os quais foram reforçados com a fundamentação elaborada pelo Ministro Gilmar Mendes quando traçou os parâmetros indicativos à interpretação da

---

<sup>12</sup> Foram os votos, por exemplo, dos Ministros Carlos Britto e Ricardo Lewandowsky ao reconhecer o papel da União Federal.

<sup>13</sup> A posição do Ministro Gilmar Mendes defende que a função demarcatória não pode ser defendida só pela FUNAI. O Ministro Menezes Direito secunda essa posição.

<sup>14</sup> Nesse ponto, o voto do Ministro César Peluso, quando trata da questão da posse e da demarcação contínua, é bem significativo, pois reconhece as limitações da Corte, as mesmas da dogmática jurídica, e se rende à verificação do fato.

<sup>15</sup> No acórdão foram estabelecidas as dezenove condições limitadoras da demarcação da reserva indígena, instituindo, assim, um verdadeiro estatuto demarcatório por parte do Supremo Tribunal Federal como “legislador”.

legislação vigente, bem como de uma vindoura, relativamente ao processo demarcatório, à concepção do direito de propriedade e ao uso das terras indígenas. A parte substancial do acórdão foi finalmente apresentada e organizada em torno dos itens, extraídos do voto do Ministro Gilmar Mendes que consubstanciam as dezenove condições do processo demarcatório firmadas no voto do Ministro Menezes Direito.

## **1. A PRESENÇA DA DISCUSSÃO PROCESSUAL QUANTO À REPRESENTATIVIDADE DOS ATORES INSTITUCIONAIS E SOCIAIS**

No campo processual, a questão do procedimento demarcatório da Raposa Serra do Sol privilegiou a temática da intervenção de terceiros e foram considerados, nessa discussão, os votos do relator Ministro Ayres Britto e o do Ministro Marco Aurélio de Mello. O primeiro voto, condutor, cuidou de pormenorizar a matéria. E a posição vencida, exposta pelo Ministro Marco Aurélio, destacou-se nesta questão, pela ênfase conferida à necessidade de ampla participação dos interessados no processo, razão pela qual, no seu entender, deveria ser reaberta a instrução processual para ingresso de todos os litisconsortes ativos e passivos necessários, sob pena de nulidade do processo.

Segundo o Ministro, a ação popular de autoria do senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, assistido pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, foi ajuizada apenas contra a União, mas deveria ter incluído no pólo passivo as autoridades responsáveis pelo ato impugnado e, tratando-se de litisconsórcio passivo necessário, a falta de citação de qualquer servidor ou autoridade partícipes da portaria demarcatória constitui causa de nulidade do processo.

Acrescente-se, ainda, como possível fator de nulidade, o fato de que a ação também deveria ter sido proposta em relação ao Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima, onde está situada a Reserva Raposa Serra do Sol. Afirmando estar-se ferindo o princípio do contraditório, o Ministro entendeu que deveria ter havido a citação desses entes federativos para que “ou defendessem o ato da União ou assumissem o pólo ativo e pleiteassem, em reforço à posição do autor inicial, a nulidade respectiva”.

No caso específico do estado de Roraima, o Ministro foi categórico em afirmar que contraria o princípio em questão o fornecimento da condição de assistente, pois os pedidos por ele aditados nesta condição (adoção da forma descontínua, ou em “ilhas”; a exclusão das

sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Contigo e do Parque Nacional de Monte Roraima) não poderiam ser analisados. Disse não haver cabimento algum, portanto, falar em conflito federativo, matéria principal que atraiu a competência para o Supremo Tribunal Federal, e não oferecer ao Estado poderes processuais plenos.

O Ministro também propugnou a participação das comunidades indígenas representantes das cinco etnias existentes na Reserva Raposa Serra do Sol, como litisconsortes passivos necessários, e dos detentores de títulos de propriedade na área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo Tribunal Federal, como litisconsortes ativos necessários.

Em relação aos proprietários de terra, para legitimar a participação processual dos que requereram a entrada no feito, o ministro Marco Aurélio trouxe à baila uma modalidade de intervenção de terceiro, qual seja: *iussu iudictis*, que seria aquela decretada pelo juiz com o intuito de impedir decisões contraditórias em ações futuras.

Para o Ministro Marco Aurélio de Mello, a decisão que seria proferida é de extrema relevância tanto para processos que se encontram suspensos quanto para possíveis futuros conflitos sobre tema idêntico. Trata-se de uma decisão que dará contornos básicos para a demarcação de terras indígenas. Por isso, preocupou-se em ampliar a participação de todos os atores envolvidos nestes impasses, dotando-os de poderes processuais plenos.

Isto pode ser demonstrado pelo rechaço a qualquer tipo de intervenção de terceiros na categoria de assistência simples. Concluiu o Ministro que, no caso, deveria ser formada uma relação litisconsorcial passiva necessária, capaz de incluir as pessoas cujo patrimônio se pretende proteger, ou seja, aqueles possivelmente lesados, as autoridades públicas e os beneficiários diretos do ato ou da omissão. Nesse rol caberia englobar ainda as autoridades que praticaram o ato. No caso, por exemplo, deveria haver a intimação do Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, e do Presidente da República, assim como todas as comunidades indígenas envolvidas, de acordo com o art. 6º da Lei nº 4.717/65 combinado com o artigo 47 do Código de Processo Civil, objetivando dar legitimidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, foi diverso o entendimento do Ministro relator, pois não determinou a citação do Ministro da Justiça e do Presidente da República, bem como do Estado de Roraima

e Municípios atingidos pela portaria demarcatória e, muito menos, das comunidades indígenas e dos produtores rurais. Em seu relatório, o Ministro Ayres Britto consignou que, três anos após o ajuizamento da ação, em maio de 2008, quando já encerrada a instrução processual, compareceram para requerer seu ingresso no feito o Estado de Roraima, Lawrence Manly Harte, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, a Comunidade Indígena Barro e a Comunidade Indígena Socó, entre outros interessados. Determinou, assim, a manifestação das partes originárias do processo, não concordando, no entanto, com o ingresso do Estado de Roraima como *litisconsorte ativo necessário*.

Em seguida, o Ministro abriu vista ao Ministério Público Federal, cuja manifestação foi no sentido de admitir o ingresso no feito, como assistentes da União, a Fundação Nacional do Índio e as comunidades indígenas indicadas. Quanto ao Estado de Roraima, o *parquet* concordou com o ingresso no feito, na qualidade de *litisconsorte ativo necessário*.

Antes da apreciação do mérito do pedido contido na inicial, o ministro encaminhou ao plenário questão de ordem para o “exame de todo esse entrecruzar de pedidos de ingresso no feito” (p. 11), de forma a se definir quem teria direito à sustentação oral, entre outros poderes processuais, a depender da atuação como parte ou como assistente da parte.

A questão de ordem, decidida por unanimidade, foi no sentido de admitir o ingresso na lide de todos na condição de assistentes, sejam do autor popular<sup>16</sup>, sejam na posição de assistentes da União<sup>17</sup>, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontrava e com poderes processuais reduzidos.

Nesse contexto de prática institucional da Corte, e também com poderes processuais reduzidos, ganha importância a concepção jurídica do *amicus curiae* (artigo 7º, parágrafo 2º da Lei nº 9868/99) e a necessidade de distingui-lo das demais formas de intervenção de terceiros. Afinal, a participação de grande número de assistentes, tanto no pólo passivo quanto no pólo ativo, no caso Raposa Serra do Sol, acabou por confundir-se com a participação de *amici curiae*.

Examinar o *amicus curiae* à luz de outros institutos similares constitui a proposta de Cássio Scarpinella em estudo aprofundado a respeito do tema (BUENO, 2008). Entre os

---

<sup>16</sup> Estado de Roraima, Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres.

<sup>17</sup> Fundação Nacional do Índio - FUNAI, Comunidade Indígena Socó, Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamandua, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai.

sujeitos processuais, acomoda o autor o instituto do *amicus curiae* entre os terceiros, e não entre as partes. A obra apresenta dois modelos de intervenção do *amicus curiae*: a) fiscal da lei e b) sujeito qualificado de prova. Insiste que, em ambos os casos, o móvel da intervenção desse terceiro funda-se em um *interesse institucional*. Para o primeiro caso, traz como exemplo o INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, esclarecendo que é de seu interesse zelar pela aplicação correta e adequada do direito da propriedade industrial.

No segundo caso, sustenta que o *amicus curiae* prestará informações meta ou extrajurídicas para a formação de convencimento do magistrado. No tocante ao instituto da assistência, simples ou litisconsorcial, aduz que o assistente atua de modo egoísta, em prol do assistido, mas buscando beneficiar interesse próprio, enquanto o *amicus curiae* age de forma altruísta, sem destinatário individualizado, porque defende *interesse institucional*.

De tal sorte, a intervenção no processo do *amicus curiae* ocorre em conformidade com determinada finalidade institucional para que o direito objetivo seja corretamente aplicado e o eventual benefício do autor ou do réu constitui consequência de sua atuação e nunca a causa. Prefere o autor evitar – o que classifica de “deformação indesejada” – a figura norte-americana do *litigant amicus curiae* (terceiro interveniente que pretende exercer os mesmos poderes das partes com o objetivo de obter um resultado favorável) para não haver confusão com o instituto da assistência litisconsorcial.

Importante notar que, segundo Carlos Gustavo Rodrigues Del Pra, a função assumida pelo *amicus curiae* nos ordenamentos inglês e norte-americano parece englobar diversas situações, dentre as quais à assemelhada, no ordenamento jurídico brasileiro, à do assistente. Para o autor, “por essa razão, ao ‘importar-se’ a figura para o Brasil, deve-se identificar se aquela função abrangente concedida ao *amicus curiae* esbarraria em instituto já positivado (assistência)” (2008, p.111).

Ocorrendo esta sobreposição de funções, outra é a definição dos contornos do *amicus curiae* no Brasil, o que poderia causar um retorno às origens do instituto, caracterizando a participação do *amicus curiae* como uma intervenção neutra ou desinteressada, mesmo quando termine por auxiliar uma das partes, pois o interesse, no caso, seria público.

## 2. A ABSTRATIVIZAÇÃO

Fenômeno que vem se ampliando cada vez mais na jurisprudência da corte constitucional brasileira, a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade fez-se presente no julgamento em comento, razão pela qual interessa analisar sucintamente seus contornos principais. Capitaneado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, esse movimento vem aproximando o sistema de controle constitucional concreto do abstrato, conferindo características típicas do último ao primeiro.

O modelo concreto ou difuso de controle de constitucionalidade caracteriza-se pelo julgamento de maneira incidental, realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, alcançando os tribunais superiores por força dos recursos. Suas decisões, via de regra, operam efeitos *inter partes*, podendo o Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do inciso X do art. 52 da atual Constituição.

Uma das decorrências mais controvertidas da apontada inovação vem a ser a influência do processo objetivo e concentrado do controle abstrato sob o procedimento tipicamente recursal e subjetivo do controle concreto, especialmente ao expandir os efeitos de suas decisões para além das partes envolvidas no litígio, independente da participação do Senado federal.

Parcela de doutrinadores favoráveis a tal propensão jurisprudencial considera contraditório admitir que decisões no controle abstrato de constitucionalidade sejam dotadas de eficácia *erga omnes*, enquanto julgados prolatados no bojo do controle difuso, mais moroso em virtude da naturalmente longa tramitação nas instâncias inferiores, possuam mera eficácia *inter partes*, tornando-se imperiosa a adequação do sistema no plano de direito positivo com a respectiva mudança do perfil do controle de constitucionalidade híbrido no Brasil

Nessa linha, as decisões acerca da inconstitucionalidade de normas em sede de recursos extraordinários vêm sendo tomadas abstratamente, formando as bases do “controle difuso abstrato de constitucionalidade” (MORAIS, 2008, p. 198), de modo a orientar o tribunal em situações semelhantes<sup>18</sup>. Tal postura acarreta uma limitação do papel do Senado Federal previsto no artigo 52, inciso X, da atual Constituição Federal. Com esse

---

<sup>18</sup> A respeito da mudança do perfil do recurso extraordinário é importante a defesa manifestada por Gilmar Ferreira Mendes (MENDES *apud* DIDIER JR, 2007, p.274).

procedimento, o denominado controle difuso teria caráter de efeitos *erga omnes* (MENDES *apud* DIDIER JR. 2007). Consagraria, de forma inafastável, o papel de uma prática institucional da Corte Suprema como guardião e intérprete máximo da constituição. Esta posição sob a liderança do Ministro Gilmar Ferreira Mendes está expressa no seu voto de relatoria na Recl. nº 4335-5AC.

Na visão contrária, portanto, a mutação constitucional defendida pela interpretação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes apresentaria, segundo a doutrina, graves falhas de legitimidade da jurisdição constitucional. De fato, há aqui um sério problema de substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário, sendo certo que o processo histórico justificador de uma eventual mutação jamais poderia delegar aos tribunais a tarefa de alterar a Constituição, pelo menos não dessa forma (STRECK; OLIVEIRA, 2008, p. 373).

Não obstante as críticas mencionadas acerca da abstrativização, certo é que a intervenção do *amicus curiae* nas duas formas de controle de constitucionalidade revela-se como um instrumento essencial para a pluralização do debate da questão constitucional (Cf. BUENO, 2008). Tal instituto, eminentemente relacionado com a propugnada interpretação plural ou “aberta”<sup>19</sup> a respeito do texto constitucional, permite à Corte ver todo o “colorido” da questão, conforme preleciona Dalton Santos Morais ao parafrasear o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (MORAIS, 2008, p. 206).

Diante das considerações acima expostas, é visível, no julgamento acerca da demarcação da terra indígena da Raposa Serra do Sol, a ocorrência de uma objetivização da questão debatida pelo plenário, na medida em que nitidamente foi prolatado julgado extravasando as questões contidas na postulação inicial da ação popular, caracterizando, em tese, uma decisão *extra petita*, conforme se verifica da ementa do referido acórdão:

[...] 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 do 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 (p.11).

---

<sup>19</sup> “(...) No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” (HÄBERLE, 1997, p. 13)

Embora a inicial da ação popular em sua origem apenas questionasse a validade da demarcação da reserva, foram julgadas diversas questões sequer cogitadas nas instâncias ordinárias, sendo elaborado, inclusive, um “estatuto demarcatório” voltado à orientação de futuros julgamentos e demarcações administrativas, consoante o voto do Ministro Menezes Direito.

Tornou-se perceptível, portanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora realizando julgamento de caso concreto no julgamento conjunto da ação popular e de questões ventiladas na Pet. nº 3388-RR, acerca da demarcação da Terra Indígena da Raposa Serra do Sol, proferiu decisão de cunho abstrato, tendente a alcançar futuros julgamentos e demarcações realizadas pelo poder público, fenômeno que vem sendo denominado como “abstrativização”.

### **3. AS CONFIGURAÇÕES DA POSSE INDÍGENA, O CONCEITO DE TERRA INDÍGENA E O MARCO TEMPORAL**

No estudo do caso Raposa Serra do Sol despontam com considerável relevância, o debate em torno do conceito de terra indígena e as características de sua posse, além da definição do seu marco temporal. Isso ocorre porque a configuração definitiva desses institutos ocorreu, neste caso concreto, de maneira conjunta, dela decorrendo conseqüências práticas específicas, com importante impacto para a solução do litígio e para casos futuros.

Relativamente às características de posse e terra indígena, cumpre lembrar, como exemplo da importância crucial desses temas, que o Capítulo VIII do Título VIII da Constituição (“Dos Índios”) é composto apenas por dois artigos, 231 e 232, relevando mencionar que o primeiro deles dispõe diretamente sobre posse e terras indígenas tanto no *caput* quanto em todos os seus sete parágrafos<sup>20</sup>.

Assim, a atual Constituição Federal define terras indígenas como sendo aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios (§ 1º do artigo 231), considerando como tais as terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as

---

<sup>20</sup> Essas normas constitucionais e todas as outras que tratam de questões relativas aos direitos dos indígenas – art. 22, XVI; art.109 XI; art. 129, V; art.176 § 1º; art. 210, § 2º; art. 215, § 1º; art. 232 e art. 67 do ADCT – formam o que segundo Robério Nunes dos Anjos Filho, pode ser chamado *de direito constitucional indigenista*. (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p. 2402).

imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O artigo 20, XI, por sua vez, estabelece serem essas terras bens da União e, em complementação, o § 2º do artigo 231 determina 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 nela existentes. Outros parágrafos desse artigo dispõem sobre aspectos da posse indígena, os quais configuram e limitam esse instituto.

Quanto à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, vale lembrar sua área, no nordeste do Estado de Roraima, em uma zona de fronteiras com a Venezuela e com a Guiana Francesa, possui uma extensão de 1.747.464 hectares e sua demarcação de modo contínuo foi realizada pelo Ministério da Justiça e homologada pelo Presidente da República por decreto exarado no dia 15 de abril de 2005.

A discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal ocorreu, originariamente, a respeito da idoneidade e adequação desse processo demarcatório: os impugnantes – entre eles o Estado de Roraima - reivindicavam o chamado “modelo de demarcação em ilhas” como sendo mais indicado segundo pressupostos normativos legais e constitucionais.

Por todos esses fatores, neste processo, a deliberação no Supremo Tribunal Federal, quando referida mais propriamente aos temas da posse e terra indígenas, constituiu-se como um local privilegiado tanto para a utilização de determinadas classes de argumentos que atravessaram todo o processo decisório e levaram em conta tanto categorias antropológicas de cunho histórico-arqueológico e étnico-culturais, - com maior ou menor ênfase no respeito ao pluralismo<sup>21</sup>, quanto aquelas classicamente referidas às chamadas “razões de Estado”<sup>22</sup>, tais como defesa nacional, soberania e integridade do território, as quais tem como uma de suas características principais o apelo a formas de existência e coexistência rigidamente tuteladas, com vistas ao interesse maior de preservação do Estado.

Em relação aos votos selecionados para exame, por serem mais substanciais em relação aos problemas aqui tratados, depreende-se que, no processo de justificação das decisões, foram realizadas ponderações, as quais, com o auxílio da máxima da proporcionalidade, levaram em conta, além daquelas argumentações citadas no parágrafo anterior, os reais limites da possibilidade de compatibilidade entre valores constitucionais

---

<sup>21</sup> Deve-se frisar que a simples assunção de argumentos antropológicos e ou culturais não representa, *a priori*, motivo contrário à aceitação das razões de Estado, muito pelo contrário, pois frequentemente servem para fortalecer essas razões. Para um exemplo muito ilustrativo ver Seyla Benhabib (2006, p.88-94).

<sup>22</sup> Para uma visão crítica do desenvolvimento histórico do conceito de razão de estado ver Michel Foucault (2008).

supostamente antagônicos, tais como proteção aos índios, desenvolvimento, proteção ao meio-ambiente e livre-iniciativa. Foram expostos e construídos argumentos conducentes a decisões eminentemente consequencialistas, ou seja, contem maior ênfase na produção ou não de determinados resultados do que propriamente no rigor técnico-dogmático relativo à matéria sobre a qual se decide<sup>23</sup>.

Com relação ao tema da posse, a leitura do material examinado leva a constatar a presença de delineamentos orientados por algumas dessas classes de argumentos. Desta forma, constata-se uma perspectiva mais antropológica expressa na postura do Ministério Público Federal<sup>24</sup>, para quem a posse indígena é traduzida no seu sentido “tradicional”, com destaque para o aspecto “não estático” e a sua relevância “espiritual”.

O *parquet* federal contestou as condições estipuladas pelo Ministro Menezes Direito e acolhidas pela maioria dos Ministros integrantes da Corte, sob o argumento de ter havido o estabelecimento de uma maior hierarquia, por exemplo, à questão da segurança nacional em detrimento dos dispositivos dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal e, por isso, enfatizou uma compreensão dos dispositivos da Carta Magna como instrumentos necessários para efetivar direitos fundamentais das sociedades indígenas.

Foi justamente o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, quem mais sublinhou o caráter pluralista com o qual a Constituição trata a questão indígena e os direitos dos índios. Ele ressaltou, nesse sentido, que a integração entre índios e não-índios não pode ocorrer de forma unilateral, afirmando que aos índios deve ser permitida a possibilidade de virem, inclusive, a influenciar o modo de vida dos demais brasileiros, através de um protagonismo no processo de integração cultural (p. 45). Coerente com essa orientação foi a afirmação da presença da “posse tradicional” dos índios nas terras de Roraima e, portanto, buscou associá-la às noções de “constitucionalismo fraternal” e “solidariedade” (p. 44-45).

Essa posse tradicional dos índios diferencia-se daquela prevista no Direito Civil, a qual, segundo a doutrina clássica, é definida como “uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietária, exerce sobre a coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a” (PEREIRA, 2006, p.17).

---

<sup>23</sup> A grande maioria das condicionantes propostas pelo então ministro Menezes Direito tratam de questões diretamente afetas a posse das terras indígenas em geral, não apenas daquelas relativas a Reserva Raposa Serra do Sol e podem em certa medida serem consideradas resultado de um sopesamento *latu sensu*, e ao mesmo tempo pragmático, entre todas as variantes já citadas.

<sup>24</sup> Parecer do Ministério Público Federal, p. 09.

Embora a definição conceitual de posse civil não contrarie a priori a de posse indígena, a diferença marcante configura-se no âmbito de sua efetivação, exercício e tutela<sup>25</sup>, não estando a posse indígena regulada pelo Código Civil, mas pela Constituição Federal e leis específicas<sup>26</sup>. Sendo assim, José Afonso da Silva afirma que a posse indígena não corresponde ao simples poder de fato sobre uma coisa para sua guarda e uso, com o conseqüente ânimo de tê-la como própria, não se configurando meramente como uma relação material do homem com a coisa (2006, p. 859).

A posse indígena teria como fonte o indigenato – instituto tradicional do direito luso-brasileiro que remonta ao Alvará de 1º de abril de 1680 e define o direito dos índios às suas terras como congênito, legítimo por si, podendo ser exercida de forma imediata, independentemente de posterior legitimação e registro, ao contrário do que ocorre com a posse por ocupação (SILVA, 2006, p. 857-858). Segundo a teoria do indigenato os índios são senhores primários e originais de suas terras<sup>27</sup>.

O Ministério Público Federal exarou posição semelhante a respeito da distinção entre posse indígena e posse civil. Em seu parecer no caso em questão, assentiu com a afirmação do Ministro Carlos Ayres Britto: “o conceito de posse aqui é distinto daquele adotado no direito civil, pois abrange toda a área habitada pelos indígenas e utilizada para o seu sustento e para a preservação de sua identidade cultural”.

Assim, concordou com o Ministro quando ele “invoca o comando do art. 231, § 6º, da Constituição da República, que declara a nulidade de qualquer ato envolvendo a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas” (p. 04). Por fim, concluiu: “Por essa razão, é pacífica, na doutrina e jurisprudência pátrias, a idéia da necessidade de se fazer distinção entre a posse

---

<sup>25</sup> Veja, nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Neto. [http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Terras%20Ind%EDgenas%20Legisla%E7%E3o%20Doutrina%20Jurisprud%Eancia%20\(Ricardo\).doc](http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Terras%20Ind%EDgenas%20Legisla%E7%E3o%20Doutrina%20Jurisprud%Eancia%20(Ricardo).doc).

<sup>26</sup> A jurisprudência acolhe essa tese, como por exemplo, o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no Agravo de Instrumento - Processo n. 2006.03.00.003212-8, Relator Juiz Higino Cinacchi, Quinta Turma, DJU de 14/03/2006, em cuja ementa consta: “9. *Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não produzem efeitos jurídicos, consoante parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal.*” Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Terras%20Ind%EDgenas%20Legisla%E7%E3o%20Doutrina%20Jurisprud%Eancia%20\(Ricardo\).doc](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={A178D39E-0A6B-4896-A04F-C36C2973C3DB}&Team=&params=itemID={E21EA5C2-4E70-49E8-9F3C-633AD5754332};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}></a>>. Ver também o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 4ª Turma, na Apelação Cível nº 1999.01.00.023028-6/TO, Relator Juiz Mário César Ribeiro, julgamento de 29.02.2000: “<i>As terras indígenas são originariamente reservadas e não se sujeitam a qualquer tipo de aquisição, sejam decorrentes de ato negocial ou de usucapião</i>”. Disponível em: <<a href=)>, onde se encontram outros exemplos de jurisprudência do gênero.

<sup>27</sup> Conforme a afirmação de Robério Nunes dos Anjos Filho (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p.2407) e de acordo com José Afonso da Silva o instituto do indigenato teria sido acolhido pela Constituição de 1988, pois o art. 231 *caput* dispõe que os direitos dos índios sobre suas terras são originários. (2006, p.855)

indígena e aquela de direito civil, para a qual importa tão-somente o espaço de fato ocupado e explorado” (p. 08).

É reconhecida a importância crucial que o voto-vista do Ministro Menezes Direito adquiriu no curso do julgamento desse caso pelo Supremo Tribunal Federal. Uma de suas maiores contribuições foi a aplicação da teoria do fato indígena como substituta à teoria do indigenato, no tocante à verificação da posse indígena e a delimitação do seu marco temporal (p. 23). Por meio dessa substituição, almejou alcançar uma forma menos problemática de definição de posse indígena, com vistas ao fato dessa definição repercutir diretamente no tema do marco temporal.

As duas teorias são compostas por métodos concorrentes, os quais visam definir, na prática, quais são, segundo a Constituição, as terras indígenas, ou seja, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sendo que um dos requisitos constitucionais para o reconhecimento destas é o fato de serem por eles habitadas em caráter permanente (art. 231 § 1º)<sup>28</sup>.

Segundo o Ministro Direito esse caráter permanente não pode ser considerado como imemorial ou remoto, excessivamente ligado ao passado longínquo das tribos indígenas e do próprio território, o que o aproximaria das características relacionadas com a teoria do indigenato. Para reforçar sua tese salientou, com base no art. 231 § 6º, que esse caráter permanente da posse não está orientado para o passado, mas para o futuro, e visa ressaltar os direitos constitucionais dos índios sobre as suas terras até mesmo sobre aquela que é a legítima proprietária delas, a União (p. 32). Ademais, nitidamente utilizou, na construção do seu argumento, uma interpretação literal da própria Constituição Federal de 1988.

De fato, Menezes Direito ressaltou que o recurso à teoria do indigenato seria problemático devido a pouca segurança gerada pela virtual inviabilidade prática de se demonstrar a efetividade da posse, considerando a necessidade de aventar aspectos relacionados a sua imemoriabilidade e a sua tradicionalidade. A teoria do fato indígena, por outro lado, exigiria requisitos mais plausíveis para a constatação da posse, sendo suficiente

---

<sup>28</sup> Consoante José Afonso da Silva a base do conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios “acha-se no art. 231, § 1º fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; 4) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que a compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles”. (2006, p. 856)

para isso averiguar a presença constante e permanente dos índios nas terras em questão, com base na data da promulgação do Texto Maior (p. 25).

No entanto, asseverou que a verificação da presença constante e permanente dos índios nas citadas terras deve ser, em cada caso concreto, levada a cabo por meio de uma rígida investigação científica, mediante a análise de uma farta documentação probatória (p. 27) e com a ajuda dos métodos da antropologia, essenciais para o exame da verdadeira relação entre o índio e a terra (p. 30). Argumentou ainda, que a teoria do fato indígena pode vir a não incidir plenamente em determinadas situações específicas, por estar condicionada a outros interesses públicos resguardados pela constituição (p. 31). Algumas das restrições à posse indígena decorrentes dessa compreensão podem ser verificadas na leitura e análise das dezoito condições por ele propostas e acolhidas pelos demais ministros.

Em relação ao voto considerado como “de ajuste”, proferido pelo Ministro Cesar Peluso, observa-se um elogio ao afastamento da teoria do indigenato, que encontrava ainda ressonância na linha argumentativa do relator, e aos seus reflexos na conceituação de posse indígena (p. 01). Em seu voto, acolheu a teoria do fato indígena seguindo a premissa contida no raciocínio do Ministro Menezes Direito e as consequências lógicas dessa escolha. Destacou, na sua visão, a adoção dessa teoria para considerar a posse indígena praticamente simétrica àquela advinda dos contornos traçados pelo Direito Civil, fato por ele considerado como positivo. Sublinha-se, ainda, que a argumentação expendida com relação aos aspectos relacionados com a categoria de “razões de Estado” ganharam peso mais explícito, em evidente detrimento do pluralismo cultural<sup>29</sup>.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto – o único discordante no mérito -, ressaltou a importância do princípio da eficácia integradora dentro dos métodos e instrumentos de hermenêutica constitucional<sup>30</sup>. Sublinhou, por conseguinte, a necessidade de efetuar-se uma interpretação global com vistas a esse caso concreto, procedendo-se ao cotejamento de

---

<sup>29</sup> “Esses interesses, especialmente ligados à segurança, são os interesses supremos da Nação e, como tais, são sempre oponíveis a qualquer grupo, estamento, classe etc., que compõem o corpo nacional. Nenhum interesse desses segmentos pode entrar em conflito com os interesses supremos do País, sobretudo quanto ao território superposto que a Constituição, nos termos do art. 20, § 2º, denomina *faixa de fronteira* e que constitui instrumento de resguardo da nossa integridade territorial. De modo que tais circunstâncias apontam para a existência de regime jurídico das terras que não pode excluir a possibilidade de ação incondicional das Forças Armadas no seu âmbito.” (p. 05).

<sup>30</sup> No voto do Ministro Marco Aurélio, p. 37, onde define esse princípio utilizando Canotilho (2007, p. 162): “Ainda muitas vezes associado ao princípio da unidade e na sua formulação mais simples significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-científicos deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como *tópico* argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismo e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralistas (antagonicamente) integradoras.”

maneira integral os dispositivos referentes aos direitos indígenas com os demais princípios e normas constitucionais.

Neste viés, atenta e alerta para o perigo da perda de soberania nacional ao haver um movimento de fomento à declaração de autodeterminação dos povos indígenas ou uma proteção destas comunidades que extrapole a obrigação do Estado brasileiro, manifestando preocupação em relação à Declaração Universal dos Direitos dos Indígenas (p. 47). Tal situação, sem dúvida alguma, seria completamente incompatível com a Constituição Federal, pois esta garante somente a posse e usufruto das terras aos indígenas<sup>31</sup>.

Afirmou, adicionalmente, que uma fundamentação utilizada para a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é a visão romântica relacionada ao fato de ainda haver índios em seu estado mais puro, cujas práticas são incompatíveis com a dos brancos, sendo a realidade moderna a da integração dos povos indígenas com povos não indígenas (p. 83). Logo, não poderia ser essa distorção da realidade capaz de impedir a livre circulação de pessoas, todos brasileiros, sejam índios ou não, dentro do território nacional. Neste sentido a concepção tradicional de posse indígena, centrada no caráter antropológico acaba sendo logicamente mitigada.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou que, ainda nos seus tempos de membro do Ministério Público Federal, ficou muito preocupado com uma decisão do Supremo Tribunal, tomada nos autos da Ação Civil Originária n. 278, julgada em 1987, a qual, rompendo com jurisprudência tradicional da Corte, entendeu que a posse indígena deveria ser equiparada à do direito civil (p. 02). Lembrou que, atuando como Procurador da República, contestou algumas ações, as quais, ajuizadas com base nesse novo entendimento adotado pela Corte, almejavam a anulação de demarcações realizadas pela União. Para isso, propôs a adoção de um conceito de posse indígena, o qual, segundo ele, englobava todas as suas dimensões, remetendo à idéia de um “habitat de valores culturais”.

O referido ministro relembrou que na Ação Civil Originária n. 323/MG o Supremo Tribunal Federal retomou seu antigo posicionamento, afirmando que a posse indígena e a posse de direito civil não são equivalentes e não podem ser equiparadas (p. 04).

---

<sup>31</sup> A respeito da eficácia normativa da citada declaração em relação ao ordenamento jurídico pátrio, o Ministro César Peluso afirma em seu voto à p. 03: “Em primeiro lugar, quero acentuar a inoperância jurídica da Declaração da ONU, de 2007, não obstante a ressalva que faço às opiniões em contrário referidas e assumidas pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski. Parece-me que tal declaração, na verdade, não vai além de mera exortação política aos países-membros para reconhecimento e garantia dos interesses e direitos das populações indígenas. Não é um tratado, não corresponde a nenhuma das categorias de documentos internacionais com força jurídica vinculante. Em outras palavras, a meu ver, não tem *status* nomológico ou *status* normativo. E, por isso, não integra nem vincula, em nenhum sentido, o ordenamento jurídico brasileiro”.

Desse modo, afirmou que a posse indígena abrange todo o território indígena propriamente dito, ou seja, aquele necessário para o seu sustento e reprodução cultural, destacando que essa definição de terra indígena, adotada pelo art. 231 § 1º, remonta aos ensinamentos do Ministro Victor Nunes Leal expressos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (p. 55). Salientou, ainda, que o conceito de posse indígena pode, a princípio, causar certa insegurança devido a sua flexibilidade, gerada pela necessidade da análise de aspectos religiosos, tradicionais e culturais para a sua correta configuração. Ressaltou, porém, que o fato da posse indígena ser protegida por todas as Constituições pátrias desde a de 1934, demonstra, por outro lado, que esse instituto pode ser considerado tradicional no direito público brasileiro (p. 57).

Pelo resultado final da votação e consequente definição do acórdão, ficou claro que as condições propostas pelo Ministro Menezes Direito - as quais foram refinadas pelo “voto-ajuste” do Ministro César Peluso e impulsionadas pela ágil coordenação do Presidente Gilmar Mendes, receberam a adesão dos outros nove ministros, que julgaram a ação parcialmente procedente -, acabaram por reduzir em certa medida o caráter pluralista do voto do relator Ayres Britto em benefício das “razões de Estado”. As conseqüências disso para a posse indígena não são, no entanto, suficientes para eliminar sua distinção em relação à posse do direito civil, incidindo mais com relação à definição do marco temporal.

Estabelecidas essas conclusões a respeito da posse indígena, resta tecer breves observações em relação ao tema da terra indígena, lembrando a íntima relação entre esses tópicos<sup>32</sup>.

O voto do relator, Ministro Ayres Britto destacou uma parte de sua argumentação para tratar especificamente do conceito de terra indígena como tema genérico (p.28-47). Começou asseverando que as terras indígenas são parte essencial do território brasileiro, sobre as quais incidem, exclusivamente, o Direito nacional, não o de outro Estado soberano, nem de qualquer organismo internacional, exceto mediante convenção ou tratado que tenha fundamento de validade na atual Constituição Federal (p. 28). Afastou, desta forma, qualquer possibilidade de que o reconhecimento do direito dos índios à posse sobre as suas terras seja entendido como aceitação de uma eventual autonomia no sentido de autodeterminação típica das pessoas jurídicas de direito público internacional dotadas de soberania.

---

<sup>32</sup> José Afonso da Silva afirma que o conceito de terra indígena tornou-se tema central dos direitos constitucionais dos índios porque eles dependem dessas terras para sua própria sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos senão se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por ele tradicionalmente ocupadas, pois, a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil. (2006, p. 855).

Afirmou, ainda, que todas as terras indígenas, ou seja, aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios, constituem bem ou propriedade física da União, conforme dispõe o artigo 20, XI, da Constituição Federal, não se destacando como pessoa político-geográfica e não podendo, portanto, ser confundidas ou equiparadas a qualquer dos entes federativos, estabelecendo que a terra indígena é sim uma “categoria jurídico-constitucional”, mas não “instituição ou ente federado” (p. 31).

Desta forma, deve haver o necessário controle da União sobre os Estados e Municípios sempre que estes atuarem no interior das terras já estabelecidas como de afetação indígena, bem como a atuação complementar de Estados e Municípios nessas terras há de se fazer em regime de concerto com a União e sob a liderança desta, consoante o disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal.

Destacou o fato de, historicamente, os Estados e Municípios encararem com indisposição a possibilidade de terem terras indígenas constituídas dentro de seus territórios, associando isso a prejuízos decorrentes de eventuais limitações econômicas e políticas geradas por aquele fato. Por isso, tenderiam a prejudicar populações indígenas através da expedição de títulos de propriedade em benefício de fazendeiros, garimpeiros etc., causando o deslocamento forçado daquelas populações para locais inóspitos e ermos. Para Britto, esses foram os motivos que levaram o constituinte de 1987/1988 a definir a “competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada contra Estados e Municípios, se necessário” (p. 32-33).

Um outro ponto digno de nota foi a distinção efetuada com relação à consideração de que não existem terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas, havendo, em suas palavras “desabono constitucional aos vocábulos “povo”, “país”, “território”, “pátria ou “nação” indígena, porquanto a vigente Carta Política refere-se unicamente a “terras indígenas”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Isto porque: “[...] território se define como parte elementar de cada qual das nossas pessoas jurídicas federadas. Todas elas definidas, num primeiro e lógico momento, como o conjunto de povo, território e governo. [...] E já ficou demonstrado que terra indígena e ente federativo são categorias jurídicas de natureza inconfundível. [...] 65. Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental – essa entre terras indígenas e território -, pois somente o território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, autônoma (Kelsen, sempre ele). O locus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, que são relações de natureza política. E cujas linhas demarcatórias são fixadas por modo irrestritamente contínuo [...] 66. Já o substantivo ‘terras’, 11 vezes referido ao conjunto das etnias indígenas, é termo que assume postura nitidamente sócio-cultural. Não política. Tanto assim que os índios fazem parte de um título constitucional fora daquele rotulado como “Da Organização do Estado” (Título III). [...] A traduzir que os ‘grupos’, ‘organizações’, ‘populações’ ou ‘comunidades’ não constituem pessoa federada.

Já o Ministro Menezes Direito, após definir, por meio da adoção da teoria do fato indígena, o que se pode entender como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, passou a estabelecer diversas restrições ao usufruto dessas terras, tendo como base hermenêutica o método da interpretação constitucional sistêmica, com destaque para o artigo 236 § 6º (p. 33). Determinou que, após a homologação da demarcação da terra indígena realizada pelo Ministério da Justiça, seus limites não poderiam mais ser objeto de revisão, pois já estaria constatada e definida a existência do fato indígena, incidindo nesta hipótese a preclusão administrativa (p. 36).

Dispondo expressamente para o futuro, o Ministro Direito, fazendo referência ao art. 91, parágrafo 1º, III, entendeu que o Conselho de Defesa Nacional deve ser ouvido nos procedimentos de demarcação de terras indígenas localizadas em faixas de fronteiras (p. 44). Em sequência, afirmou que as terras indígenas localizadas em faixas de fronteiras podem ser objeto de instalações de bases e demais instalações militares, a critério das autoridades competentes, sem necessidade de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Fundação Nacional do Índio - FUNAI, limitando assim, mais uma vez, o usufruto dos índios sobre as terras, nesse e em outros casos relativos a interesses estratégicos ligados a defesa nacional (p. 50).

Outra medida determinada pelo Ministro Menezes Direito, limitativa do controle dos índios sobre as suas terras, concerne àquelas situações nas quais a terra indígena esteja sujeita a dupla afetação<sup>34</sup> por estar situada parcial ou inteiramente dentro de uma unidade de preservação ambiental. Nesses casos, afirma que, devido ao meio-ambiente ser um bem de todos os brasileiros e da humanidade, a área da terra indígena afetada por uma unidade de conservação deve ser administrada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade, podendo contar com a participação das comunidades indígenas do local em caráter apenas opinativo, além da consultoria da Fundação Nacional do Índio - FUNAI (p. 55).

O Ministro Gilmar Mendes colacionou em seu voto um tópico dedicado à “natureza das terras indígenas na federação brasileira” (p. 47-54), onde traçou toda a história normativa

---

insista-se na proposição. Como não constituem a figura que o art. 33 da Constituição designa por Território Federal, pois o certo é que tais grupamentos não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Menos ainda da autonomia político-administrativa que é própria de cada qual das quatro pessoas jurídicas de direito público a que se reportam os art. 1 e 18 da Constituição Federal: União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]”. Voto do Ministro Ayres Britto, p. 35-36.

<sup>34</sup> A reserva Raposa Serra do Sol está sujeita a tripla afetação por ser uma terra indígena localizada em área de fronteira e parcialmente situada em uma Unidade de Conservação, o Parque Nacional do Monte Roraima.

do Estado de Roraima desde a fundação da Capital, Boa Vista, em 1830, passando pelas alterações de status desse Estado e de seus municípios, com destaque para as diversas demarcações de terras indígenas naquela área e das suas conseqüências em nível político-institucional. Semelhante ao posicionamento do Ministro Menezes Direito, defendeu a ocorrência da preclusão administrativa nos casos de demarcações já homologadas pela União, “salvo em hipóteses excepcionais, em que verificada a presença de vícios insanáveis”, vedando dessa forma, alterações nos limites já demarcados fundadas apenas nos juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública (p. 25).

De forma idêntica, acompanhou o Ministro Menezes Direito no sentido de afirmar a necessidade de restringir a posse indígena para uma proteção adequada do meio-ambiente e da faixa de fronteira, afirmando que tais limitações decorrem da própria Constituição e são resultado natural de um processo de interpretação que prestigie a unidade da Carta Maior (p. 39). Coerente com essa posição afirmou, em seguida, que as reservas indígenas coincidentes com áreas de conservação devem respeitar as restrições decorrentes da própria natureza dessas unidades, “bem como outras que vierem a surgir” (p. 40).

Em uma passagem importante do seu voto, destacou a importância do princípio da lealdade federativa como conseqüência da própria existência do Estado Federal (p. 66), levando a estabelecer que, no exercício da competência explícita da União para a demarcação de terras indígenas, deve-se garantir aos Estados e Municípios afetados participação obrigatória e efetiva em todas as etapas do procedimento demarcatório, com plena observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (p. 72).

Dessas breves observações pode-se concluir que, no caso da terra indígena, ocorreram significativas delineações e consolidações de entendimentos, resultando na afirmação por ministros da Corte de ter sido definido o “Estatuto Jurídico das Terras Indígenas”, espelhando a idéia do seu caráter paradigmático<sup>35</sup>. No entanto, a inequívoca orientação pragmática, direcionada para o futuro, que essa decisão do Supremo Tribunal Federal de fato constituiu, é ainda alvo de muitas críticas, a maior parte delas voltadas principalmente contra a condição de número dezessete, impeditiva da ampliação de área indígena já demarcada.

---

<sup>35</sup> “O Estatuto jurídico das Terras Indígenas não se reduz a um ‘tudo pode’ para os índios e um ‘nada pode’ para a defesa do interesse público na sua mais ampla perspectiva. É um estatuto complexo, sofisticado, que consegue ao mesmo tempo cumprir a determinação constitucional de proteção e preservação dos índios e da cultura indígena e assegurar a satisfação dos interesses públicos de ordem nacional, na mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação. O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas se caracteriza pelo usufruto exclusivo dos índios que, todavia, estará sujeito às condições que ora são definidas, no corpo da segurança nacional e da preservação do meio ambiente.” Voto do Ministro Menezes Direito, p. 56.

Quanto ao marco temporal, ele foi definido como sendo aquele correspondente à data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal definição foi consequência direta da substituição operada pela Corte Suprema da Teoria da Teoria do Indigenato pela Teoria do Fato Indígena, como acima demonstrado.

#### 4. A FORÇA DA ARGUMENTAÇÃO E O PERFIL DA DECISÃO

No julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol verificou-se, por parte do Supremo Tribunal Federal - vencidas as questões processuais de integração dos atores institucionais e sociais e ponderadas às variáveis, entre outras, de segurança nacional e de meio ambiente -, ao limitar a aplicação dos dispositivos dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, uma busca de legitimação de sua forma de procedimento através da afirmação da sua atuação nos limites de uma representação argumentativa<sup>36</sup>.

As principais controvérsias suscitadas a respeito da moldura da decisão final do Supremo Tribunal Federal proferida no caso Raposa Serra do Sol giram em torno das chamadas “condições” ou “restrições” impostas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ao modelo estabelecido pela União, de demarcação contínua das terras indígenas do Estado de Roraima. Essas foram incorporadas pelo relator, Ministro Carlos Ayres Britto, ao seu próprio voto, segundo determinação da maioria da Corte, apenas com mudanças em algumas expressões (DALLARI *et al*, 2009, p. 119), as quais já foram aqui reproduzidas.

Além dessas dezoito condições, foi acrescida mais uma, proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, concernente a determinar a participação, em todas as etapas do processo de demarcação, dos entes federativos que possam ter suas terras afetadas (DALLARI *et al*, 2009, p. 216).

Essas condicionantes à demarcação, como mencionado, foram estabelecidas em um voto vista, mas, após debate em plenário, por decisão da maioria dos membros da Corte foram incorporadas ao acórdão. Entretanto, tal fato contrariou a posição de alguns deles, os quais desejavam que as questões ventiladas por essas condições fossem submetidas a uma deliberação mais aprofundada, da qual participassem os representantes das partes envolvidas

---

<sup>36</sup> Cf. Alexy (2007).

no julgamento da causa, cujos interesses seriam atingidos pela efetivação dessas restrições<sup>37</sup>. E nessa linha, deve ser lembrado se a representação argumentativa não pressupõe necessariamente a participação ativa do auditório na deliberação?

O estabelecimento detalhado dessas condicionantes propiciou o surgimento de diversas manifestações quanto a um evidente ativismo por parte da Corte Suprema, que estaria, dessa forma, desrespeitando o princípio constitucional da divisão de poderes. Essa preocupação foi amplificada consideravelmente devido a uma declaração do Presidente, Ministro Gilmar Mendes, o qual aduziu, ainda antes da conclusão do julgamento, que a decisão desse caso iria servir como parâmetro de todas as futuras demarcações de novas terras indígenas<sup>38</sup>.

Não foi outra a percepção do então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, em memorial enviado aos ministros dois dias antes do final do julgamento<sup>39</sup>, no qual afirmou que a Corte Suprema não ouviu a sociedade ao estabelecer tais condições e extrapolou suas funções constitucionais<sup>40</sup>.

Além dessas críticas, no mesmo memorial foi asseverado que, por respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, decisões impositivas, com efeito *erga omnes*, só podem ser tomadas diretamente pelo Poder Judiciário no bojo de

---

<sup>37</sup> Como se pode conferir em [http://blog.estadao.com.br/blog/temporeal/?title=ministros\\_rejeitam\\_discussao\\_sobre\\_ressa&more=1&c=1&tb=1&pb=1&catse1%5B%5D=668](http://blog.estadao.com.br/blog/temporeal/?title=ministros_rejeitam_discussao_sobre_ressa&more=1&c=1&tb=1&pb=1&catse1%5B%5D=668), onde se lê: Antes do presidente do STF, Gilmar Mendes, apresentar seu voto, foi colocada uma questão de ordem pela defesa de uma das partes que acompanham o processo. Foi pedido que fossem discutidas as 18 ressalvas levantadas pelo ministro Menezes Direito em seu voto e que devem ser implementadas pela corte do Supremo. O pedido foi defendido pelos ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. "Se essas ressalvas vão ser implementadas por essa corte, então as partes envolvidas devem ter o direito de discuti-las", afirmou Barbosa. A questão de ordem, porém, foi rejeitada pela maioria dos ministros e Gilmar Mendes já começou a ler seu voto.

<sup>38</sup> [http://www.conjur.com.br/2008-dez-08/decisao\\_serra\\_sol\\_norteara\\_demais\\_demarcacoes](http://www.conjur.com.br/2008-dez-08/decisao_serra_sol_norteara_demais_demarcacoes), onde se destaca: O ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou que o julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol não vai tratar apenas do caso concreto, mas deve dar diretrizes para a demarcação de novas terras. 'É natural que possa haver alguma discussão que vá além do caso concreto de Raposa', afirmou Gilmar Mendes. Ele diz que é a primeira vez que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL se debruça com profundidade sobre o tema depois da Constituição de 1988. Segundo a Agência Brasil, o ministro fez as afirmações durante o lançamento do projeto Casa de Justiça e Cidadania, em Montes Claros (MG).

<sup>39</sup> Disponível em: <[www.supremoemdebate.blogspot.com/2009/03/o-mp-federal-e-raposa-serra-do-sol.html](http://www.supremoemdebate.blogspot.com/2009/03/o-mp-federal-e-raposa-serra-do-sol.html)>.

<sup>40</sup> Na compreensão do Ministério Público não cabe a essa Corte Suprema, a partir de *obter dictum* lançado em voto proferido em sede de processo subjetivo, traçar parâmetros abstratos de conduta, máxime em contexto em que os mesmos não foram sequer objeto de discussão no curso da lide. É certo que o Supremo Tribunal Federal vem relativizando a idéia tradicional, de matriz kelseniana, de que o seu papel no âmbito da jurisdição constitucional é o de mero legislador negativo. A Corte, em sintonia com outros tribunais constitucionais, vem admitindo, em algumas circunstâncias especiais, a prolação de decisões de caráter aditivo. Todavia, os princípios do estado democrático de direito e da separação de poderes impõem limites para esta atividade normativa do Supremo Tribunal Federal que, ao ver do Ministério Público, foram ultrapassados no caso. Na hipótese, sem nenhuma discussão prévia na sociedade, simplesmente foi proposta a edição de comandos gerais e abstratos, em tema extremamente complexo e de enorme relevância social e jurídica." Páginas 2 e 3 do memorial. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/memorial%20raposa.pdf>.

processos objetivos, não sendo esta a hipótese do julgamento em cotejo, pois concernente a uma ação popular<sup>41</sup>.

Cumpre destacar que algumas das condições estabelecidas por Menezes Direito já constavam no voto do relator, Ministro Carlos Ayres de Britto<sup>42</sup> e, por outro lado, diversos autores ventilaram a hipótese de que elas não seriam inovações normativas, mas decorreriam apenas da simples interpretação de normas já previstas na própria Constituição da República<sup>43</sup>.

No entanto, parece haver um consenso maior no sentido da posição oficial da Procuradoria-Geral da República, ou seja, em pelo menos algumas dessas condições o Supremo Tribunal teria inovado o ordenamento jurídico.

O jornalista Rodrigo Taves, especializado em meio-ambiente, por exemplo, aduz que algumas delas não trariam nenhuma novidade normativa: “A principal condição - a de que as Forças Armadas tenham livre acesso à reserva para instalar postos de fronteira e pelotões - já está plenamente contemplada na Constituição e, na prática, nunca foi desrespeitada”. Por outro lado, salientou que algumas condições são na verdade incontestáveis inovações estabelecidas pelo Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo<sup>44</sup>.

Até mesmo defensores dos direitos dos índios, os quais, no caso específico da Reserva Raposa Serra do Sol tiveram seu pleito atendido, reprovaram o “caráter estatutário” da decisão do Supremo, pois, segundo eles, pode vir a prejudicar a causa indígena no futuro<sup>45</sup>.

No mesmo sentido dessas últimas críticas, vale lembrar que o Procurador-Geral da República, no memorial supracitado, visando à melhor proteção dos direitos indígenas, questionou especificamente algumas das dezoito condições, entre as quais a décima sétima, cuja estipulação veda a ampliação de área indígena já demarcada<sup>46</sup>.

Já o perfil da decisão, deve-se destacar, é marcado por um nítido caráter perfeccionista. Nesse sentido, quatro modelos de interpretação constitucional são elencados por Cass Sustein ao estudar a jurisprudência norte-americana. Para cada modelo adotado, há uma distinta compreensão do que deve ser o texto constitucional e a interpretação de suas

---

<sup>41</sup> “Vide página 03 do memorial, disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/memorial%20raposa.pdf>.

<sup>42</sup> <http://supremoemdebate.blogspot.com/2009/03/o-mp-federal-e-raposa-serra-do-sol.html>.

<sup>43</sup> Barroso (2008, p.25).

<sup>44</sup> Vide a obra de Taves nessa direção (TAVES, 2008).

<sup>45</sup> É o que pensa, por exemplo, a especialista em Direitos Humanos pela Università di Bologna, Natália Suzuki Disponível em <http://www.diplo.wordpress.com/2009/03/24/487/>.

<sup>46</sup> “De todas as condições estabelecidas, talvez seja esta a mais prejudicial aos direitos das comunidades indígenas. Vide, Página 09 do memorial, disponível em: [www://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/memorial%20raposa.pdf](http://www://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/memorial%20raposa.pdf).”

normas na resolução dos casos difíceis (*hard cases*). O modelo perfeccionista ou maximalista (SUNSTEIN, 2005) contrapõe-se ao minimalista (SUNSTEIN, 1999). Este último procura o máximo possível decidir o estritamente necessário à resolução da causa, sem tentar elaborar amplos acordos morais acerca do tema, fazendo uso estratégico e recorrente do silêncio.

Por outro lado, o modelo perfeccionista pressupõe uma decisão cujo conteúdo seja o mais abrangente possível, pois nenhuma questão pode ficar sem resposta. Há, insita, uma pretensão em regular, não somente aquele caso submetido à apreciação, mas todos os outros relativos à mesma matéria, estabelecendo padrões de orientação para os casos futuros. É um modelo ambicioso, cujo escopo é resolver de forma ampla e profunda, dilemas morais e políticos da sociedade com efeitos futuros, podendo-se identificar um forte conteúdo prescritivo.

Para tanto, os julgados perfeccionistas lançam mão de considerações dos mais diversos ramos do conhecimento, tais como ciência política, filosofia jurídica, teoria da constituição, sociologia e antropologia. Os perfeccionistas tentam extrair da Constituição o máximo de suas possibilidades, construindo teses criativas e construções sofisticadas. A fundamentação é calcada em princípios bastante abstratos e de pouca densidade normativa, inclusive com a aplicação direta desses princípios, criando novas previsões, mesmo diante do silêncio eloqüente do constituinte.

A ambição de resolver questões técnicas, de controvérsias profundas, evidencia-se na condicionante de número dezessete. O intuito é, a partir de apenas um julgado, estabelecer um amplo acordo sobre a questão indígena, acordo esse que pretende alcançar todas as demandas posteriores. Não resta dúvida que o conjunto de condicionantes – e principalmente a décima sétima – tem por objetivo, além de decidir acerca desta demarcação, construir um verdadeiro marco teórico, ou seja, criar um estatuto apto a orientar todos os outros questionamentos envolvendo demarcação de terras indígenas.

A pretensão de efeitos prospectivos fica clara, quando impede, de antemão, a ampliação dos limites da reserva. Houve uma clara extrapolação do objeto da demanda, muito comum nas decisões maximalistas, pois o questionamento era sobre a constitucionalidade da demarcação contínua da reserva e não sua eventual extensão futura. A condicionante não se adstringiu em decidir a controvérsia em questão, mas em resolver a priori os dissensos futuros.

## CONCLUSÕES

A título de reflexão, pondera-se com base nos itens anteriores se a aplicação dos modelos metodológico-teórico do desenho institucional e diálogos institucionais mostrou-se de valia para a compreensão do caso Raposa Serra do Sol no seu sentido valorativo quanto à preservação de direitos fundamentais.

O voto da relatoria aponta a necessidade de ‘integrar novos atores’, com base na discussão do instituto do litisconsorte, um adensamento da objetivização ou abstrativização da postura do Supremo Tribunal Federal diante de determinados instrumentos de tutela de direitos, tais como a ação popular. Tal fato reforçou uma prática institucional (dentro de um novo desenho institucional) de protagonismo do Supremo Tribunal, notadamente no tocante ao denominado “estatuto demarcatório”, tendo como consideração central “o fato indígena”.

Deve ser avaliada, a postura do Ministro César Peluso, no seu voto de ajuste, ao lembrar que “poucas vozes foram ouvidas”, embora se possa afirmar que tal discussão no campo processual pode ser vislumbrada como uma tentativa de questionar a legitimidade processual e administrativa da demarcação.

Assim, o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar de modo pragmático a questão da intervenção de terceiros. Foi dirimido o problema levantado com o firme propósito de não colocar em dúvida a legitimidade do processo demarcatório e a celeridade processual. Entretanto, mesmo reconhecendo as “poucas vozes” presentes no processo demarcatório, estas tiveram como objetivo dificultar o reconhecimento do direito das sociedades indígenas.

O julgamento estudado demonstrou certos limites dentro das perspectivas da representação argumentativa, do desenho institucional e no quadro das teorias dos diálogos. Desta forma, não se avançou no reconhecimento expresso da presença de *amicus curiae* dentro das contradições jurídicas decorrentes da objetivização ou abstrativização da ação popular, muito embora presente a idéia de participação de alguns setores sociais sob diversa titulação, qual seja, assistência. Na esteira da lição de Phillip Pettit pode-se constatar um “desenho institucional não satisfatório”, necessitando uma intervenção, com a finalidade de melhorar seu desempenho.

Registre-se que a existência de “poucas vozes” foi superada nas condições citadas, ao ser estabelecido um diálogo institucional com segmentos do Estado brasileiro e a interferência nos direitos fundamentais das sociedades indígenas. Vale ressaltar que essa forma de ‘diálogo institucional’, com o seu sentido limitador, foi utilizada como um instrumento na decisão do

Caso Raposa Serra do Sol por meio das aludidas condições, trazidas no voto do Ministro Menezes Direito.

Fica patente, por derradeiro, que, ao não ser viabilizada a participação das partes quando da discussão dessas condições em plenário, houve uma limitação do alcance de uma pretendida representação argumentativa.

Para tanto, apesar dessa frágil representação argumentativa decorrente da limitação da participação efetiva das sociedades indígenas no universo demarcatório, viabilizou-se o denominado “estatuto demarcatório”, o qual firma o desenho institucional do Tribunal como protagonista e limita as possibilidades de mecanismos de diálogo institucional e da própria diversidade social.

Prova evidente disso está nas liminares concedidas com relação a atos demarcatórios recentes nos Estados de Mato Grosso do Sul e Roraima, nos quais, por meio dos Mandados de Segurança números 28555, 28567 e 28574, em sua decisão monocrática, o Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Gilmar Ferreira Mendes consolidou a noção clássica de posse como aquela existente efetivamente data da promulgação da Constituição Federal de 1988, desconhecendo o universo antropológico da posse indígena.

Nessa análise, articulando a prática institucional para garantir a diversidade social, ao distanciar de um debate limitador da categoria instituição, esta deve assumir mais uma perspectiva metodológica e objetiva como, aliás, é antevista no pensamento de Herbert Hart como regras nas quais pautam a presença do indivíduo.

## Referências Bibliográficas

ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Rio de Janeiro: OAB Editora, 2008. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 23 jan.2009

BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- BENHABIB, Seyla. *Las Reinvidicaciones de La Cultura. Igualdad y Diversidad em La Era Global* Buenos Aires: Katz, 2006
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009
- BUENO, C.S. *Amicus Curiae no processo civil: um terceiro enigmático*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DALLARI, D. A. e outros. *Makunaima Grita!* Rio de Janeiro: Azougue Editora, 2009.
- DEL PRA, C.G.R. *Amicus curiae: Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FOUCAULT, M. *O Nascimento da Biopolítica*. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2008.
- GARRIDO, A.; MIRANDA NETTO, F. G.; VIEIRA, J. R.; MAGALHAES, J.; CAMARGO, M. L.; STRUCHINER, N. Dossiê Especial. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3. Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2008.
- HABERLE, P. *Hermenêutica constitucional A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HART, L. A. H. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12.ed. Ver. E atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, C.H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, São Paulo: USP, 2008.
- MENDES, C.H. “Onze Ilhas”. In: *Folha de São Paulo* – 01 de fevereiro de 2010
- MENDES, G. F. Processo Administrativo n. 318.715/STF. In: DIDIER JR., Fredie. *O Recurso Extraordinário e A Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade No Direito Brasileiro* In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- MORAIS, D.S. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Braisl e a participação do amicus curiae em seu processo*. Revista de Processo 2008 – RePro
- PEREIRA, C.M.S. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PETTIT, P. Institutional Design and Rational Choice. In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge University Press, 1996.
- SILVA, J. A. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006
- STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M.A.C. *A NOVA PERSPECTIVA DO Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. In AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: Os desafios no terceiro milênio*.

SUSTEIN, C. *Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América*. New York: Basic Books, 2005.

SUSTEIN, C. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

TAVES, R. *As inócuas e desnecessárias "condições" de Menezes Direito*, 2008. Disponível em <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/451>>. Acesso em: 23 jan. 2010

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

VELLOSO, C.M.S. *O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional*. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *apud* MORAIS, Dalton Santos. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do amicus curiae em seu processo*. Revista de Processo 2008 – RePro