

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDO MARTINS DOS PASSOS

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO CASO
RAPOSA/SERRA DO SOL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia de graduação em Direito público
apresentada como requisito parcial para conclusão
de curso do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

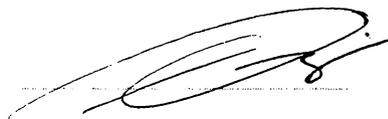
Orientadora Professora: Dra. Eneida Desiree
Salgado

TERMO DE APROVAÇÃO

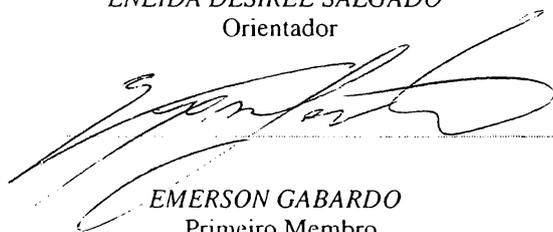
FERNANDO MARTINS DOS PASSOS

Jurisdição Constitucional: a decisão do STF na petição 3388-4/RR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientador



EMERSON GABARDO
Primeiro Membro



DANIEL WUNDER HACHEM
Segundo Membro

RESUMO

A discussão acerca de um conflito ou incompatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia se apresenta, em grande parte, superado de forma que atualmente já não mais se discute a legitimidade do ativismo judicial. Há, por sua vez, uma busca em se responder qual deve ser o limite de atuação do juiz. No Brasil o constituinte originário outorgou ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Por esta razão se justifica uma análise de um julgado de grande peso político e apelo social em que é possível tentar apurar quais são as teorias de interpretação e aplicação constitucional adotadas pela Corte, bem como quais são os limites que os Ministros entendem possível a atuação do Judiciário.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	1
2. Para entender o caso: métodos de interpretação constitucional.....	2
2.1 Métodos clássicos de interpretação.....	2
2.2. Métodos modernos de interpretação constitucional.....	5
2.3.Princípios de interpretação.....	7
2.3.1. Princípios de interpretação especificamente constitucional.....	7
3. Para discutir o caso: Os limites do controle jurisdicional de constitucionalidade...11	
3.1.Jurisdição constitucional e legitimidade democrática.....	11
3.2. Democracia procedimental e deliberativa.....	13
3.3.Textualismo e minimalismo.....	17
3.4.A reserva de consistência.....	20
4. A decisão do STF na Petição 3.388-4/RR.....	22
4.1. O caso.....	22
4.2. As questões centrais.....	24
4.2.1.Higidez da ação popular.....	24
4.2.2. Possibilidade de demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira.....	29
4.2.3. Potencial desrespeito ao pacto federativo.....	30
4.2.4.Modelo constitucional de demarcação de terras indígenas.....	33
4.2.5. A decisão e o princípio da proporcionalidade.....	36
5. Conclusão.....	38
Referências bibliográficas.....	40

1. Introdução.

Este trabalho tem por objetivo analisar a atuação da Suprema Corte brasileira em um *leading case* e avaliar se houve extrapolação dos limites de interpretação e aplicação constitucional.

Passando por conceitos objetivos de teoria do Estado, Federação bem como dos limites e métodos de interpretação constitucional, o que se busca não é a defesa de uma limitação da jurisdição constitucional pela democracia ou vice-versa, mas sim verificar o comportamento do Judiciário brasileiro e como uma decisão pode afetar o funcionamento das instituições democráticas no país.

Conforme se demonstrará adiante não é possível afirmar que a discussão envolvendo os limites da atuação do juiz e o funcionamento da democracia tenha chegado a um ponto de entendimento. Isso porque a divisão das funções de cada poder é tema eminentemente político, portanto permeado de questões ideológicas.

E, pelo fato de que no Brasil o ciclo de renovação dos juízes seja relativamente curto, principalmente quando comparado à Suprema Corte norte-americana potencialmente a Corte Constitucional mais influente em caráter nacional e internacional da história, as mudanças de direção podem contribuir para um ambiente de insegurança jurídica caso certas medidas não sejam tomadas com o devido cuidado.

Para a realização deste estudo tomar-se-á um caso concreto, qual seja a decisão do Supremo Tribunal Federal na Petição nº 3.388-4/RR (Raposa/Serra do Sol). A escolha deste caso se justifica não somente pelos temas de direito em questão (que envolve as áreas do direito constitucional, administrativo, processual e civil), mas também pelas implicações política e social que permearam o julgamento.

Não há a intenção de se fazer uma revisão do resultado da decisão, mas sim apontar de forma crítica os pontos centrais do caso, bem como procurar a coerência no acórdão e nos votos de cada um dos ministros e verificar qual o grau (se evidenciado) de ativismo judicial dos juízes constitucionais.

2. Para entender o caso: métodos de interpretação constitucional.

Primordial para o desenvolvimento deste trabalho uma breve leitura acerca dos métodos tradicionais e modernos de interpretação constitucional, a qual será realizada de forma breve e objetiva seguidos de uma rápida crítica sem, no entanto, pormenorizar por demais vez que não é esta a natureza nem o objetivo do presente trabalho.

USERA afirma que “a missão transcendental do intérprete consiste em ordenar a pluralidade de elementos que se acham à sua disposição”.¹

O debate sobre a interpretação das leis acentua-se bastante com o surgimento dos Estados Democráticos de Direito, principalmente a partir do século XIX. KARL LARENZ atribui a SAVIGNY a primeira tentativa de apresentar uma resposta sobre interpretação legal após o fim do Direito Natural² - não sem criticá-la. E é com este modelo, ao menos em parte, que as recentes teorias guardam alguma semelhança.

Passemos então à análise destas teorias.

2.1. Métodos clássicos de interpretação.

Em um primeiro momento SAVIGNY rejeitava a possibilidade de uma interpretação restritiva ou extensiva da norma, opondo-se a uma interpretação teleológica. Afirma que o intérprete deve se ater ao que diz a lei, não àquilo que o legislador pretendeu dizer. Acentua que o aperfeiçoamento da norma só pode ocorrer por tarefa do legislador, admitindo a analogia como forma de se descobrir na lei uma regra superior que decida um caso não regulado, sendo apenas a lei que complementa a si própria, não se confundindo com a restrição ou extensão.³

Posteriormente, sua conceituação sofre uma alteração quando passa entender que não são as leis que produzem os institutos jurídicos, mas sim a partir das relações de vida que se pensam e organizam como ordem jurídica vinculante que constituem os *institutos jurídicos*, que se tornam a origem e fundamento de toda evolução do Direito.

¹ USERA, Raul C. *Interpretación constitucional y fórmula política*. apud BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. p. 125

² Mas a metodologia de SAVIGNY é a primeira após o ocaso do Direito Natural (moderno); ele não se limitou a expô-la reiteradamente, mas empreendeu a sua própria aplicação. A sua metodologia influenciou duradouramente a literatura jurídico-científica do século XIX, mesmo onde se empreendia a sua refutação. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6 ed. rev. e aual. – São Paulo: Saraiva, 2001. Tradução de José Lamego. p. 9.

³ LARENZ, Karl. *Obra citada*. p. 123

As regras não podem compreender-se por si só, mas apenas pela intuição do instituto jurídico que também norteou o legislador ao formulá-las.

Neste sentido que KONRAD HESSE afirma que “a concretização de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’ que essa norma está destinada a ordenar”⁴, ou seja a eficácia da Constituição somente se efetivará à medida em que estiver de acordo com o momento de desenvolvimento da sociedade.

Com relação aos elementos clássicos, conforme apontados por SAVIGNY, LUIS ROBERTO BARROSO ressalta que “da aplicação dos diferentes métodos a uma dada espécie concreta podem ocorrer duas possibilidades: (a) ou todos eles conduzem a um mesmo resultado; (b) ou apontam eles para resultados divergentes. Na primeira hipótese, o caso será facilmente resolvido (...). Tratar-se-á de um caso *fácil*. Na segunda, estar-se-á diante de um caso *difícil*. Para sua solução exige-se do intérprete maior indagação.”⁵

Os modelos apresentados por SAVIGNY são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Passa-se então à necessária explicação destes métodos:

a) Gramatical ou semântico: apresenta-se como etapa inicial da interpretação jurídica. Enquanto não significa os limites máximos que se pode atribuir a uma norma, por outro lado é verdadeiro que cada termo possui um significado mínimo a ser respeitado, correndo-se o risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados⁶. Ressalte-se que há um consenso de que a aplicação literal da norma pode guiar a decisões incompatíveis ou até servir de justificação para escusa de uma decisão de mérito.

b) Histórico: a interpretação histórica tem por finalidade identificar o significado da lei a partir dos precedentes legislativos, da vontade do legislador. BARROSO destaca que este método tem maior utilidade não na interpretação das leis mas sim da Constituição; principalmente, ressalta, no caso de Constituições recentes que exigem a identificação de sua causa histórica para explicação de institutos que, de outra forma, seriam incompreensíveis.

⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 12

⁵ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001. p. 125-126.

⁶ BARROSO, Luís R. *Obra citada*. p 129.

De toda sorte, a interpretação histórica aparece em um contexto bastante limitado, encontrando fortes ressalvas, principalmente diante da dificuldade e imprecisão em se buscar a vontade do legislador e suas motivações.

c) Interpretação sistemática: o ordenamento jurídico apresenta-se como um todo composto de partes, que são as normas jurídicas. Cada norma jurídica não pode ser interpretada singularmente e isoladamente. Isso porque, dada a unidade do sistema, uma norma interpretada isoladamente pode vir a contrariar outras normas e até mesmo a integridade do sistema.

Grande parte das normas não prescindem da sua leitura em conjunto com outra(s) para o estabelecimento de seu significado; em outras palavras muitas normas encontram complemento em outras e no próprio ordenamento.

GRAU afirma que não se interpretam textos normativos constitucionais isoladamente, mas sim a Constituição no seu todo. Destaca, ainda, a importância deste método a partir das normas-objetivo, momento em que “os textos normativos são dinamizados como instrumento de governo”, estas normas traduzem os fins e objetivos do Estado e justificam as políticas públicas a serem implementadas. Assim sendo “as normas-objetivo determinam os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam adequadas, absolutamente, a tais normas-objetivo”.⁷

d) Interpretação teleológica: é aquela que busca compreender a finalidade, o objetivo da norma. O direito brasileiro, segundo BARROSO, consagrou o método teleológico no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. É, no entanto, grande o desafio de se compreender a finalidade da norma. BARROSO aponta que, em última instância, deve-se observar as finalidades do Estado, que no caso do Brasil estão dispostas no art. 3º da Carta Magna.

São esses os métodos clássicos de interpretação constitucional. Evidente, no entanto, que o desenvolvimento das democracias constitucionais resultaram no desenvolvimento das mais variadas teorias de interpretação, grande parte das quais sofre influência dos modelos originais. O próximo ponto abarca justamente estas teorias mais recentes, ou ao menos aquelas que obtiveram maior êxito.

⁷ GRAU, Eros R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2010. p. 165-166

2.2. Métodos modernos de interpretação constitucional

Não são poucos os métodos de interpretação que surgiram no decorrer do desenvolvimento das teorias constitucionalistas, alguns deles serão citados apenas de passagem, enquanto que outros – por sua importância e aceitação – serão contextualizados de forma um pouco mais cuidadosa, mas não muito alongada.

Os novos métodos não são, por assim dizer, completamente novos, nem representam uma ruptura com os métodos anteriores, mas afiguram-se como uma nova fase, adaptados às mudanças ocorridas no Direito e na Sociedade.

Pode-se destacar de passagem os seguintes métodos:

I) *Jurídico ou hermenêutico-clássico*. Para os adeptos dessa teoria a Constituição é uma lei, e deve ser interpretada como qualquer outra. É uma concepção baseada na idéia de verdade como conformidade de que toda norma possui um sentido em si, seja o sentido que o legislador pretendeu atribuir-lhe (*mens legislatoris*), seja o que acabou emergindo do texto (*mens legis*). A tarefa do intérprete seria, então, de descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação. Admitindo, portanto, a criatividade do intérprete enquanto agente redutor da distância entre a norma geral e o caso concreto.⁸

II) *Tópico-problemático*. Modelo que busca a resolução de um conflito a partir do contraponto de argumentos até que se encontre um adequado ao problema. Nos dizeres de CANOTILHO, a partir de “pontos de vista, sujeitos à prova de opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema”.⁹

Por esse caminho as contendas políticas são absorvidas e transformadas em simples conflitos de interpretação, o que significa resguardar a Constituição contra inconformismos autoritários, pois todo aquele que participa do debate se sente, ao menos moralmente, obrigado a respeitar o seu resultado.¹⁰ MORO faz a ressalva de que se trata método releva a norma a um segundo plano.¹¹

III) *Científico-espiritual*. Para os adeptos do método, tanto o Direito quanto o Estado e a Constituição são fenômenos culturais ou fatos referidos a valores éticos, a

⁸ MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocêncio M. e BRANCO, Paulo G. G. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122

⁹ CANOTILHO, Joaquim J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Apud MORO, Sérgio F. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p. 166

¹⁰ MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocêncio M. e BRANCO, Paulo G. G. *Obra citada*. p. 123

¹¹ MORO, Sérgio F. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p.167

cuja realização os três servem de instrumento. Entre os valores emerge a integração como fim supremo a ser buscado por toda comunidade. É, no entanto, um método que, em busca do integracionismo absoluto, degrada o indivíduo à simples condição de peça – indiferenciada e sem relevo.¹²

MORO critica o modelo por afirmar que as normas compreendem um dever-ser e não podem refletir preferências a serem seguidas.¹³

IV) *Hermenêutico-concretizador*. Bastante similar ao método *tópico-problemático*, parte-se do princípio que a leitura de qualquer texto normativo começa pela pré-compreensão do intérprete/aplicador, a quem compete concretizar a norma a partir de dada situação histórica e, em seguida, apresentar a resolução à luz da Constituição.¹⁴ Em outras palavras, a função do intérprete seria a de, no momento da concretização, estabelecer a um balanço entre a procedência da norma e a importância da realidade. FRIEDERICH MÜLLER ressalta a o peso deste último componente, pois a “norma de decisão no caso”, seria produto de interação entre dois componentes da norma, que gozariam de idêntica importância para o intérprete: o “programa da norma”, representado pelo teor literal, juntamente com todos os recursos interpretativos do texto constitucional, e o “domínio ou âmbito da norma”, a estrutura do segmento da realidade social regulada pelo programa da norma.¹⁵

MENDES aponta como falha a falta de um critério de verdade a ser utilizado.

A crítica apresentada aos métodos hermenêuticos, feita por BÖCKENFÖRDE, é a de que carecem de ancoragem numa *teoria da Constituição constitucionalmente adequada*, ou seja, numa teoria que tenha como ponto de partida a Constituição mesma e como objetivo a realização de seus preceitos.¹⁶

V) *Originalismo*. Visto como uma evolução da interpretação histórica, que busca fundamentação na *mens legislatoris* (vontade do legislador). Não deve ser confundido com o *textualismo* (que será posteriormente analisado).

Críticas não faltam, dentre elas as que apontam a dificuldade em se buscar a autêntica vontade do legislador, e também a de que os mortos não têm direitos sobre os vivos.

¹² MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocência M. e BRANCO, Paulo G. G. *Obra citada*. p. 126

¹³ MORO, Sérgio F. *Obra citada*. p. 167

¹⁴ MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocência M. e BRANCO, Paulo G. G. *Obra citada*. p. 125

¹⁵ MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. apud MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocência M. e BRANCO, Paulo G. G. *Obra citada*. p. 129

¹⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. apud MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocência M. e BRANCO, Paulo G. G. *Obra citada*. p. 126-127

Estas são, por ora, as teorias cuja análise cabe neste capítulo, sendo que no próximo será realizado um estudo mais aprofundado acerca das correntes do textualismo, da democracia procedimental e do constitucionalismo.

Antes do encerramento deste capítulo faz-se necessário um breve estudo sobre os princípios que norteiam a interpretação da Constituição

2.3. *Princípios de interpretação*

A interpretação da Constituição, em maior grau do que ocorre com a das leis, não se realiza apenas a partir apenas do texto escrito. A aplicação dos princípios é, ao mesmo tempo, tarefa imprescindível para interpretação e aplicação das normas constitucionais e um dos campos mais espinhosos do direito. A razão de tanta controvérsia reside no fato de a Carta Maior trazer não apenas os princípios explícitos (como o da dignidade da pessoa humana), mas também por haver princípios implícitos, acerca dos quais se baseia a controvérsia.

Pela natureza deste trabalho é de extrema relevância o estudo dos princípios de interpretação especificamente constitucional. A existência destes princípios se explicam pela hierarquia da Carta Maior em relação às demais normas, bem como pelo seu caráter político.

2.3.1. *Princípios de interpretação especificamente constitucional.*

As normas constitucionais diferem das demais por uma série de fatores e, por isso, não podem ser comumente interpretadas.

Desta forma os princípios que a distinguem são, de acordo com BARROSO, os seguintes:

I) *Supremacia da Constituição*. Princípio primordial de interpretação é o fato de a Constituição estar hierarquicamente acima dos demais atos normativos. Desta forma ela delimita o modo de produção e o conteúdo das leis.¹⁷

II) *Presunção de constitucionalidade das Leis e Atos do Poder Público*. Em que pese a hierarquia da Constituição e do fato de o Judiciário acumular a função de guardião, um ato normativo somente deve ser declarado inconstitucional quando houver impossibilidade de resolução da lide de modo diverso. Este princípio se justifica

¹⁷ BARROSO, Luís R. *Obra citada*. p. 158

também em razão da relação entre os Poderes, que devem evitar interferir na esfera de outro tanto quanto for possível.¹⁸

III) *Interpretação conforme a Constituição*. O aplicador da norma infra-constitucional, dentre mais de uma aplicação possível, deverá buscar a que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorre do texto.

Como técnica de controle, consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma (ou seja, controle de constitucionalidade sem redução de texto). Em qualquer hipótese, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em legislador positivo.¹⁹

IV) *Unidade da Constituição*. Vez que não há hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais cabe ao intérprete, por meio das técnicas de ponderação, buscar harmonizar, no caso concreto, comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham.²⁰

V) *Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade*. Princípio implícito, fundado nas idéias de devido processo legal e de justiça. Instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público. Permite ao Judiciário invalidar atos Legislativos ou Administrativos quando:

- a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação)
- b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado. (necessidade/vedação do excesso)
- c) falta de proporcionalidade em sentido estrito; o que se perde com a medida é de menor relevo do que o que se ganha. Pode operar também no sentido de permitir que o juiz gradue uma norma de modo a não permitir que produza resultado indesejado pelo sistema.²¹

VI) *Efetividade*. Dever de interpretar a norma de modo a permitir a atuação da vontade da Constituição evitando “soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na omissão do legislador”.²²

A estes princípios (a que prefere chamar de critérios) MORO acrescenta ainda a “exigência de que casos iguais sejam tratados de modo igual”, alertando que não se trata

¹⁸ *Idem*. p. 171

¹⁹ *Idem*. p. 185

²⁰ *Idem*. p. 192

²¹ *Idem*. p. 213

²² *Idem*. p. 240

de alegação de neutralidade, mas de isonomia, sendo que cabe ao juiz apontar as diferenças relevantes caso a caso na hipótese de proferir uma decisão distinta.

COELHO, por sua vez, apresenta uma classificação um pouco distinta, para ele os princípios de interpretação constitucional são:

I) *Unidade da Constituição*. As normas constitucionais devem ser vistas não como isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela Constituição. Em nenhuma hipótese se pode separar uma norma do conjunto em que ela se integra, mesmo porque o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.²³

II) *Harmonização*. Este princípio surge como um complemento do anterior. Trata-se de uma recomendação para que o juiz constitucional, em casos de concorrência entre bens constitucionais protegidos adote solução que otimize a realização de todos e, ao mesmo tempo, não acarrete a negação de nenhum. Esta conciliação seria puramente formal vez que em uma lide uma das partes terá sua pretensão acolhida em detrimento da outra. A Constituição não descreve critérios para harmonização, nem poderia em decorrência do princípio anterior, e a decisão fatalmente advirá das valorações pessoais do intérprete, cujos acertos ou equívocos só podem ser julgados pela comunidade.²⁴

III) *Correção Funcional*. A Constituição estabelece um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, impossibilitando que seus intérpretes cheguem a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes, cuja observância é substancial à própria idéia de Estado de Direito.²⁵

IV) *Eficácia integradora*. Além de estabelecer uma ordem jurídica, toda Constituição necessita produzir e manter a coesão sociopolítica enquanto pré-requisito ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico. Por isso, o intérprete, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, deve dar preferência àqueles critérios que favoreçam a integração social e a unidade política.²⁶

V) *Força normativa da Constituição*. Na solução de problemas jurídico-constitucionais deve-se dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmam-lhes maior eficácia.²⁷

²³ MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocêncio M. e BRANCO, Paulo G. G. *Obra citada*. p. 135

²⁴ *Idem*. p. 136

²⁵ *Idem*. p. 138

²⁶ *Idem*. p. 139

²⁷ *Idem*. p. 140

VI) *Máxima efetividade*. Vinculado ao princípio anterior, significa interpretar as normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar seu conteúdo.²⁸

VII) *Interpretação conforme a Constituição*. Em face de normas infra-constitucionais de múltiplos significados deve-se optar pelo sentido que as torne constitucional. Pois, ao mesmo tempo em que se valoriza o trabalho legislativo, se previne o surgimento de conflitos. Não se pode, no entanto, salvar a lei a custa da Constituição (sob pena de subversão da hierarquia das normas), nem contrariar o seu sentido inequívoco para constitucionalizá-la (a conformação exagerada implica em atuação indevido do juiz como legislador positivo).²⁹

É necessário, antes do encerramento deste ponto, uma explicação um pouco mais detalhada acerca do princípio da razoabilidade, que nas palavras de BULOS pode ser assim descrito:

Diz-se princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou proibição do excesso o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de se compreender os textos normativos. Por intermédio dele, o exegeta elimina as distorções, as anomalias, os absurdos provenientes do arbítrio e do abuso de poder. Trata-se de um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo ao Judiciário invalidar as ações abusivas ou dèstemperadas dos administradores e dos legisladores.

A palavra que anima a existência do princípio da razoabilidade é justiça. O ditame posta-se como uma diretriz de cunho axiológico, dando ensejo à valoração dos atos do Poder Público. Pelo senso de proporção, o intérprete perquire uma série de valores que informam o ordenamento jurídico, buscando o equilíbrio, a moderação e a harmonia.³⁰

²⁸ *Idem*. p. 140

²⁹ *Idem*. p. 141

³⁰ BULOS, Uadi L. *Constituição Federal anotada*. 5 ed. rev. e atual. até EC 39/2002 – São Paulo: Saraiva, 2003. 135

3. Para discutir o caso: Os limites do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Este capítulo se destina à busca da legitimação da jurisdição constitucional em um regime democrático, bem como dos limites de atuação do juiz. Sabe-se que ambos os temas estão envoltos em profundas discussões teóricas e que este trabalho se afigura um tanto superficial, sendo muita ambição – ou petulância – imaginar que seja possível aqui encontrar uma solução para o problema.

Ciente desta limitação o que se busca aqui é apenas apresentar as teorias e deixar que os argumentos fornecidos pelos seus defensores sirvam para que se chegue a conclusão de escolha de uma em detrimento da outra. As críticas aqui apresentadas não são – salvo raras exceções – do autor do trabalho, mas sim de juristas e filósofos que, ao apresentarem seus argumentos terminam por refutar o de outros.

Interessa para este trabalho a compreensão de como a o Supremo Tribunal Federal, realiza seus julgamentos, e a melhor maneira de fazê-lo é contrapor o resultado de julgamento com as teorias de interpretação e aplicação da Constituição.

3.1. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática

A principal questão diz respeito à legitimidade das decisões tomadas por juízes, representantes do único poder da república não eleito pelo povo, que afetam toda a população. Acerca deste debate cabe destacar a construção de alguns autores que debatem o tema – e de antemão destacar que a grande fonte de legitimação do exercício da jurisdição constitucional reside na proteção da supremacia da Constituição (representação absoluta da vontade do povo) contra a vontade de maiorias eventuais. Em outras palavras, não se pode permitir que uma maioria eventual tire proveito de sua posição momentânea para solapar a Constituição e a própria democracia. A democracia – aliás – não pode ser utilizada como salvo-conduto para a aplicação irrestrita da vontade da maioria; um regime democrático não permite que as regras que o instituem sejam utilizadas como instrumento para exterminá-lo.

Um dos primeiros a realizar a defesa do Judiciário como guardião da Constituição sob o argumento de que esta seria autêntica vontade do povo e, por isso, deveria ser protegida contra desvios dos representantes eleitos foi ALEXANDER

HAMILTON, no artigo *Federalista* nº 78³¹: Deve-se ressaltar que HAMILTON não afirma que o Judiciário realiza esta função de forma mais eficiente que o Legislativo, mas que esta atribuição se justificaria pelo fato de ser o ‘menos perigoso’ entre os poderes da república, principalmente pelo fato de não ser movido por razões de conveniência.

Já no início do século XX, KELSEN reforça o argumento de que a defesa da Constituição deve ser feita pelo juiz não por qualificação especial deste, e sim por não ser uma instância que participe do exercício de poder distribuída pela própria Constituição entre o Legislativo e Executivo³². O argumento do jurista austríaco aparece, em verdade, como contraponto à teoria de CARL SCHMITT, que defendia que o controle de constitucionalidade fosse executado pelo Presidente do Reich (chefe do Executivo). Justifica sua tese ao afirmar que o Legislativo estaria subjugado a interesses de grupos privados representados no parlamento, e que ao Judiciário, ao desenvolver atividade judicante, de subsunção da norma ao fato, não desenvolve atividade equiparável à interpretação constitucional³³. É verdade que a teoria de SCHMITT foi rapidamente desacreditada frente aos resultados da política do nacional-socialismo implementada por Hitler na Alemanha.

Pode-se justificar o caráter democrático da jurisdição constitucional ao apontar um mal funcionamento da democracia representativa, em que os eleitos não representam senão a sua própria vontade e a de grupos particulares com forte poderio econômico e político. E, que, pelo fato de conviver em constante preocupação com as eleições se furtam a decidir casos delicados.

Neste sentido MENDES faz a defesa da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional lecionando que:

A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, a tentação do abuso de poder e da perversão ideológica. E por isso que, tal como apontado por Peter Schneider, o Estado de Direito caracteriza-se, ao contrario de um sistema ditatorial, pela admissão de que o Estado também pratica ilícitos.

E exatamente essa experiência que legitima o desenvolvimento e a consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito a proteção judiciário e o controle de constitucionalidade das leis. Não são poucas as ordens constitucionais que procuram gravar essas instituições

³¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *The federalist papers*. New York: Pocket Books, 2004. p. 558

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. apud LAREZ, Karl. *Obra citada*. p. 119

com as *clausulas ou garantias de eternidade*, colocando-as a salvo de eventual revisão constitucional.

Tal como amplamente acentuado na doutrina e sistematizado, dentre outros, por Kelsen, Loewenstein e Hesse, não basta que a Constituição consagre garantias essenciais para a consolidação de um sistema democrático, no qual os direitos fundamentais sejam, efetivamente, respeitados. Faz-se mister que ela logre concretizar sua *pretensão de eficácia*. Não parece haver dúvida de que, a despeito dos elementos culturais e históricos que acabem por conferir especificidades a diferentes sistemas jurídicos, e certo que a falta de mecanismo de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição. Kelsen chega mesmo a afirmar que tais Constituições não dispõem de força vinculante, uma vez que qualquer ato normativo pode afastar a sua aplicação tópica ou genericamente.

Não se pode negar, ademais, que a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, a mercê da vontade do legislador. E, exatamente, a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias.³⁴

Pode-se afirmar, portanto, que no direito brasileiro se encontra justificado e legitimado o exercício da jurisdição constitucional, justamente porque o constituinte outorgou expressamente a tarefa de guarda da Constituição ao Judiciário.

Por outro lado, não seria possível ignorar algumas teorias que não vêem tantas virtudes no Poder Judiciário e, ainda que não neguem a possibilidade de *judicial review*, preferem delimitar seu raio de ação para que se evite um *governo de juizes*. Apresentando como argumento a seguinte questão: se o papel do juiz constitucional é proteger as minorias contra abusos de maiorias eventuais e garantir a aplicação dos direitos fundamentais, a quem cabe a defesa do povo contra os abusos do juiz? MORO faz a ressalva de que não se pode confiar cegamente no Judiciário por se tratar de um Poder pouco transparente e avesso ao controle por parte da sociedade civil.

3.2. *Democracia procedimental e deliberativa.*

A democracia procedimental é uma corrente que defende que ao Poder Judiciário não cabe o julgamento do conteúdo constitucional das leis, mas apenas um controle procedimental que viabilize a eficácia do procedimento democrático.

³⁴ MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 58

Ou seja, não admite que o Judiciário, sendo o único poder não legitimado pelo sufrágio, altere leis e decisões tomadas pelo Legislativo e Executivo, cujos atos são legitimados pela representação popular.

O que esta corrente determina é que ao Judiciário cabe exercer o papel de guardião do procedimento democrático, de modo a garantir uma efetiva participação de todos os setores da sociedade – principalmente das minorias – devendo intervir apenas nas ocasiões em que se verificar o mal-funcionamento do sistema participativo.

Por questão de relevância serão analisadas aqui as teorias de alguns dos principais defensores desta corrente, cada qual com suas particularidades, ELY e HABERMAS e, posteriormente, da proposta de democracia deliberativa, defendida por NINO.

ELY defende que a atuação da jurisdição constitucional deve cingir-se à defesa da lisura do procedimento democrático, o que, na prática, limita seu âmbito a tutela dos direitos de livre participação política e proteção das minorias³⁵.

Ele não aceita as decisões de caráter substantivo justificando sua tese da seguinte forma, os interpretativistas tendem a buscar sempre o significado original da Constituição, prendendo gerações futuras ao conjunto de regras e valores vigentes à época da criação da Carta; por outro lado os não-interpretativistas vão em busca de um suposto consenso moral existente na sociedade para pautar suas decisões, mas acabarão por encontrar seus próprios valores, argumenta ainda que a busca deste consenso moral se traduziria em insegurança jurídica³⁶.

Uma das principais críticas ao modelo proposto por ELY é o de que um sistema jurídico do qual se exclui o julgamento de questões de cunho substantivo não encontra sustentação em um mundo pós-Holocausto (já que o regime nacional-socialista alemão contava com respaldo popular para aprovar suas atitudes baseadas na “supremacia ariana”); o constitucionalista rebate afirmando que as leis e políticas nazistas não resistiriam ao contraste constitucional nas bases propostas em sua teoria, já que importavam na exclusão social, vitimização e extermínio de minorias isoladas.³⁷

HABERMAS, por sua vez, parte do pressuposto de que há uma impossibilidade de um consenso quanto aos valores de uma comunidade, mas é possível um consenso

³⁵ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980. p. 137

³⁶ *Idem*. p. 49

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira : legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. rev., ampl. e atual. , de acordo com a emenda constitucional nº 45/2004 - Rio de Janeiro : Renovar, 2010. p. 104

acerca do procedimento democrático a ser adotado, desde que o processo público de deliberação seja aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional. Assim, para ele, todos os indivíduos teriam a chance de apresentar sua argumentação, e aceitariam o resultado da decisão, ainda que lhes fosse desfavorável.³⁸

Diferentemente de ELY, HABERMAS aceita o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais, por entende que são essenciais para o processo democrático, razão porque, nestes casos, o Judiciário teria o poder de restringir a vontade da maioria para salvaguardar o exercício da democracia.

O argumento habermasiano é um tanto complexo e, por esta razão, mais uma vez se pede licença para realização de uma longa, porém pertinente, citação. HABERMAS entende os direitos fundamentais como sendo:

(1) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito a maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.*” (2) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de membro* numa associação voluntária de parceiros de direito.” (3) “Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.” Esses três conjuntos de direitos garantem justamente a autonomia privada, entendida, no modelo habermasiano, como condição procedimental da democracia. A esses, o autor agrega aqueles diretamente centrados na noção de autonomia pública: (4) “Direitos fundamentais a participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.” Finalmente, o autor enfatiza um quinto grupo, que ora nos interessa de forma mais direta: (5) “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) ate (4).”³⁹

Se, portanto, a deliberação pública chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (que correspondem às condições da democracia) justifica-se o controle de tais decisões pelo Judiciário, sendo este, em razão disso, um *guardião da democracia deliberativa*.

KOZICKI explica que a “idéia de democracia deliberativa tem como um de seus elementos centrais o ideal de justificação política,” na medida em que “pretende

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1 p. 157

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1 p. 159

funcionar como um método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político.”⁴⁰

Uma distinção entre a defesa do procedimento e da deliberação é: no primeiro o que se pretende é assegurar a devida representação dos setores da sociedade no processo democrático, enquanto que no segundo se buscam mecanismos jurídicos que assegurem um processo político público e aberto, no qual todos os afetados por decisões políticas tenham igual chance de participação do debate.

Por esta razão, NINO defende não só uma dimensão negativa dos direitos, mas também uma dimensão positiva, segundo a qual “a autonomia de uma pessoa é prejudicada não somente por ações que impossibilitam as pessoas de terem elementos necessários para essa autonomia, mas também por não terem condições de prover as pessoas daqueles elementos que compõem o direito do bem-estar⁴¹”.

Ele apresenta em sua obra três exceções, possibilidades em que o Judiciário estaria legitimado a agir não apenas de forma a regulamentar o exercício do procedimento democrático. São elas:

- i) revisão das leis para proteção do processo democrático;
- ii) revisão judicial para proteção da autonomia da vontade;
- iii) garantir a Constituição como prática social – tornar as decisões democráticas mais eficazes. Ou seja, preservar as práticas ou convenções sociais sob pena de a lei democraticamente aprovada não vir produzir efeitos na sociedade.⁴²

Apesar de toda a fundamentação teórica apresentada, o constitucionalismo procedimental não está isento de críticas. Pelo contrário, não faltam autores a apontar os equívocos desta doutrina. Deve-se destacar que o modelo proposto por HABERMAS foi concebido para uma sociedade composta por indivíduos emancipados, ou seja, uma sociedade que se apresenta com auto grau de civilização e conscientização. Seria, no entanto, um modelo que não encontraria terreno propício a desenvolvimento na maioria dos Estados modernos. Por isso as críticas à sua teoria transcendem o aspecto jurídico.

De todo modo, a crítica que se apresenta com maior frequência é a contradição existente neste modelo, pois, de acordo com DWORKIN⁴³, o próprio fato de se escolher

⁴⁰ KOZICKI, Kátia. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. apud BARBOZA, Estefania M. Q. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte : Fórum, 2007. p. 32

⁴¹ NINO, Carlos S. *The constitution of deliberative democracy*. apud BARBOZA, Estefania M. Q. *Obra citada*. p. 38

⁴² *Idem*. p. 40

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Apud. BARBOZA, Estefania M. Q. *Obra citada*. p. 42

o método de deliberação em si se afigura como uma decisão substantiva, fato que contraria toda a linha argumentativa apresentada. E, principalmente nas exceções admitidas por NINO nota-se que resta admitida a tomada de decisão substantiva por parte do Judiciário.

3.3. *Textualismo e minimalismo.*

Duas das principais teorias que defendem uma autocontenção por parte do juiz são o textualismo (defendido por ANTONIN SCALIA) e o minimalismo (defendido por CASS SUNSTEIN). Como todas as demais teorias também estas não representam um modelo perfeito, possível de ser aplicado em todos os casos.

Ainda assim, são teorias que envolvem auto grau de fundamentação e que devem ser consideradas em um debate *dialético* justo, no qual o objetivo dos debatedores não é o de provar o outro errado, mas o de, a partir de construções teóricas honestas, exaurir as idéias com o fim de se chegar a uma resposta válida.

SCALIA defende que a interpretação e aplicação das normas (constitucionais ou legais) deve ser realizada a partir da leitura estritamente literal do texto legal. Quando não restar dúvidas do seu significado deve ser de logo aplicada resultando em suporte ou não ao direito alegado. Se, no entanto, o texto da norma se puder chegar a mais de um ou nenhum resultado o juiz deve procurar o sentido da norma de acordo com o significado dos termos à época em que a norma foi criada.

Importante ressaltar que o autor só defende o uso de sua teoria no caso de haver dúvidas acerca do significado da norma. Afirma ele que a tradição não pode substituir a própria Constituição. Ressalte-se, também, que a intenção do autor é clara em buscar o *significado original* do texto, não se confundindo com a *intenção do legislador*. Nos Estados Unidos é amplamente difundida a idéia de *um governo de leis, não de homens*⁴⁴, sendo neste sentido irrelevante a intenção do legislador, pois, somente o que está previsto na lei é que tem caráter vinculativo.

Uma das críticas a essa teoria seria o seu excessivo apego ao formalismo. A esta crítica SCALIA rebate: Claro que é formalista! (...) Um assassino é pego com as mãos sujas de sangue, curvado sobre o corpo da vítima; um vizinho gravou o crime com uma

⁴⁴ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. 6th printing – Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 12

filmadora; e o assassino confessou o crime. Nós, entretanto, insistimos que antes que o estado o puna, é imperativo um julgamento criminal justo que resulte em um veredicto de culpa. Isso não é formalismo?⁴⁵

Outra crítica que se faz é a de que esta forma de interpretação da Constituição estaria negando a gerações futuras que realizem as adaptações necessárias ao natural desenvolvimento da sociedade. SCALIA mais uma vez rebate afirmando que a Constituição não é imutável, o que ele condena é que as mudanças sejam realizadas pelo judiciário e não pelos representantes eleitos do povo. Ele acredita que o ideal democrático está na possibilidade de se fazer leis e emendas constitucionais a fim de se atingir determinado fim e que a alteração da Constituição por parte do juiz representa em verdade não só uma ameaça, mas sim uma inversão de valores, pois o papel do juiz é justamente o de agir de forma a defender a Carta.

Ademais, no caso americano, a maioria qualificada que se exige para emendar a Constituição (2/3 de aprovação do Congresso e ratificação por 75% dos Estados) faz supor que não se trata de uma maioria eventual, mas sim de uma vontade legítima do povo.

Por fim, deve-se destacar que SCALIA critica a doutrina de uma Constituição “viva”, que reflita os valores da sociedade. Diz ele: uma nação democrática não precisa de uma Constituição escrita que reflita valores correntes. Eleições possuem tal fim. Uma Constituição escrita é necessária para proteger valores contra alterações de maiorias momentâneas⁴⁶.

É inegável que o *textualismo* se apresenta como doutrina a ser ao menos considerada, principalmente porque pretende ser uma resposta geral para a interpretação constitucional. Deve-se ter em vista, contudo, que há alguns problemas admitidos pelo próprio SCALIA. O maior deles consiste no fato de que muitas vezes o texto da Constituição é por demais vago e aberto – quando não contraditório – para ser utilizado como subterfúgio principal da resolução de conflitos. Por vezes é impossível que o juiz decida sem considerar demais aspectos.

⁴⁵ Of course it is *formalistic!* (...) A murderer has been caught with blood on his hands, bending over the body of his victim; a neighbor with a video camera has filmed the crime; and the murderer has confessed in writing and on video tape. We nonetheless insist that before the state can punish this miscreant, it must conduct a full-dress criminal trial that results in a verdict of guilty. Is that not formalism? SCALIA, Antonin, *Obra citada*. p. 25

⁴⁶ A democratic nation does not need a written constitution to reflect current values. Elections do that. A written constitution is need to protect values *against* prevailing wisdom. *Idem*. p. 145

SUNSTEIN apresenta críticas a essa teoria que devem ser apontadas. As principais são a de que não pode ser utilizada universalmente, pois em muitos casos a solução para um problema jurídico transcende o campo do direito; a segunda é a de que essa doutrina impede que o direito acompanhe os avanços da sociedade ao se respeitarem estritamente leis escritas há muito tempo.⁴⁷ Faz ainda uma crítica pessoal a SCALIA quanto à sua atuação na Suprema Corte, afirmando que muitas vezes deixa de aplicar sua própria doutrina em casos em que decide a favor de sua ideologia política, principalmente no julgamento das leis anti-terror pós 11 de setembro.⁴⁸

Temos, por fim, a teoria minimalista desenvolvida por CASS SUNSTEIN. O ponto central é o de que nem sempre é possível que o Judiciário apresente uma resposta satisfatória a uma lide submetida à sua análise. Muitas questões que chegam ao juiz não foram ainda devidamente discutidos e resolvidos pela sociedade. Desta forma, um julgamento precipitado pode resultar em um risco à estrutura da própria nação. Foi o que aconteceu, como aponta MORO⁴⁹, com a infeliz decisão da Suprema Corte americana no caso *Dred Scott*⁵⁰, estopim da deflagração da guerra civil que quase levou o país à ruína. É que, dadas as condições de conflito político e ideológico em que o país estava imerso não havia solução juridicamente aceitável. Não havia, ainda, resposta satisfatória na própria Constituição. Sendo assim, talvez fosse mais prudente que a Suprema Corte decidisse pela sua incompetência em julgar a ação ou que postergasse o julgamento.

Evidente que esta corrente não exige o magistrado do julgamento de um caso difícil ou polêmico, mas que há questões que seriam melhor decididas pela própria sociedade.

O próprio SUNSTEIN define o minimalismo da seguinte forma:

Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis usualmente discordam. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo.

⁴⁷ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right wing courts are wrong for América*. p. 103

⁴⁸ *Idem*. p. 117

⁴⁹ MORO, Sérgio F. *Obra citada*. p. 217

⁵⁰ No caso *Scott*, na decisão mais criticada de sua história, a Suprema Corte norte-americana decidiu que não havia na Constituição de que os escravos deveriam ser reconhecidos como cidadãos. Decisão que foi o estopim para a guerra de secessão.

(...)

O minimalismo também garante flexibilidade para o futuro, uma virtude especialmente valiosa quando os fatos e os valores estão em fluxo. Minimalistas recusam-se a congelar idéias e concepções existentes; deste modo eles retêm um grande espaço para deliberação e escolha futura. Isso é especialmente importante para juízes que não têm tanta certeza de que estão certos. Como um marujo em mar estranho – ou um governo tentando regular um mercado de trabalho em mutação – uma corte deve tomar passos pequenos e reversíveis, habilitando-se a acomodar desenvolvimentos inesperados. Certas formas de minimalismo podem promover objetivos democráticos, não só por deixarem coisas por decidir, mas também por permitirem a convergência de opiniões com o tempo e incentivarem processos de deliberação democráticas.⁵¹

Como toda teoria, também o minimalismo não é a resposta para todos os problemas e o próprio autor encontra dificuldades em formar um método eficaz para determinação de quando o juiz deve aplicá-la ou não. Neste ponto, reconhece ele o acerto da decisão da Suprema Corte no caso *Brown*⁵², que reputou inconstitucional leis estaduais que consagravam o princípio da segregação racial e, ainda, determinou a adoção de medidas políticas que dessem efetividade a decisão. Há, porém, a ressalva de que a decisão não teria sido um fato isolado no tempo e espaço, mas que fora precedida por uma série de casos nos quais a segregação foi testada e reprovada, o que teria habilitado os juízes da Suprema Corte a proferir um julgamento amadurecido.

MORO aponta a importância da ressalva realizada, pois a abordagem minimalista possui aspectos negativos vez que são por vezes superficiais e restritas e dificultam a previsibilidade das decisões judiciais e podem favorecer arbitrariedades. O emprego do minimalismo deve, portanto, ser comedido.

3.4. *A reserva de consistência.*

Como último ponto deste capítulo pretende-se dar destaque a proposta apresentada por MORO para justificar em que situações se justificam a auto-contenção ou o ativismo judicial. A reserva de consistência seria, portanto, um limite a ser superado pelo Judiciário ao se deparar com um caso cuja decisão resulte em sobreposição à interpretação legislativa.

⁵¹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalismo n the Supreme Court.* apud MORO, Sérgio F. *Obra citada.* p. 218-220

⁵² No caso *Brown* a Suprema Corte norte-americana decidiu que todas as leis que determinavam a divisão entre brancos e negros em escolas era inconstitucional, muito embora não houvesse na Carta tal previsão.

O autor a classifica como uma técnica de auto-contenção em que o juiz pode decidir por indeferir um pedido de prestação jurisdicional caso entenda não estarem presentes os motivos que autorizam a declaração de inconstitucionalidade de um ato (administrativo ou legislativo) do governo.

Esta reserva transcende os limites da ciência jurídica, fazendo com que em muitos casos o juiz procure dados empíricos em outros campos. Cita como exemplo o já referido caso *Brown*, em que a Suprema Corte norte-americana fez uso de estudos psicológicos para amparar sua decisão de proibir a segregação racial. Apesar de tal expediente não ser comum no Brasil, vale destacar o julgamento acerca da constitucionalidade da lei de biossegurança em que o Supremo ouviu cientistas e religiosos (muito embora seja difícil atestar a influência desta oitiva no resultado).

O princípio da reserva do possível aparece como uma faceta especial da reserva de consistência; tal limite se apresenta principalmente como obstáculo à aplicação de normas de prestação material – *i.e.* saúde e educação. Em que pese as garantias constitucionais, há casos em que a aplicação da norma encontra óbice pela falta de meios materiais que possibilitem a sua realização. Ou ainda, casos em que uma prestação venha a frustrar a prestação de outras pretensões materiais. Nestas hipóteses a função do Judiciário residiria em distinguir o viável do inviável, mediante recurso a dados empíricos, e verificar quais prestações materiais podem ser atendidas e em que grau.

Trata-se, portanto de uma técnica em que não sendo atingida a carga de argumentação suficiente para demonstrar o acerto da interpretação judicial da Constituição, exige-se do juiz a auto-contenção. Não é apenas técnica de decisão, mas também critério identificador dos casos em que a intervenção judicial é apropriada.⁵³

Por fim, MORO propõe, com a ressalva de não pretender ser exaustivo, que o juiz constitucional deve apresentar postura ativa nos seguintes casos: a) para proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para proteção judicial dos direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; e c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha.

⁵³ MORO, Sérgio F. *Obra citada*. p. 314-317

4. A decisão do STF na Petição 3.388-4/RR

Neste último capítulo será estudada a atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão tomada em um caso bastante singular que foi o da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (à qual far-se-á referência como TIRSS). A questão se apresentou com diversas polêmicas no campo jurídico, político e social. Por isso, sua leitura propicia material bastante rico para o estudo.

Em um primeiro momento será oferecido um breve relato dos fatos do processo (feito a partir da compilação dos relatórios apresentados nos votos dos Ministros) e um retrospecto do momento de tensão existente entre as populações locais durante o julgamento.

4.1. O caso.

A área Raposa/Serra do Sol se localiza na parte Noroeste do estado de Roraima, em uma região que faz divisa com a Venezuela e a Guiana. Lá está localizada a reserva indígena homônima, a qual é habitada pelas etnias aborígenes Wapixana, Ingaricó, Macuxi, Patamona e Taurepang. Uma pequena área (correspondente a aproximadamente 1% da área total da reserva) situada ao sul da reserva era ocupada por produtores rurais – em sua maioria rizicultores – sendo que alguns se encontravam lá desde antes de 1988. Dada a situação, e em respeito ao dispositivo constitucional que determina que aos índios pertencem as terras por eles tradicionalmente ocupadas, foi instaurado procedimento administrativo realizado por grupo interdisciplinar liderado por antropólogo a fim de se apurar qual seria a área tradicionalmente ocupada pelos indígenas. Tal procedimento resultou na edição do decreto ministerial 534/2005, que determinou a demarcação da área indígena de forma contínua e a desocupação por parte de todos os não-índios ali presentes.

O então Senador da República pelo Estado de Roraima Augusto Affonso Botelho Neto, propôs ação popular requerendo a anulação do decreto, clamando pela realização de um novo procedimento administrativo de demarcação, alegando que o processo estaria eivado de vícios insanáveis, quais sejam: desrespeito ao princípio do devido processo legal (pela suposta falta de participação de todos os interessados, o que

configuraria afronta ao contraditório e a ampla defesa); assinatura do relatório final por apenas uma integrante do grupo interdisciplinar – a antropóloga Maria Guiomar, funcionária da FUNAI – o que representaria parcialidade do laudo; desrespeito ao pacto federativo (pois: i. a área da reserva ocupa 7,8% do estado de Roraima, do qual 46% já está destinado a reservas indígenas ou de preservação ambiental; e ii. Mantida a decisão do processo administrativo haveria a extinção dos municípios de Uiramutã, Paracaima e Normandia); e por fim afronta a soberania e segurança nacional (vez que a reserva está situada em área considerada faixa de fronteira).

Após a propositura da ação o Plenário do STF reconheceu a competência originária da Corte⁵⁴ com base no art. 102, I, alínea f da Constituição⁵⁵, dado o entendimento de que a causa envolvia um litígio entre a União e um ente federado, qual seja o estado de Roraima.

Admitiu-se posteriormente o ingresso na ação como assistente litisconsorcial do autor o estado de Roraima e como assistente da União os representantes das comunidades indígenas.

Não foram citados para integrar a lide o Ministro da Justiça, na qualidade de autor do Decreto impugnado, nem o Presidente da República. Não houve, também, participação do Ministério Público, conforme preceitua a Lei da Ação Popular. A narrativa destes fatos, reitera-se, foi retirada dos relatórios do julgamento da ação.

Importante ressaltar aqui o clima vivido naquela região à época do julgamento⁵⁶. Havia uma tensão entre os rizicultores, moradores da região (índios e não-índios) e inclusive entre índios de etnias diferentes, vez que alguns preferiam a demarcação da

⁵⁴ 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. (Reclamação nº 3.331-7/RR, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 2006)

⁵⁵ art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente:

f) as causas e os conflitos entre União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração direta.

⁵⁶ Várias propriedades foram invadidas por agentes da Polícia Federal, sem que estes estivessem autorizados a fazê-lo por ordem judicial, em reportagem veiculada por emissora legal, cujo conteúdo pode ser visto em <http://www.youtube.com/watch?v=XpYsvQnfAFY>.

terra de forma descontínua, vez que muito deles apresentavam alto grau de aculturação. Após este pequeno relato, nos próximos pontos serão abordados os temas relativos ao julgamento em si.

4.2. *As questões centrais.*

Por uma questão de tempo e espaço serão analisados apenas as principais questões legais discutidas pelo Corte e que forneceram o caminho necessário para a decisão. São eles: a higidez da ação popular; validade do processo administrativo demarcatório; demarcação da reserva indígena em faixa de fronteira; desrespeito ao pacto federativo; e a existência ou não de um modelo de demarcação de terras indígenas previsto na constituição.

Merece destaque, ainda, ao final as dezoito exigências impostas pelo Supremo para ocupação da TIRSS.

4.2.1. *Higidez da ação popular.*

A ação popular, segundo HELY LOPES MEIRELLES⁵⁷ “é o meio constitucional posto à disposição de *qualquer cidadão* para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – *ilegais ou lesivos* do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos”. MARINONI destaca que, além da lesividade ao patrimônio público, também podem ser objeto da ação popular atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. E que tal remédio constitucional tem como função atender não atender a interesses específicos do autor, mas a de proteger o interesse de toda coletividade. Por sua via o cidadão retoma as rédeas da direção do Estado, buscando em juízo demonstrar que as posturas adotadas pelo governo desviam-se de sua função constitucional e ofendem os interesses públicos⁵⁸.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança : ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 29. ed. atual. e complem. – São Paulo : Malheiros, 2006. p. 169-170

⁵⁸ MARINONI, Luiz G. *Curso de processo civil, volume 4: procedimentos especiais*. / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 2 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 275

No presente caso, o autor da ação popular entendeu que a demarcação da terra indígena em questão era lesiva ao patrimônio público do estado de Roraima pois representaria uma área sobre a qual perderia autonomia, representaria prejuízo à economia local devido à remoção dos produtores rurais que ali se encontravam.

A legitimidade ativa para propositura da ação, como ressalva MARINONI⁵⁹ “da redação do artigo 5º, LXXIII, da CF⁶⁰, a titularidade da ação popular é reservada, no direito nacional, ao cidadão”, sendo que tal condição é aferida pela capacidade eleitoral ativa bastando, portanto, a apresentação do título de eleitor para comprová-la, sendo que devendo-se presumir sua legitimidade salvo em caso de impugnação.

No caso ora analisado não há maiores divergências acerca da legitimidade do autor ou do cabimento da ação popular. Há, no entanto, controvérsia relativa a: participação regular do Ministério Público, citação das comunidades indígenas como beneficiários do ato que se pretendia impugnado, a admissão do estado de Roraima e das comunidades indígenas como litisconsortes e citação das autoridades que editaram a portaria 534/2005.

Em verdade, todas essas supostas falhas foram apontadas pelo Ministro Marco Aurélio e serão analisadas uma a uma.

A Lei 4717/1965, conhecida como Lei da Ação Popular – LAP, prevê em seu artigo 6º:

A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, **contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado a ato impugnado**, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e **contra os beneficiários diretos do mesmo**. (grifos não originais)

A referida lei é anterior à atual Constituição, portanto, foi recepcionada e sua interpretação deve se dar de acordo com a lei maior. Não há, no entanto, nenhuma decisão acerca da inconstitucionalidade do referido artigo, nem no sentido de interpretação restritiva do mesmo. Ao não aplicar a norma o Supremo deixou de seguir, literalmente, as regras processuais em questão. Segundo o relator, Ayres Britto, a medida se justificaria vez que ‘não havia mais argumentos a serem apresentados em

⁵⁹ *Idem.* p. 278

⁶⁰ CF art. 5, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência;

favor ou contra o ato impugnado', e a aplicação da lei seria mero formalismo que postergaria o resultado de uma demanda urgente.

Ora, se a lei era constitucional e não conflitava com nenhuma outra norma deveria ser aplicada, salvo evocação de algum princípio em contrário. Chama atenção a justificativa de que não haveria mais nada a ser acrescentado à lide. Desta interpretação é possível concluir que, para a Corte, a aplicação de uma norma válida não é impositiva, sendo apenas necessária de acordo com a realidade dos fatos.

No direito brasileiro a não aplicação de uma norma válida pode ocorrer caso haja um princípio que justifique a sua não incidência. No campo do direito penal temos, por exemplo, o afastamento da punibilidade nos crimes considerados como *furto famélico*. Sempre há, no entanto, a fundamentação de o porquê da não incidência da norma, seja porque inconstitucional, em conflito com outra norma ou pela existência de um princípio que a desautorize. Na questão em tela a justificativa do Ministro é a de que todos os argumentos possíveis haviam sido apresentados.

Não se trata de uma questão de livre convencimento do juiz, pois este caso só se afigura após a regular participação das partes; seria como o juiz decidir uma questão com base apenas na inicial, arguindo que não haveria hipótese de o réu rebater os argumentos de forma a mudar seu convencimento.

O mesmo acontece com a não citação do estado de Roraima. Neste ponto há, ainda, um outro agravante que é a contradição da interpretação no mesmo caso. É que a competência originária do STF foi decidida com base no art. 102, I, *f*⁶¹. Ou seja, a Corte reconheceu a existência de conflito entre a União e o Estado e, ao mesmo tempo, negou a este o direito de interferir no processo.

Há, por fim, que se destacar a não intervenção do Ministério Público, que estaria obrigado a intervir de acordo com os artigos 29, V⁶² e 232⁶³ da Constituição, 84 e 246⁶⁴

⁶¹ CF art. 102, I, *f*: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar originariamente: *f*) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

⁶² CF art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V- defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

⁶³ CF 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.

⁶⁴ CPC art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo. Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido sem o conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

do Código de Processo Civil e art. 6º §4º e art. 7º. I, *a*⁶⁵ da LAP. Neste sentido NEGRÃO⁶⁶ destaca que o Ministério Público intervém obrigatoriamente na ação popular. NERY JUNIOR⁶⁷: A intervenção do Ministério Público no processo civil, nas causas enumeradas em lei, é sempre obrigatória. Ainda segundo o processualista quando isso ocorre há a nulidade do processo, alcançando todos os atos praticados a partir de quando era devida a intervenção.

Em que pese todas as normas impondo a participação do Ministério Público na ação popular, não foi o que se deu no caso em tela. Chega-se a esta conclusão da leitura do voto do Ministro Marco Aurélio que relata ‘mediante análise do processo, **constato ter sido o Ministério Público intimado a manifestar-se apenas à folha 388, quando já finda a instrução processual**. Em outras palavras, não houve o acompanhamento da instrução probatória nem a abertura de vista para eventual pedido de produção de provas.’ O próprio relator, Ministro Ayres Britto, informa que a intervenção do *Parquet* ocorreu somente depois de encerrada a instrução processual.

Deve-se destacar que é irrelevante o conteúdo do parecer apresentado pelo Ministério Público, pois o que se pretende é que o *Parquet* sempre seja ouvido e sempre defenda a higidez do processo. A figura do Ministério Público surge na Constituição de 1988 como uma instituição independente dos poderes da República, e na própria Carta, art. 127, é destacada seu caráter essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A atuação do Supremo representa, aqui, uma afronta ao princípio do devido processo legal, que se encontra plasmado no art. 5º, LIV da Constituição da República: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O princípio do devido processo legal se apresenta em uma dimensão substancial e formal. Segundo BULOS a dimensão material atua como inesgotável manancial de inspiração para se interpretar direitos e garantias fundamentais expressos na

⁶⁵ LAP art. 6 §4. O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

LAP art. 7. A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas: I – Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público;

⁶⁶ NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. / Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa – 39 ed. atual. até 16 de janeiro de 2007 – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 219

⁶⁷ NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil e legislação extravagante*. 10 ed. atual. até 1 de outubro de 2007: São Paulo, Editora RT, 2008. p. 1003

Constituição, enquanto que na ótica formal tem a significação restrita de acesso à justiça, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças. Ou seja, este princípio não aparece como garantia de resultado, mas sim para garantir que as partes, em um processo, terão chances iguais de apresentar seus argumentos e produzir ou apresentar provas a sustentar sua visão⁶⁸.

Há, ainda, uma visão mais apurada do princípio apresentada por GRINOVER que afirma que as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantia exclusiva das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre as partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação do direito material subjacente⁶⁹.

Para a autora, portanto, o princípio possui como objetivo não só propiciar igualdade de condições entre as partes, mas sim um ainda mais elevado que é o da qualidade da prestação jurisdicional. É nesse ponto que se aponta o equívoco da decisão tomada pela Corte de contrariar o apelo de Ministro Marco Aurélio para que se realizasse o saneamento do processo.

É, por esta razão, que a lei prevê a pena de nulidade nos casos em que, havendo previsão legal, o Ministério Público deixa de ser intimado. Para garantir que não se deixe ao arbítrio das partes ou do magistrado a decisão sobre a necessidade de intervenção do *Parquet*. Porque a sociedade tem interesse em todas as hipóteses nas quais ele intervém, o resultado daquelas demandas não afetam apenas as partes mas sim a sociedade ou os valores destas. Seja na proteção da família, de menores, do meio ambiente ou do patrimônio público.

Pode-se questionar se, uma vez sanadas todas as irregularidades processuais supra mencionadas, o resultado do julgamento seria diverso. Tal indagação é simplesmente inócua e despropositada. O princípio do devido processo legal impõe a

⁶⁸ BULOS, Uadi L. *Obra citada*. p. 281

⁶⁹ GRINOVER, Ada P. *Processo constitucional em marcha*. In BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988 - 2000. vol 2, p. 264

observância das regras processuais a fim de se evitar a ocorrência de abusos por parte do Judiciário.

Certamente que qualquer medida tomada para sanear o processo adiará por tempo considerável a decisão da Corte. No entanto, parece ser mais aceitável uma decisão judicial tardia, mas legítima e justa a uma decisão célere, mas que representa um desrespeito ao princípio do devido processo legal.

O precedente aberto pela Corte é um tanto arriscado, pois pode servir como justificativa para que em casos futuros as normas que regem o processo legal sejam infringidas sob alegações de celeridade processual e justiça. Principalmente porque a decisão foi fixada como *leading case* pelo Supremo.

Neste caso a Corte tomou uma decisão de cunho político e, nessas hipóteses, SUNSTEIN aponta que o Judiciário deve agir com bastante cautela, respeitando sempre o momento vivido pela sociedade. Por isso, seria pertinente a oitiva de todas as autoridades envolvidas

4.2.2. *Possibilidade de demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira.*

Faixa de fronteira é a definição constitucional, conforme previsão do art. 20, §2º⁷⁰, das áreas terrestre de até cento e cinquenta quilômetros de largura ao longo das fronteiras. Devido à sua importância estratégica para defesa do território nacional sua ocupação e utilização devem ser regulamentadas em lei.

Para GANDRA MARTINS trata-se de um artigo defasado, isso porque dado o desenvolvimento da indústria bélica mundial essa distância não representa mais níveis seguros contra um potencial ataque de outras nações⁷¹.

Mas não se pode deixar de atentar ao que estas áreas representam para as populações que vivem nas fronteiras. Isso porque é fato notório que na América do Sul as áreas limítrofes entre países são território fértil de atividades ilícitas como contrabando, furtos e tráfico de entorpecentes. Resultado, principalmente, da falta de preparo e da existência de aparato policial compatível e da falta de cooperação entre os governos no sentido de se implantar uma política efetiva de repressão dessas atividades.

⁷⁰ CF art. 20, §2º. A faixa de até cento e cinquenta 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.

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988 - 2000. vol 3, tomo 1, p. 201

A região norte do país apresenta, ainda, outro agravante. A floresta amazônica é uma região ainda pouco explorada e ocupada, mas sabe-se que há lá muitas riquezas naturais, como madeira e minérios. Assim sendo vários garimpeiros e extratores de diversos países se aproveitam da instabilidade da região para lá desenvolverem atividades ilegais.

Se se pode questionar a importância estratégica da *faixa de fronteira* em termos militares, é incegável que estas regiões demandam uma atenção maior do Estado pela necessidade de proteção dos cidadãos que nelas residem. De qualquer modo, a Constituição determina que nestes locais o governo federal tem sempre a prerrogativa de traçar as diretrizes de ocupação e atividades a serem desenvolvidas para reforçar a segurança nacional, conforme já citado artigo 20, §2º.

Desta forma, não se pode apontar nenhum óbice constitucional ou legal para a ocupação, e nem haveria como o Judiciário decidir de forma distinta vez que uma possível vedação à demarcação em faixa de fronteira caberia ao Legislativo.

4.2.3. *Potencial desrespeito ao pacto federativo.*

Antes de se analisar a questão é necessário que se faça um breve estudo sobre o princípio federativo na Constituição. Sobre a criação de um Estado Federal HORTA leciona:

O Estado Federal é formado por uma associação de Estados e essa associação tanto poderá decorrer de aglutinação histórica e real, quando Estados preexistentes criam o Estado Federal, como de imputação normativa, mediante a criação jurídica dos Estados no documento de fundação do Estado Federal. Num caso e no outro, embora a criação real do Estado Federal possa ser precedida pela aliança, o pacto ou tratado de Estados independentes e soberanos, a Constituição Federal é o instrumento de criação jurídico-positiva do Estado Federal, encerrando a decisão fundamental sobre a forma de Estado.

No federalismo brasileiro, identificamos o segundo processo de criação do Estado Federal, quando a associação normativa dos Estados, operada pela Constituição, gerou o simultâneo nascimento jurídico da União e dos Estados componentes, que passam a integrar a República Federativa.⁷²

Portanto, na história brasileira, ao contrário da norte-americana, a noção de federalismo sempre se deu a partir do poder central. Não se nega, no entanto que ao

⁷² HORTA, Raul M. *Direito constitucional*. 4.ed. , rev.e atual. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. p. 305

longo da história os Estados-Membros foram adquirindo autonomia, que segundo HORTA é uma qualidade fundamental do Estado Federal. O dilema, continua, reside precisar o conceito de autonomia que, segundo ele, seria a capacidade para expedição de normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos. Sendo que no direito brasileiro a fonte e limitação da autonomia se encontram na Constituição.

HORTA ressalta, por fim, que o federalismo no Brasil é assimétrico, com preponderância da União.

A Constituição Brasileira consagrou a assimetria que não obteve adoção em outro texto do federalismo constitucional contemporâneo. Outra regra constitucional assimétrica é a do art. 18, na parte em que qualifica a União de ente autônomo, por equiparação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – *todos autônomos* – na linguagem do texto constitucional. A autonomia é atributo dos Estados, para qualificar seu poder de auto-organização, de auto-administração e de auto-legislação. A União, que detém a representação internacional do Estado brasileiro, para manter relações com Estados estrangeiros, participar de organizações internacionais, declarar a guerra e fazer a paz (Constituição da República, art 21, I, II), no exercício de competência impartihável, é titular da soberania e dos poderes soberanos da Federação. A distinção entre soberania da União ou do Estado Federal e a autonomia dos Estados-Membros tornou-se fundamento esclarecedor da natureza jurídica do Estado Federal, para diferenciá-lo da Confederação e do Estado Unitário, no domínio das formas políticas. Na lição clássica de Jellinek ‘os Estados-Membros do Estado Federal não são soberanos’.

Soberano é o Estado Federal, constituído pela pluralidade de Estados não soberanos.

(...) A reunião das regras, que se encontram disseminadas no texto da Constituição, configurando princípios nela estabelecidos, demonstra a extensão das limitações ao poder de auto-organização e a expansividade do federalismo assimétrico na Constituição Federal, de 1988.⁷³

Resta claro, portanto, que não se pode falar em uma autonomia absoluta entre Estado-Membro e União, e esta sempre apresenta domínio em relação àquele, salvo nas hipóteses constitucionais dispendo em contrário.

Na ação popular o autor afirma que a demarcação contínua da TIRSS representa um desrespeito ao pacto federativo uma vez que ocuparia uma área de 7,6% do total do território roraimense, ressaltando que no total mais de 46% da área do estado são reservas ambientais ou indígenas. Sem maiores divagações, parece razoável admitir que qualquer estado brasileiro sofreria com a redução de quase metade de seu território; o

⁷³ HORTA, Raul M. *Obra citada*. p. 498

que não significa que o fato se afigure como uma quebra do pacto federativo ou agressão à autonomia do estado.

Isso porque do estado de Roraima se deu com a Constituição de 1988, antes era um Território Federal, não sendo possível se concluir pela da área do estado pois os parâmetros para demarcação da área indígena foram estabelecidos na mesma constituinte, sendo seu território ali delimitado. Em verdade, qualquer estado da federação cujo território fosse ocupado por indígenas sofreria, após a promulgação da Constituição, redução desta área para a União, conforme preceitua o art. 20, XI. A questão é que a inoperância por parte do governo em realizar a demarcação das áreas indígenas no prazo de cinco anos, conforme estipulado pelo art. 67 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, resultou em uma situação bastante delicada.

Ilustra a decisão da Corte passagem do voto da Ministra Carmen Lúcia:

“16. De se atentar que foi esta mesma Constituição que, no art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, transformou o Território de Roraima (portanto, até então, mera autarquia territorial da União) em Estado membro da Federação brasileira: ‘Art. 14 Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.’

Nem antes havia naquela área Município constituído como ente federado, porque autônomo, porque Roraima não detinha aquela qualidade constitucional, nem havia como se cogitar do desconhecimento de que naquela área prevalecia o indigenato, porque desde 1934 tanto era reconhecido em todo território nacional e a norma de 1969, observada como constitucional no período, reconhecia o direito dos índios e afirmava, expressamente, a invalidade de quaisquer títulos nestes espaços. Logo, Roraima não era ente estadual; não tinha Municípios, nem o direito de ter um ou mais naqueles locais, quer porque não era Estado da Federação, quer porque a área de reserva indígena era constitucionalmente reconhecida e o direito dos índios vinha de 1934. territórios, como se sabe, não são organizados em Municípios – nem se teve um ente federado cujas lindes tenham sido desvirtuadas pela superveniente – que superveniente não é, mas precedente – demarcação das áreas de terras indígenas a compor o cabedal público dos bens da União.” (grifos originais)⁷⁴

Sendo assim, ainda que a área ocupada por indígenas e reservas ambientais seja representativa ela não representa perda de soberania do Estado de Roraima, pois esta soberania já se encontrava limitada na Carta Maior.

O problema aqui apresentado transcende o universo jurídico pela seguinte questão, dada a inércia do poder público em cumprir a disposição constitucional de

⁷⁴ STF – PET 3.388-4/RR – DJE 181 Publicado em 25/09/2009, Mistro Relator Ayres Britto, páginas 447-448.

realizar a demarcação das áreas indígenas, em diversas áreas ocorreu uma ocupação de forma desordenada sendo que, no caso em tela, essa ocupação resultou inclusive na criação de três Municípios. Merece ainda destaque o fato de, nesses locais, muitos políticos serem indígenas, conforme apontado pelo Ministro Marco Aurélio⁷⁵. Fato que demonstra ao mesmo tempo a interação entre índios e não-índios e a natural aculturação dos aborígenes.

A solução encontrada pelo Supremo foi, inclusive, de respeito ao pacto federativo ao não conhecer da ação por entender que da área indígena se encontram excluídos os núcleos urbanos dos municípios de Uiramutã e Normandia. Com relação ao município de Paracaima, ele não se encontra englobado pela TIRSS.

4.2.4. Modelo constitucional de demarcação de terras indígenas.

Ponto chave do julgamento foi a discussão acerca da possibilidade de se encontrar na Constituição um modelo determinado para demarcação das terras indígenas, se contínuo ou não.

O texto constitucional fala em terras tradicionalmente ocupadas em caráter permanente, estipulando a data de 05 de outubro de 1988 como marco temporal objetivo para verificação das áreas ocupadas.

Acerca da relação do índio com a terra e a proteção jurídica que a Constituição garante, BULOS explica:

A terra é fonte de sobrevivência dos índios. Daí o constituinte ter estipulado quatro condições para que se qualifique a noção de terras tradicionalmente ocupadas por eles: 1ª) serem habitadas em caráter permanente; 2ª) serem utilizadas para atividades produtivas; 3ª) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-

⁷⁵Para ter-se ideia do envolvimento de índios aculturados, em número significativo, não bastasse a política indigenista de integração havida desde a época de Nóbrega e Anchieta, passando mais recentemente pelo Marechal Rondon, constata-se a integração no campo político. O Prefeito do Município de Normandia – Orlando Oliveira – é da etnia Macuxi. O Prefeito do Município de Uiramutã – Eliésio Cavalcante de Lima - também é dessa etnia. O Vice-Prefeito do Município de Pacaraima – Albertino Dias de Souza – é da etnia Ingaricó. Das nove cadeiras da Câmara de Vereadores no Município de Normandia, três são ocupadas por descendentes de índios – Valdir Tobias, Davi Marcos Napoleão e João Menezes da Silva Neto. Já a Câmara do Município de Uiramutã, também contando com nove cadeiras, tem sete vereadores cuja ascendência é indígena: Albertino Dias de Souza, Dílson Domenté Ingaricó, Eronildo Ensoro, Irmão Antonio, Manoel Bigode, Milton e Professor Damásio. Relativamente ao Município de Pacaraima, a Câmara, onde, do mesmo modo, existem nove cadeiras, são descendentes de índios os vereadores Professor Roseno e Diura Jane de Brito Tupinambá. STF – PET 3.388-4/RR – DJE 181 Publicado em 25/09/2009, Mistro Relator Ayres Britto, páginas 653-654.

estar do indigenato; 4^a) serem necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.⁷⁶

Reconhece-se, desta forma, a importância da terra para os indígenas bem como sua relação com ela. Ainda assim é difícil afirmar que a Carta determine a forma com que a demarcação seja realizada.

Ora, a resposta para o problema de se atender todas as exigências não reside no campo puramente jurídico, sendo necessário um complexo estudo realizado por profissionais das áreas de história, geografia, geologia, antropologia, jurídica, psicologia, dentre outros. É isso, aliás, o que determina o Decreto 1775/1996, que seja realizado um estudo por um grupo interdisciplinar.

Em verdade, durante o julgamento da ação popular a maioria dos Ministros ratificou o entendimento de que para a delimitação de um modelo deve-se tomar como parâmetro a forma de ocupação tradicional, a qual deve ser realizada por profissionais capacitados. Dentre aqueles que concordam com a tese estão Menezes Direito, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes, Eros Grau e Cezar Peluso. Os dois últimos apresentaram ainda um critério de que nas hipóteses em que não é possível determinar se a ocupação se deu em ilha ou de forma contínua, o Judiciário deve optar pelo último por ser a forma mais benéfica ao índio.

Ministro Ayres Britto, por sua vez, acompanhado por seus pares Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski, crê que a forma de demarcação seria em um primeiro momento determinada pelo lapso temporal da ocupação, mas teria havido uma evolução em que na realidade há que se observar as necessidades indígenas. E, concluindo, os três Ministros definem que o modelo que melhor atende as etnias autóctones e os objetivos previstos na Constituição seria o contínuo.

Há um certo paradoxo constante da decisão que pode ser assim explicado, a Corte entendeu que se deve optar pela forma de demarcação que melhor atenda aos ideais de proteção ao índio, segundo suas crenças e valores; conclui que o modelo que lhes destine maior área é o mais apropriado – noção de propriedade típica da sociedade capitalista.

Sobre o risco de se cometer excessos nas demarcações, MARTINS pondera:

O próprio argumento de que a terra lhes pertencia antes da descoberta e de que garantir-lhes agora a posse em torno de dez por cento

⁷⁶ BULOS, Uadi L. *Obra citada*. p. 1381

do que tinham no passado não é senão reconhecer que foram expropriados em noventa por cento é pouco convincente.

A população, hoje, é residual. Os índios civilizados agem nas suas próprias atividades, quase sempre longe das terras de seus antepassados. Aqueles índios que permanecem nas terras, principalmente na Floresta Amazônica, são os índios de civilização pré-histórica, proibidos de evoluir para se tornarem peças vivas de um mundo selvagem, para gáudio dos ecologistas e antropólogos.⁷⁷

O jurista destaca uma preocupação que pôde ser notada durante o julgamento da ação que é o de vários indivíduos indígenas que não mais desejam viver como seus antepassados, e sim integrados na sociedade civilizada e que, por esta escolha, sofrem pressões de ONGs, cujo integrantes são não índios.

Aliás, acerca de o Estado tutelar o desenvolvimento da cultura indígena GANDRA aponta um paradoxo:

É que, de rigor, foi criada uma Fundação que é dirigida não pelos índios, mas por pessoas civilizadas, para ensinar aos índios como eles devem preservar os seus costumes, crenças e tradições, sendo curioso que seus dirigentes – nem os mais habilitados – não tenham nascido nem vivido longo tempo dentro das comunidades indígenas. É como se se pedisse ao ser humano que ensinasse os peixes a nadar, adaptando-os à sua técnica horrorosa.⁷⁸

Opinião dissonante de todos os demais apresenta o Ministro Joaquim Barbosa, para quem o modelo de demarcação ‘insere-se no âmbito de competência discricionária entre o ente político ao qual a Constituição atribuiu tal mister, baseada nos elementos sócio-culturais e antropológicos colhidos na área, não cabendo ao Judiciário decidir por esta ou aquela opção’⁷⁹. Com o devido respeito, esta não parece ser a melhor solução já que a Constituição apresenta preocupação com a proteção do território indígena, não deixando a decisão ao sabor do administrador da ocasião.

Infelizmente, não houve no processo a realização de produção de provas. O ato administrativo impugnado, decreto executivo, se baseou no processo administrativo de demarcação da TIRSS, contra o qual cabiam denúncias de estar eivado de vícios. A não produção de prova impossibilita uma decisão mais precisa porque transferiu o julgamento que se daria no contexto da realidade para o contexto meramente jurídico.

⁷⁷BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988 - 2000. vol 8, p. 1052

⁷⁸BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988 - 2000. vol 8, p. 1050

⁷⁹ STF – PET 3.388-4/RR – DJE 181 Publicado em 25/09/2009, Mistro Relator Ayres Britto, páginas 521-522.

Como se pode perceber do acórdão lavrado a decisão foi tomada não devido ao reconhecimento de que a ocupação da TIRSS se deu de forma contínua, e sim pelo entendimento da Corte de que este seria o melhor modo de demarcação do ponto de vista indígena.

Ao agir desta forma o Supremo exerceu a tomada de decisão no campo político, pois fixou parâmetro de demarcação futura de todos os territórios indígenas ainda pendentes. Abriu a limitação imposta pela Constituição, e contrariou, ainda, a exigência legal que prevê a realização de um estudo interdisciplinar sobre a ocupação.

Não se nega a importância da preservação da cultura indígena, nem o direito de proteção dos territórios das sociedades autóctones. O que se questiona é o interesse em manter esses povos afastados do contato com a civilização, ainda que à revelia de sua vontade.

4.2.5. *A decisão e o princípio da proporcionalidade.*

Já no primeiro capítulo deste trabalho foi dado o devido destaque ao princípio da proporcionalidade e seu uso quando da aplicação da norma constitucional. Relembrando, BULOS apresenta as três notas que caracterizam-no:

- 1^a) juízo de adequação – as medidas adotadas pelo Poder Público devem ser capazes de atingir os objetivos pretendidos;
- 2^a) necessidade ou exigibilidade – os meios devem ser os menos gravosos possíveis para o atingimento dos fins visados, evitando-se, pois, excessos ou exageros que descabem para o arbítrio.
- 3^a) proporcionalidade em sentido estrito – é curial que haja ponderação entre o ônus imposto e o benefício resultante da medida. Só assim será possível adentrar nas áreas ligadas às liberdades públicas, que não são absolutas, mas relativas, devendo ser interpretadas à luz das exigências do fato social cambiante.⁸⁰

A aplicação do princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, como a de todo princípio é cercada de construções polêmicas, pois é de difícil aplicação e exige fundamentação complexa. No entanto, gostaria de finalizar este capítulo apontando algumas questões que poderiam ser consideradas ao longo do julgamento relativas à razoabilidade. Não há o objetivo de propositura de uma mudança, mas tão somente de um exercício de reflexão.

⁸⁰ BULOS, Uadi L. *Obra citada*. p. 284

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol ocupa uma área referentes a 7,6% do estado de Roraima, nos quais vivem menos de 20.000 índios de cinco etnias. Ao que parece esta área seria suficiente para que os aborígenes desenvolvessem suas atividades de subsistência, bem como suas práticas culturais e religiosas.

A área então ocupada pelos produtores rurais e pelas áreas urbanas dos municípios de Uiramutã e Normandia perfazia um total de aproximadamente 1% da área indígena total, somando-se a isso o fato de estar localizada na 'borda' da área indígena.

O que se propõe como exercício de reflexão é o seguinte: não haveria um meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado que não incluísse a remoção de diversos moradores e produtores rurais? A perda de menos de 1% do território seria, realmente, tão danosa aos indígenas?

Outro ponto: o que se perde com a medida é maior do que se ganha. Ainda não há notícias acerca do fato, mas certamente a remoção de famílias de produtores rurais significou uma perda na produção rural local. Pouco importa o impacto na economia nacional, o que está em questão são os resultados ocorridos naquela localidade.

5. Conclusão.

SCALIA afirma de forma crítica que um dos principais problemas da Suprema Corte norte-americana é a falta de um mecanismo claro de interpretação das normas, o que resulta numa imprevisibilidade das decisões judiciais e transformar questões jurídicas em disputas ideológicas que deveriam ser travadas no Congresso⁸¹. Tal crítica pode ser estendida ao Supremo Tribunal Federal. No mesmo caso a Corte apresentou interpretações contraditórias, por vezes sobre a mesma questão (como foi o caso da não admissão do Estado de Roraima como litisconsorte, mesmo após reconhecida a competência da Corte por se tratar de conflito entre Estado e União).

Mais, mesmo dentre os Ministros da Suprema Corte não é possível identificar quais mecanismos cada um deles adota preponderantemente. Como visto anteriormente não há – até o presente momento – nenhuma teoria que se apresente como completa e pronta para a aplicação em todos os casos. Seria, no entanto, salutar que se soubesse ao menos como pensam os juízes constitucionais, quais mecanismos aplicam.

Verifica-se também que a Corte brasileira confirma sua atuação no sentido de um ativismo judicial no sentido de que o Judiciário pode tomar decisões de política pública. Esta posição fica clara principalmente na parte dispositiva do acórdão, na qual foram delineadas dezoito salvaguardas institucionais para regulamentação e ocupação não apenas da TIRSS, mas com efeito vinculante para todos os casos semelhantes.

Parte das salvaguardas são apenas aplicação de normas constitucionais ao caso; outras porém são resultado de uma atividade legislativa positiva, como por exemplo a que criou área de dupla afetação (reserva ambiental e indígena) e determinou que a administração desta seja realizada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

Não se está a defender a limitação de ação do Judiciário, transformando o juiz em mero aplicador da lei. Nem é possível, dada a natureza e o objetivo deste trabalho,

⁸¹ SCALIA, Antonin. *Obra citada*. p. 53

propor a adoção de um método em detrimento dos demais. Mas sim, chamar atenção ao fato de que não há no Brasil um parâmetro claro adotado para decisão de casos difíceis.

Já está superada a idéia de que o Judiciário não atua como agente transformador em questões de natureza política. Está também superado o debate da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, restando delimitar, exatamente, qual é o alcance que se permite ao Judiciário. Desta forma é imperativo, principalmente por uma questão de certeza e segurança jurídica, que ao menos se aclarasse quais são parâmetros de interpretação e aplicação constitucional.

Pode-se depreender do resultado do julgamento, ao menos em parte, que não houve preocupação com o que HESSE classifica como ‘força normativa da Constituição’⁸², ao serem ignorados os riscos causados pela infiltração de ONGs estrangeiras nos territórios indígenas, sob a justificativa de que o ordenamento jurídico não aceita que nenhuma terra indígena se eleve a um patamar jurídico. Esta decisão demonstra que os Ministros não consideraram o perigo a ser causado pela não coincidência da Constituição jurídica com a real.

Também aqui é possível apontar uma contradição em que a Corte incorreu, pois em um primeiro momento reconheceu que as mudanças ocorridas na sociedade são determinantes para a mudança do ordenamento jurídico e da leitura da Constituição, e, em seguida, negam haver risco à soberania nacional em que pese o Brasil ser signatário de um tratado que reconhece direito de autodeterminação aos indígenas⁸³. Se é certo que este tratado só pode ser recepcionado no que estiver de acordo com a Carta Maior, não se pode ignorar o que ele representa em termos de mudança no comportamento da sociedade.

⁸² HESSE, Konrad. *Obra citada*. p. 16

⁸³ Trata-se da Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001

BARBOZA, Estefania M. Q. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte : Fórum, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988 - 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira : legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. rev., ampl. e atual. , de acordo com a emenda constitucional nº 45/2004 - Rio de Janeiro : Renovar, 2010.

BULOS, Uadi L. *Constituição Federal anotada. 5 ed. rev. e atual. até EC 39/2002* – São Paulo: Saraiva, 2003.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980.

GRAU, Eros R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul M. *Direito constitucional*. 4.ed. , rev.e atual. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001. Tradução de José Lamego.

MARINONI, Luiz G. *Curso de processo civil, volume 4: procedimentos especiais*. / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 2 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança : ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 29. ed. atual. e complem. – São Paulo : Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocêncio M. e BRANCO, Paulo G. G. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MORO, Sérgio F. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. / Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa – 39 ed. atual. até 16 de janeiro de 2007 – São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil e legislação extravagante*. 10 ed. atual. até 1 de outubro de 2007: São Paulo, Editora RT, 2008.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. 6th printing – Princeton: Princeton University Press, 1998.

19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE. (S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV. (A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
ASSIST. (S)	: FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV. (A/S)	: ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
ASSIST. (S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
ASSIST. (S)	: LAWRENCE MANLY HARTE
ASSIST. (S)	: OLGA SILVA FORTES
ASSIST. (S)	: RAIMUNDO DE JESUS CARDOSO SOBRINHO
ASSIST. (S)	: IVALCIR CENTENARO
ASSIST. (S)	: NELSON MASSAMI ITIKAWA
ASSIST. (S)	: GENOR LUIZ FACCIO
ASSIST. (S)	: LUIZ AFONSO FACCIO
ASSIST. (S)	: PAULO CEZAR JUSTO QUARTIERO
ASSIST. (S)	: ITIKAWA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
ASSIST. (S)	: ADOLFO ESBELL
ASSIST. (S)	: DOMÍCIO DE SOUZA CRUZ
ASSIST. (S)	: ERNESTO FRANCISCO HART
ASSIST. (S)	: JAQUELINE MAGALHÃES LIMA
ASSIST. (S)	: ESPÓLIO DE JOAQUIM RIBEIRO PERES
ADV. (A/S)	: LUIZ VALDEMAR ALBRECHT
REQDO. (A/S)	: UNIÃO
ADV. (A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ASSIST. (S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA BARRO
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA MATURUCA
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA JAWARI
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA TAMANDUÁ
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA JACAREZINHO
ASSIST. (S)	: COMUNIDADE INDÍGENA MANALAI
ADV. (A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARÃES

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO



Pet 3.388 / RR

MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. 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 PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

1. **AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.** Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: 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. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

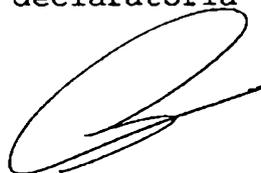
2. **INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR.**
2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de



Pet 3.388 / RR

interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 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 nº 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-



Pet 3.388 / RR

executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é 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-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 estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, 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). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. 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

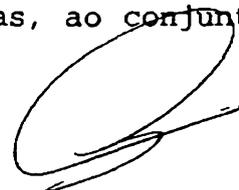


Pet 3.388 / RR

etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

6. **NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA.** 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 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).

7. **AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA.** Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume postura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à



Pet 3.388 / RR

sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo 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. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. 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.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e



Pet 3.388 / RR

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.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). 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.

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



Pet 3.388 / RR

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 par 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



Pet 3.388 / RR

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. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

13. **O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS**. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. **A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU**



Pet 3.388 / RR

DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. 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.

15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo *intraétnico* que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma *condivisão* empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras *interétnicas*. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação *intraétnica*, menos ainda de espaços intervalados para

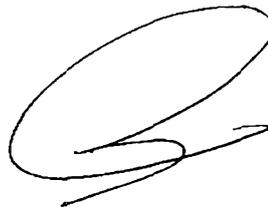


Pet 3.388 / RR

legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. **COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS.** Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, 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 quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

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.



Pet 3.388 / RR

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em:

I) preliminarmente, por unanimidade de votos, resolver questão de ordem, proposta pelo Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de 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, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamandúá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, todos na posição de assistentes da União, recebendo o processo no estado em que se encontra. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, em 27.08.2008;

II) por maioria de votos, julgar a ação parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação



Pet 3.388 / RR

popular inteiramente procedente. Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: **a)** o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); **b)** o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; **c)** o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; **d)** o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; **e)** o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses 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 igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); **f)** a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; **g)** o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos



Pet 3.388 / RR

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; **h)** o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; **i)** 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 aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; **j)** o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **l)** admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; **m)** o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **n)** a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; **o)** as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); **p)** é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta



Pet 3.388 / RR

de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse 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 imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto à alínea "r", a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação deste acórdão, confiando sua supervisão ao Relator do feito, Ministro Carlos Ayres Britto, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com o seu Presidente, Desembargador Jirair Aram Meguerian. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que votou no processo.

Brasília, 19 de março de 2009.



CARLOS AYRES BRITTO

-

RELATOR