

## **39º Encontro Anual da Anpocs**

### **GT18 Instituições judiciais, agentes e repercussão pública**

#### **Direito e causas indígenas: o papel do Supremo Tribunal Federal**

Thaís Maria Lutterback Saporetti Azevedo  
Doutoranda do PPGSD/UFF – bolsista Capes  
[thaislutterback@gmail.com](mailto:thaislutterback@gmail.com)

#### **Resumo:**

As terras indígenas brasileiras protagonizam o cenário de intensas disputas sobre a distribuição do poder no território nacional. O Supremo Tribunal não consegue responder adequadamente as demandas envolvendo as questões indígenas, sobretudo, pela dificuldade em se ter um olhar interdisciplinar. Ao mesmo tempo, a corte amplia cada vez mais a sua esfera de competência com fenômeno da “judicialização” da política e das relações sociais. Este quadro implica em discussões sobre conceitos basilares na configuração do Estado brasileiro: a soberania e a territorialização. Trata-se de um fenômeno complexo, pois, aponta na direção de novos papéis para os poderes estatais relativizados no contexto geral da globalização. Por esta via, as técnicas pretendidas no estudo partem de dois eixos conectados, a análise de jurisprudência e a revisão bibliográfica para delinear o quadro geral de análise pretendido na pesquisa. O trabalho problematizará, assim, a alteridade e jusdiversidade, como desafio para se pensar o Direito além das deficiências do monismo estatal. O reconhecimento das especificidades de populações indígenas envolvem noções peculiares que não se amoldam, muitas vezes, nas configurações jurídicas formais e demanda o direito à diferença, o que representa uma grande dificuldade no campo jurídico estruturado. Como suplantar esse quadro?

**Palavras-chaves:** Supremo Tribunal Federal; Decisão judicial; Causas indígenas.

#### **Resumen:**

Tierras indígenas brasileñas protagonizan la escena de intensas disputas sobre la distribución del poder en el país. El Tribunal Supremo no puede responder adecuadamente a las demandas que involucran cuestiones indígenas, especialmente la dificultad de tener una mirada interdisciplinaria. Al mismo tiempo, el tribunal ampliando cada vez más su esfera de competencia, con el fenómeno de la "legalización" de las relaciones políticas y sociales. Este marco incluye debates sobre conceptos básicos en la configuración de Estado brasileño: la soberanía y territorial. Se trata de un fenómeno complejo, ya que, apuntahacia nuevos roles para los poderes del Estado relativizadas en el

contexto general de la globalización. De esta manera, las técnicas requeridas en el estudio a cargo de dos ejes conectados al análisis de la jurisprudencia y de la revisión de la literatura para delinear el marco general de análisis requerido en la investigación. El problematizará trabajo hasta la alteridad y jusdiversidade, como um desafio para pensar la ley más allá de las deficiencias del monismo estado. El reconocimiento de las especificidades de los pueblos indígenas implica nociones peculiares que no amoldam entornos legales formales y exigen El derecho a la diferencia, que es una gran dificultad en el ámbito jurídico estructurado. ¿Cómo superar esta situación?

**Palabras clave:** La Corte Suprema Brasileña; Decisión judicial; Causas indígenas.

## 1- Introdução

Analisar as decisões judiciais significa perceber como o Direito se comporta diante das demandas que são levadas ao Judiciário. Se o mundo da vida tem múltiplas manifestações, a jurisdição pode se aperceber em captar parte desse cenário que se abre como lente plúrima. Trata-se de uma difícil construção essa de buscar explicar a realidade...

Interpretar significa, sobretudo, extrair sentido. Interpretar em sentido jurídico, como na leitura corrente feita pelo Judiciário, significa dar sentido às normas jurídicas (em sentido amplo) na solução dos litígios sociais postos. É apenas isso? Dizer o direito não se esgota apenas em uma leitura legislativa, por mais que isso envolva questões de subsunção e segurança jurídica. Villares aponta que os sentidos produzidos pelo mesmo texto, e aqui está o trabalho do jurista, são dados tanto pelas realidades diversas como pela cominação das diversas normas que compõem o ordenamento jurídico (VILLARES, 2009, p. 18).

Muitas vezes, o Direito em sentido positivo não dá conta dos fatos que pretende abarcar. Trata-se de uma tensão permanente que implica embates e contradições. E ainda, o movimento de transformação que envolve a dinâmica da produção jurídica mostra-se, em muitos casos, mais lento do que as demandas sociais que o cercam.

Lobão apresenta a ideia de que as culturas jurídico-econômico-políticas movimentam-se dos centros de poder em direção às periferias, assumindo “diversas articulações do global ao local”. Por isso, há fatores de legitimidade e

de representação que devem ser pensados na construção de um sentido jurídico-legislativo. Essa leitura problematiza a questão da conjuntura maioria/minoria em torno da configuração do poder. Pois, no embate do jogo político pautado em uma suposta democracia, há que destacar os problemas oriundos de uma valorização excessiva de interesses majoritários, quando estes aniquilam as necessidades das minorias que também devem ser percebidas (na lógica do esquema cada cabeça, um voto). Então, trata-se de um esforço de valorização daquela mesma realidade múltipla em patamares de dimensionar, no espaço público, os diversos grupos que compõem o espaço nacional, tal qual ocorre no Brasil.

O reconhecimento das especificidades de populações tradicionais envolve, desse modo, noções peculiares que não se amoldam nas configurações jurídicas formais e demandam o direito à diferença, o que representa uma grande dificuldade no campo jurídico estruturado. O fato de se tratar de minorias não pode significar o aniquilamento de vontades pelo interesse de uma maioria que objetiva se expandir a passos largos. É preciso identificar o esforço contra hegemônico de se fazer valer neste embate de forças. Nesse ponto, a democracia não deve significar uma ferramenta de colonização, o que, na realidade, muitas vezes ocorre.

Não temos dúvida de que o Direito é poder simbólico (sendo a leitura um campo de disputas e uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial) e que, ao mesmo tempo, a ciência jurídica tende a apreendê-lo como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser apreendido por sua própria dinâmica interna (BOURDIEU, 1989, p. 39). Na crítica de Bourdieu feita ao formalismo, em que há autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos, o pensador afirma que este modelo nos leva ao limite ultra consequente do esforço dos juristas e de regras completamente independentes do constrangimento e das pressões sociais (BOURDIEU, 1989, p. 211). A postura formalista é identificada em um contexto histórico específico, todavia, foi suplantada ao longo do tempo diante da sua insuficiência.

Por este viés, o conteúdo prático da lei que se revela no veredito e na jurisprudência é apresentado como o resultado dessa luta simbólica entre

profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais. E, na visão de Bordieu, capazes de mobilizar de modo desigual, os meios e os recursos jurídicos disponíveis. O espaço judicial funciona na caracterização de excluídos/incluídos. Ao mesmo tempo, nos julgamentos judiciais, o direito pode representar uma falsa representação, como instrumento de dominação exercido pelo Poder Judiciário em relação a seus jurisdicionados.

Esta pesquisa visa identificar como se percebe os limites de decisão no Supremo Tribunal Federal (STF) frente às demandas indígenas. Por que se escolhe o STF? Não se trata de um órgão isolado, pelo contrário, na cena política atual do país, visualizamos o papel emblemático que vem exercendo frente às demandas sobre populações indígenas e tantas outras questões sociais, a partir de uma representação do que se leva até o STF. Trata-se da última instância nos patamares jurídicos brasileiros, reunindo causas que versam, sobretudo, sobre a guarda da Constituição nas demandas judiciais e teremos, por essa via, um STF fomentado e revelado a partir das causas indígenas, como a seguir demonstrado.

## **2- O atual ordenamento jurídico brasileiro e as causas indígenas**

A CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) consagrou os direitos dos índios no Capítulo VII, em seus arts. 231 e 232<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

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

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

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

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das

sendo a primeira vez na história brasileira que se destinou um capítulo específico para proteção dos direitos indígenas, que também são tratados em outros dispositivos constitucionais (ARAÚJO; LEITÃO, 2002, p. 62).

Duprat sugere que o novo paradigma jurídico e político cristalizado no texto constitucional promove uma ruptura com a ideia de Estado-nação, o que reflete na aceitação da diversidade cultural e populacional, como proposto no capítulo sobre a cultura (Capítulo III – da Educação, da Cultura e do Desporto), nos art. 215 e 216<sup>2</sup> da CRFB/88. Rompe-se o viés assimilacionista/integracionista para garantir o direito à diversidade. Há a afirmação dos seguintes direitos quanto aos indígenas (ARAÚJO; LEITÃO, 2002, p. 64): reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e indisponíveis; posse permanente sobre suas terras; usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes; uso das línguas maternas e dos processos

---

riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

<sup>2</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

(...)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

(...)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

próprios de aprendizagem; proteção e valorização das manifestações culturais indígenas, que passam a integrar o patrimônio cultural brasileiro.

Tais garantias trazidas pelo texto constitucional representam uma nova leitura dos direitos reservados às populações indígenas, nos fornecendo novos patamares interpretativos. Esses dispositivos simbolizam o resultado da luta social travada na consagração do reconhecimento indígena, mas, é necessário que represente, ao mesmo tempo, a efetividade dessas conquistas. Até que ponto, na prática, esses direitos são salvaguardados? Baniwa destaca que:

(...) Entre a letra das leis e a prática há uma enorme distância, ou lacunas institucionais e conceituais intransponíveis que dificultam ou anulam as possibilidades de maior efetividade desses direitos, conquistados com muita luta, sofrimento, dor, sangue e morte de lideranças e povos indígenas inteiros. Por que os direitos coletivos, os sistemas jurídicos, socioculturais, econômicos e políticos dos povos indígenas continuam sendo desconsiderados, ignorados e negados? Por que as organizações sociais tradicionais continuam sendo desqualificadas no âmbito das relações políticas, jurídicas e administrativas com o Estado? Afinal de contas, não foram os índios que aprovaram e adotaram essas leis, mas os próprios agentes e operadores do Estado brasileiro. (BANIWA, 2012, p. 216)

Há grande dificuldade em responder essas perguntas, como aponta o autor. Temos pontos específicos na CRFB/88 para a defesa de direitos indígenas, tema este cercado pelo texto constitucional confeccionado por uma sociedade não-indígena e para essa sociedade não-indígena. Por isso, o desafio de lidar com a diferença, dificuldade essa que sugere o embate constante entre igualdade/diferença. Se o poder resulta de uma correlação de forças, os povos indígenas estão em nítida desvantagem, na medida em que não detém, muitas vezes, poder político<sup>3</sup> ou econômico.

Turón destaca que, no contexto latino-americano, houve uma luta acirrada pelo reconhecimento dos direitos originários, de modo a produzir uma libertação de natureza política que tanto almejaram várias gerações de indígenas. Esses direitos começaram a ser mencionados em várias constituições da América (Brasil, Colômbia, Peru etc.), durante as décadas de 1980 e 1990, no entanto, muitas comunidades indígenas ainda padecem pela ausência de reconhecimento de seus direitos na prática.

---

<sup>3</sup> O sopesamento dessa balança é feito pelos movimentos indígenas na busca por reconhecimento dos direitos indígenas.

No Brasil, após a CRFB/88, outros instrumentos normativos em âmbito internacional foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio e disciplinaram a temática dos direitos indígenas. É o caso da Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre o direito dos povos indígenas.

Temos que a convenção 169 da OIT – denominada Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais - foi acolhida na íntegra pelo governo brasileiro por meio de Decreto presidencial. A Convenção entrou em vigor internacionalmente, em 5 de setembro de 1991, tendo sido aprovada, em 1989, por 328 votos favoráveis contra 49 abstenções. O Brasil foi um dos países que se absteve. Então, somente em 2002 foi ratificada pelo Brasil, entrando em vigor doze meses após sua ratificação. Adentrou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004. E houve alvoroço na política nacional, em 2014, pois, seu texto trouxe a disposição de que todo membro que tivesse ratificado a Convenção poderia denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor, mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado<sup>4</sup>. Nesse quadro, setores ligados à recusa dos direitos consagrados aos indígenas<sup>5</sup> pediam a denúncia pelo Estado brasileiro, em contraposição aos movimentos indígenas e socioambientais. Em que pese a pressão conservadora, o ato não foi realizado e a Convenção 169 segue em vigor.

Inicialmente, conforme descrito em seu preâmbulo, seu objetivo é eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores, considerando que a “evolução” do direito internacional desde 1957 e as mudanças

---

<sup>4</sup> Importante perceber a celeuma oriunda do fato do citado dispositivo não disciplinar claramente se o prazo de denúncia é contado a partir da entrada em vigor no âmbito nacional ou internacional. Para os defensores da recusa à norma, a primeira opção seria adequada. No entanto, para o escritório regional da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, não há possibilidade de discutir em 2014 a desvinculação do país à Convenção 169. Segundo o diretor-adjunto da OIT no Brasil, Stanley Gacek, a instituição leva em conta a data da criação do texto, que é 5 de setembro de 1991 –o único período permitido agora para uma denúncia da Convenção 169 será entre o dia 5 de setembro de 2021 e o dia 5 de setembro de 2022. Essa interpretação diverge de apresentações feitas em audiência pública na Câmara dos Deputados.

<sup>5</sup>Foi organizada audiência pública, no dia 03 de junho de 2014, pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento da Câmara dos Deputados para debater a revogação do Brasil à subscrição da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A audiência foi requerida e articulada pelo deputado federal Paulo Cezar Quartiero (DEM-RR).

sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto. Esse direcionamento já era aplicado por conta da CRFB/88, o que não deveria representar inovação.

O mesmo se dá no reconhecimento das aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Destaca-se a contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais.

Da leitura do art. 1º, há uma série de inferências em termos de autodeterminação territorial e étnica. No entanto, é importante a percepção de que a denominação “povos” utilizada na Convenção não tem o condão desagregador do Estado, no sentido de “povo independente”. É necessário aprofundar as concepções relacionadas à Teoria do Estado, que os termos povos, nação, comunidade, população etc. podem assumir, bem como, destacar as diversas possibilidades de tradução e entendimento para os termos “consciência coletiva”, “consciência identitária”, “autodeterminação”, o que será feito futuramente em outra oportunidade.

Outro ponto interessante é que, em diversos dispositivos, a Convenção 169 estabelece o direito das comunidades indígenas serem ouvidas, de forma qualificada, em tudo que lhes disser respeito, principalmente no caso de programas e obras públicas ou privadas que os afetem ou que tenham interesse. Nesse sentido, o artigo 7º, 1, estabelece ainda:

Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (Convenção 169 da OIT)

Nesse ponto, mais uma vez, consagra-se a autonomia, em sentido emancipatório das comunidades indígenas, pela autodeterminação de suas escolhas, ao mesmo tempo, em se consagra a necessidade de consulta prévia



na resolução de temáticas que lhes digam respeito. Na prática, diversos casos de negação dessa garantia podem ser visualizados e, em tempo mais recente, tomou grande repercussão no plano nacional, a instalação da hidroelétrica de Belo Monte, em flagrante violação aos direitos indígenas<sup>6</sup>.

Desse modo, muitas vezes, o texto normativo e a consagração de direitos não alcançam a realidade, pois a Convenção 169 da OIT representa uma mudança de paradigma em âmbito internacional, em grau de reconhecimento das aspirações desses povos, de modo a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida. Tal ordem das coisas suplanta o arcabouço jurídico anterior, traduzido na Convenção 107 da OIT, de junho de 1957, com o propósito de proteger e integrar as populações indígenas à comunidade nacional (preâmbulo). Na visão de Duprat, esse modelo anterior tem suas raízes no que se denominou modernidade, tendo como marco inicial, no âmbito filosófico, o iluminismo, e no jurídico-político, a Revolução Francesa.

A Convenção 107 resolve a questão das minorias passando pela sua incorporação às comunidades nacionais – é a garantia de direitos pelo viés da igualdade formal e do aniquilamento das diferenças. Enquanto, a Convenção 169 e a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas trazem novas luzes sobre a temática. Essa última, como destacam Vieira e Vieira, tem a característica peculiar de ter contado com a participação efetiva dos detentores dos direitos – os povos indígenas – no processo de elaboração. Sendo resultado de um debate ampliado sobre a temática, demorou mais de 25 anos para ser resolvida, quando finalmente em setembro de 2007, foi aprovada na Assembleia Geral da ONU – com 143 países tendo votado a favor, o que inclui o Brasil, 4 contra e 11 abstenções(VIEIRA; VIEIRA, 2008, p. 2).

---

<sup>6</sup> Na subseção de Altamira, o Ministério Público Federal está reunindo documentação, embasamento jurídico e lastro probatório para ajuizar ação judicial em virtude do etnocídio indígena na área. O órgão já entrou com 22 ações para barrar a sequência de ilegalidades na construção da hidrelétrica de Belo Monte, no entanto, nunca houve uma ??? dessa ordem. Nas palavras da procuradora da República Thais Santi: “Belo Monte representa um etnocídio para os povos indígenas do Xingu. Essa é a conclusão a que cheguei com o Inquérito Civil que investigou o Plano Emergencial. Belo Monte é um etnocídio num mundo em que tudo é possível.” Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/01/opinion/1417437633\\_930086.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/01/opinion/1417437633_930086.html)>. Acesso em 15 de dezembro de 2014.

Na esteira desse raciocínio, a autodeterminação é harmonizada, a todo momento, com o princípio da integridade territorial e da unidade nacional. É o que se visualiza:

Artigo 46

1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes. (Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas)

Por isso, não há motivos para argumentos em torno do respaldo da convenção para se alcançar a secessão dos povos indígenas em relação aos seus países. O que temos é a necessidade de transição de um Estado nacional de matriz hegemônica para um entendimento que contempla um pluralismo cultural e étnico, o que não ocorre sem rupturas em contexto de avanços e retrocessos.

Na visão exposta neste trabalho, esses instrumentos normativos permeiam o amálgama entre o texto constitucional e o patamar infraconstitucional no plano jurídico brasileiro. Esse processo não é uniforme, implicando anacronismos na formulação da realidade, quando levamos o texto constitucional ao nível da empiria, pois, esta se apresenta muito distante dos patamares consagrados na CRFB/88.

### **3- O papel do Supremo Tribunal Federal**

Com consciência da limitação que rege a tarefa da busca, nos propomos a analisar como o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem se posicionado frente às demandas das populações indígenas brasileiras.

“Judicializar” implica reconhecer que as demandas advindas do seio social não encontram eco nas políticas públicas implementadas, sobretudo, pelo Poder Executivo e, então, a partir do reconhecimento de sua exigibilidade (com base na noção de eficácia), devem ser reverberadas pelo funcionamento do Poder Judiciário, que passa a assumir cada vez mais um papel de protagonismo no cenário político do país. Há uma mudança no papel do juiz e de sua possibilidade de atuação, com uma postura muito mais proativa, o que nem

sempre é bem resolvido no caso concreto, pois, indaga-se: há legitimidade nessa atuação do julgador?

Todo esse panorama suscita uma série de problematizações sobre a atuação dos poderes republicanos, e ainda, a repartição das funções estatais, a atuação na esfera pública de diversos atores sociais, as dificuldades de solução dos litígios judiciais envolvendo noções sociopolíticas, entre tanto outros apontamentos a serem elucidados na pesquisa.

O quadro da judicialização da política e das relações sociais é relativamente recente na História brasileira, pois, a partir da abertura política em meados da década de 1980 e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), há um rearranjo das forças políticas no Brasil. Temos que o fluxo dessas mudanças ainda continua em constante devir até os dias de hoje, pois, esses papéis ainda não estão firmados de forma mais estanque ou precisa. Há desencontros no processo de democratização do país e na afirmação dos direitos e garantias considerados fundamentais – sejam direitos civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais.

Em nossa visão, a atuação do STF é determinante no caso dessa arrumação institucional. O Brasil adota um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, com a possibilidade do modelo difuso como com o modelo concentrado<sup>7</sup>. Em ambos os casos, seja por meio das ações constitucionais de controle de constitucionalidade ou ainda em virtude de recursos extraordinários

---

<sup>7</sup> O controle de constitucionalidade difuso é baseado no modelo anglo-saxão (adotado inicialmente nos EUA), em que qualquer juiz, corte ou tribunal pode entender pela inconstitucionalidade de uma determinada lei e declará-lo no caso concreto, com a evidente importância que a força do precedente tem nesse regime. A questão da constitucionalidade é decidida de modo incidental no processo para se chegar a uma conclusão sobre a questão principal da causa – o bem da vida demandado pela parte. Por outro lado, o controle de constitucionalidade concentrado é baseado no modelo europeu-continental (adotado inicialmente na Áustria), em que se permite discutir a constitucionalidade de uma lei em tese, como demanda autônoma, em grau abstrato – discute-se a constitucionalidade da lei em si mesma. Na incorporação para a legislação brasileira, assentada no texto constitucional, temos uma série de ações a viabilizar esse modelo, a saber: ação direta de inconstitucionalidade (Adin), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Adin por omissão), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (Adin interventiva), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (Adpf). A configuração do quadro brasileiro torna-se mais emaranhada com a possibilidade da “abstrativização do controle difuso”, o que tornaria os sistemas ainda mais imbrincados, ao mesmo tempo em que se desnaturaria os modelos – além do que, os contrários a essa possibilidade argumentam que não é adequado que uma ação discutida entre as partes (em bases restritas) venha a produzir efeito contra todos (o que demandaria discussão mais ampliada), argumento com o qual concordamos.

ou reclamações, a Corte desempenha papel de relativa centralidade. A CRFB/88 demanda uma releitura dos diplomas normativos da legislação ordinária no processo de constitucionalização pelo qual passaram os diversos ramos do direito privado, o que corroborara para necessidade da atuação da Corte. Moreira destaca que é preciso buscar horizontes epistemológicos que auxiliem na compreensão da atuação do Judiciário brasileiro, no sentido de garantir os direitos indígenas constitucionalmente previstos(MOREIRA, 2010, p. 8658).

A crise epistemológica desencadeada no século XX tem relação com a incapacidade de identificar todas as variáveis do complexo mundo social. Trata-se da ordem política da globalização, que traz transformações econômicas, culturais e políticas, diferentes do imperialismo da dominância europeia (apesar de trazer resquícios destes) e da expansão capitalista de eras anteriores. Por esta via, cresce a importância da interdisciplinariedade. A soberania moderna (típica do Estado-nação com o poder central exercendo o monopólio sobre o território) dá lugar a soberania pós-moderna, caracterizada por fronteiras flexíveis e novas concepções de identidade e diferença, salientadas por Hardt e Negri em Império:

O declínio da soberania do Estado-nação, entretanto, não quer dizer que a soberania como tal esteja em declínio. Através das transformações contemporâneas, os controles políticos, as funções do Estado, e os mecanismos reguladores continuam a determinar o reino da produção e da permuta econômica e social. Nossa hipótese básica é que a soberania tomou outra forma, composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais.

Supiot corrobora esta análise com a argumentação de que a abertura das fronteiras atende a uma série de fatores, sobretudo econômicos e, ao mesmo tempo, abala os âmbitos nacionais da vida em sociedade, em decorrência do fato de as solidariedades nacionais serem questionadas, de um lado pela globalização e por outro pela realocização (e territorialização)(SUPIOT, 2007, p. 192). Estas duas vertentes são faces inseparáveis de estratégias econômicas em escala mundial.

E justamente em termos de soberania, nos é cara a análise de um dos seus aspectos principais: a vigência e a aplicação das normas. Mas, o foco é

particularizado em especial às causas indígenas. No rol das decisões elencadas na pesquisa, o estatuto jurídico aplicável nestas demandas envolve a legislação indigenista brasileira e as normas correlatas a esta temática.

Toda essa discussão contorna, entre outros pontos, como dito, a questão central do planejamento territorial do Estado brasileiro e a distribuição de poder sobre o mesmo. Temos que, embora variável a sua percepção ao longo do tempo, o território está presente em todo o processo histórico, definindo-se antes de tudo, com referência às relações sociais e ao contexto histórico em que está inserido (HAESBERT, 2010, p. 78). Não podemos visualizar um território sem ter em conta que esta formação é produto de relações históricas, de um processo que se estrutura.

Logo, parece-nos de sobremodo adequado destacar a complexidade desse fenômeno no sentido de que a territorialidade deve ser concebida como uma problemática social, complexa e relacional (RAFFESTIN, 1997, p. 123-124). O território pode ser visualizado como um campo de forças em que temos obras e relações sociais historicamente realizadas. Ao mesmo tempo, na sociedade contemporânea há intensa busca pelos atributos da paz, equilíbrio e fim dos conflitos, estes valores para os quais tudo se dirige e que implicam no desenvolvimento de métodos de contínua contratualização que leva a equilíbrios sistêmicos. Isto implica o exercício da autoridade e da ação em todo o espaço social. E também as noções de respeito mútuo e de autorrespeito que, segundo Walzer, são as grandes forças da igualdade complexa e, juntos, são a fonte de sua possível durabilidade (WALZER, 2003, p. 441).

O Judiciário, na figura do STF, tem dificuldade em traçar essas intersecções e articulações. Há obstáculos postos quanto às questões indígenas, por serem revestidas de noções sociais e políticas, em perspectiva mais ampla. É necessária a articulação com outros campos do conhecimento, por um olhar inter e multidisciplinar (com Sociologia, Geografia, Antropologia, Filosofia e História, entre outros campos do conhecimento), no sentido de angariar esforços na compreensão das demandas envolvendo as populações indígenas. Diante da complexidade em entender a cultura indígena e a construção de seus sistemas normativos, é necessário o diálogo com outros saberes que permitam “uma melhor compreensão do nosso lugar e do ‘outro’, da

condição do homem e sua relação entre si, com a natureza e o Estado”(MOREIRA, 2010, p. 8659). O excerto a seguir traduz precisamente os contornos da aplicação do Direito nessas causas:

Sempre que estejam em causa interesses de grupos étnicos, a aplicação do Direito pelo juiz se sujeita ao mesmo postulado da inteligibilidade. A despeito de já abandonada a orientação positivista e compreendidas as situações de fatos e normas como esferas axiológicas que não se resolvem em um sistema lógico-formal do tipo indutivo-dedutivo, vê-se o julgador diante de premissas, valores e experiências dos quais não compartilha e para os quais precisa de tradução, de modo que se revele sua essência subjacente. Isso é válido tanto para as normas que especificamente os tenham por objeto quanto para as que tenham por pressuposto a comunidade nacional como um todo, justamente pelo fato de sua aplicação não poder passar ao largo da forma como esses grupos se representam. O juiz não pode olvidar que, à mudança do paradigma epistemológico, corresponde necessariamente a mudança de metodologia. A abertura para o outro, experimentando-o como tal de modo a fazer valer sua pretensão, afasta a atitude monológica e impõe a recuperação da retórica, mediada pela intervenção antropológica que, ao experimentar significativamente uma realidade, está apta a traduzir os topoi que orientarão a discussão.(PEREIRA, 2002, p. 41)

Por isso, o método indutivo-dedutivo de subsunção do fato à norma não responde adequadamente às demandas das causas indígenas revestidas de particularidades. O juiz deve apresentar uma maior esfera de compreensão para o entendimento caso a caso das especificidades dos diversos povos que habitam o território nacional, o que não nos permite a tábua rasa do direito positivo civilista brasileiro. Este panorama obriga o Poder Judiciário a se posicionar e construir uma nova concepção de justiça, que passa pelo exercício simultâneo de reconhecimento de identidades diferenciadas e redistribuição nos sentidos da igualdade(CITTADINO, 2005, 189). A necessidade de uma interpretação que contemple a diferença deve ser destacada:

Cumprir guardar na mente, o fato de que os sistemas dogmáticos como tais não dialogam no sentido das teorias expeditivas de comunicação, assim, só podem negociar. Uma interpretação aberta dos direitos humanos supõe, portanto, a existência de dispositivos institucionais apropriados para favorecer a negociação e para dar força

jurídica aos acordos que dela resultam.(SUPIOT, 2007, p. 268)

Desse modo, temos um enorme desafio no Brasil. Em decorrência do tratamento dado pelo texto constitucional, observa-se que os territórios indígenas são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício da identidade desses grupos. Portanto, reconhece-se aos indígenas os elementos de sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, e mais ainda, considera como originários os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Em primeiro momento, é importante perceber que estes fatores são em certa medida indissociáveis, e podem ser consolidados no tripé etnia/cultura/território. Em segundo lugar, é importante observar que ao considerar o direito à terra desses grupos como originário, este patamar interpretativo deveria significar preponderância sobre qualquer outro direito relacionado à propriedade privada que se estabeleça nestas terras, o que significa uma nova leitura para o intérprete. Entretanto, os conceitos diferenciados aplicáveis aos casos das terras indígenas que não se amoldam os cânones da propriedade privada. Há diferença substancial entre estes institutos: a propriedade privada (espaço marcado pela nota da individualidade e pertencimento específico) e o território indígena (espaço de existência da coletividade); mas, a aplicação pelos tribunais consolidada na prática judiciária tende a os equiparar, na medida em que lhe confere tratamento processual idêntico(PEREIRA, 2006, p. 174).

Norbert Rouland aponta a compreensão do Direito iniciado no seio das sociedades tradicionais, sendo esta a resposta que o anima até hoje e o arrasta aos “confins do direito”. O autor postula que “qualquer sociedade conhece o direito, mesmo que varie o conteúdo dele, e que cada uma delas não concebe a mesma importância à regulação jurídica”(ROULAND, 2008, p. 03). E por isso, podemos apontar a existência de “sociedades diferenciadas” no seio do território brasileiro com abordagens distintas em torno dos processos jurídicos formalizados (processos forenses/ formulação, elaboração e aplicação de leis).

Segundo o mesmo autor, é certo que o direito pertence ao que os antropólogos chamam de cultura, o que “o homem constrói a partir do dado natural que lhe é imposto”(ROULAND, 2008, p. 36). Geertz corrobora com esta

linha de raciocínio e argumenta que o poder imaginativo, construtivo ou interpretativo do direito tem suas raízes nos recursos coletivos da cultura e não na capacidade isolada do indivíduo, por isso, os estudos jurídicos deveriam dar mais atenção a esses métodos. E, por esta via, em que a sensibilidade jurídica é mais forte, na qual se estabelecem formas de conceber as situações de tomada de decisão de modo que as leis estabelecidas possam ser aplicadas para solucioná-las, está a paixão do antropólogo pela colocação de perspectivas locais em seus contextos tornados particularizados, ou dos juristas pela colocação de casos específicos em molduras determinadas, podendo encontrar-se e reformar-se mutuamente(GEERTZ, 2007, p. 324).

Corroborar-se o argumento quanto à necessidade de se entender melhor e aprofundar a análise do tratamento das demandas envolvendo os grupos indígenas, o fato de haver intenso debate a respeito da ideia de que o STF definir um “limite” para as reivindicações cada vez mais “excessivas” por novas terras indígenas(CASTRO, 2012, p. 09). Como pode o Judiciário fornecer este limite? Há legitimidade no Direito em responder esta pergunta sobre a territorialidade indígena?

A emblemática ação judicial da área indígena Raposa Serra do Sol, que deu origem a citada Portaria 303 da AGU em decorrência das polêmicas condicionantes ventiladas no caso, trouxe modificações profundas sobre o modo de se conceber o procedimento na demarcação contínua da terra. O próprio caso em si demonstra a amplitude da decisão judicial, mas, a possibilidade de estendê-lo como parâmetro geral evidencia a grande ingerência do Judiciário em questões sociopolíticas. E apesar de não restar precisamente consignado nessas condicionantes, tem-se no acórdão final do caso Raposa Serra do Sol, a ratificação e os contornos da aplicação da Teoria do Fato Indígena para explicar o caráter de reconhecimento do direito à terra pelas comunidades indígenas. É estabelecida a data de 05 de outubro de 1988, quando se deu a promulgação da CRFB/88, como marco temporal adequado para se verificar a ocupação. Excepciona-se tal quadro diante de renitente esbulho sofrido.

É curiosa a fixação dessa data de modo tão incisivo e taxativo, até porque não leva em consideração todo o ordenamento jurídico anterior que regulamentou os direitos indígenas. Tem-se como a CRFB/88 afirmando e



consagrando tal direito, mas, essa não é a interpretação muitas vezes esmiuçada no acórdão – pois, se afirma os direitos dos índios como 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 torna 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 posse em favor de não-índios.(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388 RR-Roraima. Tribunal Pleno. D. J. 21/03/2013. Acórdão p. 237)

Entre essa enunciação e aplicação prática há uma série de questões a serem investigadas, na medida em que ao se abandonar o indigenato para aplicar a teoria do fato indígena, surgem muitas inquietações que serão reveladas, sobretudo, nos julgamentos sequenciais da corte, como no caso da Terra Indígena Limão Verde – estado do Mato Grosso do Sul -, reclamada pelos índios Terena. Nessa decisão, de setembro de 2014, o STF define claramente tais conceitos. Reafirma que “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrangem aquelas possuídas em passado remoto, conforme determina a Súmula. 650 do STF, e, ainda, que renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado.

O papel da suprema corte brasileira ampliou-se, assim, substancialmente nos últimos anos, com o fortalecimento do Judiciário em meio a decisões políticas. Isso significa refletir e repensar as ações e estratégias desenvolvidas no interior das instituições, a partir de uma análise do papel desempenhado pelo Direito frente aos conflitos sociais. Há o protagonismo do Judiciário no plano da efetivação dos direitos de cunho político e social no Brasil, notadamente os órgãos de cúpula, tal como o STF .

Por essa via, são dois os eixos de orientação que se apontam na temática: i. o Judiciário, na figura do STF, não consegue responder adequadamente as demandas envolvendo as questões indígenas sem levar em consideração conhecimentos advindos de outros campos do conhecimento que não o Direito, mas, apresenta dificuldade em realizar este trabalho

interdisciplinar. ii. O STF amplia cada vez mais a sua esfera de competência na análise das demandas envolvendo as populações indígenas, corroborando para o fenômeno da “judicialização” da política e das relações sociais.

#### **4- Considerações finais**

*Yo no soy el otro, pero no puedo ser sin el otro.*

Emmanuel Lévinas

Os defensores dos direitos humanos, com viés universalista, acreditam ser o direito capaz de proteger um denominador comum, procurando um critério racional em busca da neutralidade e da ausência de arbitrariedade no discurso. Contudo, há extrema dificuldade em se estabelecer uma “ordem de urgência” para estes direitos concretos – não se dá conta de captar toda a heterogeneidade, com a previsão e proteção de todas as diferenças.

A neutralidade do discurso é impossível e o conteúdo do argumento é influenciado por diversos fatores (religiosos, políticos, econômicos e sociais). É o que assinala Levinás(1997, p. 74), no sentido de que a suposta universalização acaba, no fim das contas, por proteger os iguais e excluir os diferentes. Dessa forma, não alcança a abrangência desejada, pois a partir da escolha na definição daqueles que serão tocados pela norma, tantos outros ficam à margem do sistema de proteção. O citado autor defende que o sujeito do direito é calculável e previsível e a maior preocupação versa em torno daqueles que escapam ao direito.

Giorgio Agamben analisa o caráter potencial da ordem jurídica e sua convergência para a formação do direito, demonstrando os critérios de inclusão e exclusão de determinadas categorias jurídicas ao ordenamento. Evidencia que, historicamente, com o que chamou de politização da vida, permitiu-se no seio do direito uma vida desprotegida e não qualificada, que a promessa do direito não atinge, uma gama de indivíduos cuja existência não é cara à comunidade, permanecendo invisíveis e supérfluos para a mesma(AGAMBEN, 2002, p. 47-57). É necessária a busca por construir horizontes epistemológicos que auxiliem na compreensão do Judiciário brasileiro, com vistas a garantir aos indígenas a efetividade de sua organização social e a afirmação de suas identidades culturais.

As comunidades indígenas sobreviventes do processo de colonização, marcadas pelo processo de expropriação de suas terras e seus modos de vida, vivenciaram um contraponto a essa realidade a partir do final da segunda metade do século XX. Esse cenário, inclusive, com direitos e garantias estabelecidos na Constituição de vários países, como é o caso do Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela, representa de certo modo um grau de autonomia cultural, política e jurídica de modo inovador. É preciso investigar a distância entre o regramento e a realidade, para perceber como o “mundo dos fatos” lida com o “mundo do direito”, o que, muitas vezes, envolve a jurisdicionalização dos conflitos.

A pesquisa problematiza, assim, a alteridade e jusdiversidade, como desafio para se pensar o Direito além das deficiências do monismo estatal. O reconhecimento das especificidades de populações indígenas (e das populações tradicionais em sentido ampliado) envolve, deste modo, noções peculiares que não se amoldam nas configurações jurídicas formais e demandam o direito à diferença, o que representa uma grande dificuldade no campo jurídico estruturado.

## 5- REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ARAÚJO, Ana Valéria. LEITÃO, Sérgio. **Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1998**. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. BARROSO, Hoffman Maria. Além da tutela: bases para um nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Editora Contra Capa/LACED, 2002.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BANIWA, Gerssem. **A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo**. In: RAMOS, Alcida Rita. **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BORDIEU, Pierre. **A força do Direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico**. In: \_\_\_\_\_. O poder simbólico. Lisboa: Difel, 1989.

CITTADINO, Gisele. **Invisibilidade Estado de Direito e Política de Reconhecimento**. In.:**Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Maia etalli. (orgs). Rio de Janeiro:.Lumen Júris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da.**Direito dos Índios**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira(org.). **Direito e justiça : a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. **O Poder Judiciario no Brasil : paradoxos, desafios e alternativas**. Serie Monografias do Cej, v. 3, p. 1-88, 1996.

FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. **Redistribución o reconocimiento?** Madrid: Ediciones Morata, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz a democracia e: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Contexto, 2012.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Contexto, 2012.

LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

MOREIRA, Erika Macedo. **Políticas de Reconhecimento e Direitos Indígenas: Mapeando conflitos no Judiciário Brasileiro**. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010.

NOBERT, Rouland. **Nos confins do direito: a antropologia jurídica da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **Indigenismo e Territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O Estado pluriétnico**. Disponível em <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e->

publicacoes/artigos/docs\_artigos/estado\_plurietnico.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2015.

RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Editora Ática, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**. Porto: Afrontamento, 2004.

\_\_\_\_\_. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. **Poderá o direito ser emancipatório?**. Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 65, p. 4-12, mai/2003b.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

VIEIRA, José Ribas Vieira. **O Supremo Tribunal Federal e a Diversidade Social: Estudo do Caso Raposa Serra do Sol**. In: Confluências, vol. 12, n. 2. Niterói: PPGSD-UGSD-UFF, outubro de 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.