

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA
JURÍDICAS**

DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI

SILVANA BELINE TAVARES

ALEJANDRA PASCUAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

S678

Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Alejandra Pascual, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-201-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sociologia Jurídica. 3. Antropologia Jurídica. 4. Cultura Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

É com grande satisfação que as Coordenadoras Professoras Doutoras Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Silvana Beline Tavares e Alejandra Pascual apresentam os artigos que foram expostos no Grupo de Trabalho (GT- 28) “Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas”, o qual compôs, juntamente com sessenta e três Grupos de Trabalho, o denso rol de artigos científicos oferecidos no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, que recepcionou a temática “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, em um momento tão importante da realidade nacional e mundial, realizado na cidade de Brasília (DF), nos dias 06 a 9 de julho de 2016.

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI propiciou ampla e preciosa integração educacional, ao recepcionar escritos de autores oriundos de distintas localidades do território nacional, aproximando suas culturas e filosofias. Incentivou estudos, pesquisas e discussões sobre o papel do Direito na diminuição das desigualdades, tendo como norte o ideal de um Brasil justo buscando contribuir com os objetivos de desenvolvimento do milênio. Para tanto, recepcionou artigos que se referiam, notadamente, à problemática social contemporânea, envolvendo temas jurídicos atuais e respeitáveis, expressos nos aspectos substanciais dos artigos científicos defendidos nos inúmeros Grupos de Trabalhos, naqueles dias de julho de 2016, ocorrido nas dependências da Universidade Nacional de Brasília.

No dia 7 de julho de 2016, a presente Coordenação conduziu e assistiu as apresentações orais dos artigos selecionados para o Grupo de Trabalho (GT-28), textos que trouxeram ao debate importantes discussões sobre a temática da “Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas”. Os artigos expostos apontaram polêmicas de uma sociedade pós-moderna, complexa, líquida, assolada por injustiças e pelo medo, apresentando, em alguns momentos alternativas de solução, ou pelo menos de possibilidades de que o conhecimento transforme as realidades.

Durante as apresentações e os debates subsequentes, foram abordados temas importantes, vinculados à problemáticas sócio-jurídicos atuais com graves inflexões sociais, dentre as quais: identidade nacional; vínculo entre questões étnico-raciais e sociais e o encarceramento no Brasil; internação compulsória de dependentes químicos percebida a partir do conceito de justiça; laicismo e tolerância; crime organizado e territorialidade; direitos indígenas e direito à autodeterminação; memória e patrimônio cultural quilombola; análise da compreensão das Identidades indígenas a partir de votos do Supremo Tribunal Federal; inclusão digital e

acesso à informação; jurisdição indígena; justiça restaurativa aplicada aos adolescentes em conflito com a lei; mulheres e violência de gênero; ensino jurídico; o direito a ser ouvido; transexualidade e seu não reconhecimento judicial; violência estrutural e política de intervenção estigmatizante. O debate e as abordagens foram múltiplas, perpassando assuntos que vão desde o gênero percebido através da análise cinematográfica até temas específicos como a percepção da cultura religiosa popular presente nas festividades de São Benedito em Manaus e densos como aquela que discorreu sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a partir da perspectiva dos projetos neoliberal e neoconstitucional e do Estado de Direito. Por derradeiro, há que recordar que as considerações foram feitas com base em grandes teorias, como por exemplo as de: Jeremy Bentham, Michel Foucault, John Rawls, Niklas Luhmann, Stuart Hall, Axel Honneth, Umberto Maturana, Judith Butler, etc.

As bases filosóficas com base nas quais os textos foram elaborados permitiram uma construção segura, possibilitadora reflexões variadas no que concerne ao respeito e à necessidade do homem contemporâneo se preocupar com a busca dos valores, e com um conceito de “dignidade” que envolva o respeito ao seu semelhante, e mesmo aos não semelhantes, valorando o homem, o meio ambiente, a sustentabilidade e a preservação da natureza para gerações presentes e futuras.

Na sequência, são arrolados os autores e títulos dos artigos apresentados, todos tendo em comum a temática da Sociologia, da Antropologia ou mesmo da Cultura Jurídicas. Excelentes autores, merecedores de felicitações pelas brilhantes exposições. Os textos aqui mencionados compõem os Anais do evento e serão disponibilizados eletronicamente, de modo a expandir os debates ocorridos por ocasião do evento.

NOMES DOS AUTORES E DOS RESPECTIVOS TÍTULOS DOS TEXTOS EXIBIDOS NO GRUPO DE TRABALHO (GT – 28) “SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS”

1

Livia de Meira Lima Paiva

José Antônio Rego Magalhães

A Desconstrução do sujeito moderno e o mito da identidade nacional em Stuart Hall

2

Kelly de Souza Barbosa

Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho

A Questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado policial

3

Júlia Francieli Neves de Oliveira

Leonel Severo Rocha

Afetividade versus reconhecimento: apontamentos das teorias de Axel Honneth e Umberto Maturana e suas repercussões jurídicas

4

Tiago Antunes Rezende

Maria Angélica Chichera dos Santos

Análise da concepção de justiça para Jeremy Bentham e John Rawls: estudo sobre as políticas públicas de internação compulsória de dependentes químicos no estado de São Paulo

5

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Artificialidade do sexo, gênero e desejo sexual: a desnaturalização do biológico, à luz da teoria de Judith Butler

6

Edinilson Donisete Machado

Marco Antonio Turatti Júnior

Brasil, um país laico religioso: reflexões sobre a tolerância, o contato social do brasileiro com a religião e o interesse social do sistema jurídico social

7

José Divanilson Cavalcanti Júnior

Lúcia Dídia Lima Soares

Crime organizado: uma nova luta pelo domínio da territorialidade

8

Silvana Beline Tavares

Desconstruindo a assimetria de gênero a partir do filme “Fale com ela” de Pedro Almodóvar

9

Camilo Plaisant Carneiro

Direito e antropologia: uma aproximação necessária

10

Daniela Bortoli Tomasi

Direito, cultura e identidade: um olhar para o cenário multicultural e a superação do preconceito linguístico

11

Marcelino Meleu

Alexxandro Langlois Massaro

Direito, poder e comunicação em Niklas Luhmann

12

Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira

Dos direitos indígenas e à identidade e ao território nacional ao direito à autodeterminação

13

Paulo Fernando Soares Pereira

Esquecimentos da memória: a judicialização, arena de discussão ou bloqueio ao patrimônio cultural quilombola?

14

Amanda Netto Brum

Renato Duro Dias

Gêneros, sexualidades, direito e justiça social: diálogos necessários

15

Dayse Fernanda Wagner

Identidades indígenas e o STF: dois votos, um dissenso e algum avanço?

16

Irineu Francisco Barreto Júnior

Gladison Luciano Perosini

Inclusão digital e tecnológica: pesquisa empírica sobre o direito fundamental de acesso à informação

17

Luciano Moura Maciel

Eliane Cristina Pinto Moreira

Jurisdição indígena: possibilidade e desafios para o Brasil

18

Augusto César Doroteu de Vanconcelos

Nirson Medeiros Da Silva Neto

Justiça restaurativa como estratégia de enfrentamento de vulnerabilidades sociais de adolescentes em conflito com a lei

19

Caroline Machado de oliveira Azeredo

Jacson Gross

Mulheres e violência de gênero à luz das teorias: reflexões acerca de conceitos e da posição das mulheres nos conflitos violentos

20

Aldrin Bentes Pontes

Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes

O Direito e a cultura religiosa: reflexões sobre a festividade de São Benedito em Manaus

21

Júlio Pallone

Renato Augusto Rocha de Oliveira

O Esmaccer do ensino jurídico nacional: conflito entre método expositivo de aula e a sociedade de informação

22

Daniel Nunes Pereira

Os Limites de Foucault na construção social do direito

23

Yanahê Fendeler Höelz

Alysson Amorim Mendes da Silveira

Pelo Direito de ser ouvido: reflexões a partir do caso Saramaka versus Suriname

24

Conceição Aparecida Barbosa

Perspectiva da sociologia sobre as dicotomias jurídicas reconceptualizadas no mundo pós-moderno

25

Fabíola Souza Araujo

Ana Catarina Zema de Resende

Raposa Serra do Sol: entre os projetos neoliberal e neoconstitucional e o Estado de Direito

26

Natália Silveira de Carvalho

Sexo nas decisões judiciais: a transexualidade e seu não reconhecimento

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Violência estrutural, questão criminal e política de intervenção estigmatizante no Estado brasileiro contemporâneo

COORDENADORES DO G.T. – “SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS”

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Possui graduação em História e Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – RS (1984; 1986), mestrado e doutorado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993; 2001) e pós-doutorado pela UFSC (2015). Atualmente é professora da graduação e pós-graduação em Direito da Unilasalle (Canoas – RS). Contato: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

Silvana Beline Tavares

Alejandra Pascual

**RAPOSA SERRA DO SOL: ENTRE OS PROJETOS NEOLIBERAL E
NEOCONSTITUCIONAL E O ESTADO DE DIREITO**

**RAPOSA SERRA DO SOL: ENTRE LES PROJETS NÉOLIBÉRAL ET
NÉOCONSTITUTIONNEL ET L'ÉTAT DE DROIT**

Fabiola Souza Araujo ¹

Ana Catarina Zema de Resende ²

Resumo

O trabalho visa discutir a decisão do STF no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol à luz de concepções do direito constitucional contemporâneo, sobretudo do estado de direito e sua ligação com os projetos neoliberal e neoconstitucional. Contextualizaremos historicamente o surgimento do conflito na região, apresentaremos o caso jurídico, abordaremos os legados incorporados ao discurso jurídico sobre a constituição política e debateremos o “fechamento conceitual”, em oposição à abertura democrática. Trataremos dos projetos neoliberal e neoconstitucional, ligando-os às concepções light e densa do estado de direito, e, ao final, realizaremos uma análise crítica da decisão judicial.

Palavras-chave: Terra indígena raposa serra do sol, Supremo tribunal federal, Estado de direito, Fechamento conceitual

Abstract/Resumen/Résumé

L'article discute la décision de la Cour Suprême dans le procès sur la démarcation de la Terre Indigène Raposa Serra do Sol à la lumière des conceptions du droit constitutionnel contemporain, en particulier de l'état de droit dans son rapport avec les projets néolibéral et néoconstitutionnel. Nous présenterons le cas juridique en examinant les héritages incorporés au discours juridique et en présentant la « clôture conceptuelle » par opposition à l'ouverture démocratique. Les projets néolibéral et néoconstitutionnel sont abordés en relation aux conceptions light et dense de l'état de droit avant de procéder à un examen critique de l'arrêt.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Terre indigène raposa serra do sol, Cour suprême, État de droit, Clôture conceptuelle

¹ Mestra em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direitos Étnicos Moitará UnB. Procuradora Federal. Contato: araujo_fabiola@yahoo.com.br

² Doutora em História Social pela UnB. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direitos Étnicos Moitará e do Laboratório Estudos Interdisciplinares sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas. Contato: ana.zema@gmail.com

1. Introdução

Este trabalho objetiva analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro – no julgamento da constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS) à luz de concepções do direito constitucional contemporâneo, em especial do estado de direito e sua ligação com os projetos neoliberal e neoconstitucional. O caso da TIRSS atraiu muita atenção em especial pela possibilidade de o STF se posicionar sobre o tema da demarcação de terras indígenas. Este caso impressiona particularmente pela mobilização de vários atores com o objetivo de influenciar a decisão do Tribunal.

Para a análise, será feita inicialmente uma contextualização histórica sobre o início da controvérsia na área, o trâmite do processo administrativo de demarcação das terras indígenas, bem como as circunstâncias que antagonizavam os interesses envolvidos. Logo após, apresentaremos o caso jurídico, com a indicação do objeto do pedido elaborado na petição inicial, dos principais atores envolvidos no processo judicial, dos fundamentos relevantes da decisão proferida pela Corte Suprema, bem como dos desdobramentos jurídicos essenciais ocorridos após o julgamento, por meio, em especial, da apreciação do recurso de embargos de declaração. Essa investigação será feita a partir dos acórdãos de mérito e daquele que julgou os declaratórios, além da petição inicial e das petições de embargos de declaração.

Em seguida, abordaremos alguns dos legados incorporados ao discurso jurídico sobre a constituição política¹, com enfoque para a supremacia da jurisdição constitucional e para a compreensão de completude dos direitos subjetivos. Será debatido, nesse sentido, o fechamento conceitual, em oposição à abertura democrática (CASTRO, 2014), com vistas a verificar eventual manutenção de direitos preferencialmente para grupos privilegiados.

Trataremos, na sequência, dos projetos neoliberal e neoconstitucional, ligando-os às concepções *light* e densa do estado de direito, que podem influenciar o trabalho desenvolvido pelas cortes constitucionais. O neoliberalismo ajudou na divulgação das concepções *light* de estado de direito em meados da década de 80, já o projeto neoconstitucional se formou de modo transnacional, a partir da combinação das duas versões de estado de direito (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011).

¹ Nas palavras de Castro, essa discussão envolve “a distância entre o discurso normativo sobre a constituição e a experiência política, econômica e social concreta da vida dos cidadãos” e a reflexão sobre os porquês desse distanciamento (2014, p. 699).

Realizaremos, logo depois, uma análise crítica da decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol com os conceitos citados acima, como forma de identificar em que medida eles se verificam no caso concreto. Por último, seguirão as considerações finais e possíveis desdobramentos para trabalhos futuros.

2. O caso Raposa Serra do Sol

2.1. A terra indígena: contextualização histórica

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), onde vivem as etnias Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona, fica no nordeste do estado de Roraima, na Amazônia. Essas etnias vivem juntas nessa região há mais de 150 anos, expressam-se em língua de tronco comum e mantêm intensas relações entre elas.

Em 1917, o governo do Amazonas, por meio da Lei estadual nº 941, destinou esta área aos povos Macuxi e Jaricuna. Desde então, o processo de demarcação foi regulamentado por diversos decretos. No âmbito da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)², em 1977, foram iniciados estudos antropológicos para a identificação e delimitação da área mas, somente em 1993, é que se produziu um estudo consistente que recomendava a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol uma área de 1.678.800 hectares (ROCHA, 2003, p. 381). Os autos do processo de demarcação foram encaminhados para o Ministério da Justiça, mas “pressões políticas, sobretudo de militares, de interesses minerários e de fazendeiros ilegalmente instalados na região, fizeram que o processo ficasse parado no Ministério por três anos” (ROCHA, 2003, p. 383). Em 1996, com a promulgação do Decreto nº 1775, que regulamenta o processo administrativo de demarcação das terras indígenas, foram apresentadas 46 contestações aos limites identificados, todas elas rejeitadas pela FUNAI e refutadas juridicamente pelo Despacho Ministerial nº 80/96.

A resistência à demarcação foi conduzida por um grupo de produtores de arroz organizados através da Associação dos Arrozeiros de Roraima, que receberam o apoio de setores do Congresso Nacional. O governo de Roraima alegava que a imensa quantidade de terra inviabilizaria o estado, constituindo um enclave ao desenvolvimento, bem como que

² Segundo o site da entidade, trata-se do “órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil”. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>. Acesso em: agosto 2015.

haveria o comprometimento da segurança e da soberania nacionais. Os representantes do Estado de Roraima no Congresso brasileiro se opuseram à demarcação da TIRSS da forma como havia sido recomendada pela Funai. Cabe ressaltar que, no início da década de 1990, garimpeiros haviam invadido a área, e, desde então, desordenaram a vida das comunidades indígenas locais.

As estratégias jurídicas e políticas utilizadas pelo governo, pelos políticos locais e os interesses dos mineradores em reduzir a área da TIRSS fazem lembrar o que aconteceu, na década de 1980, com o território Yanomami já que ambas as áreas indígenas estão entre as maiores já demarcadas no Brasil. Os grupos indígenas desses dois territórios enfrentaram a mesma coligação de interesses antagônicos, ou seja, os políticos locais, as empresas e cooperativas de mineração e as estratégias jurídicas utilizadas com o fim de reduzir o tamanho das áreas demarcadas e transformá-las em áreas descontínuas interrompidas por cidades não indígenas foram muito semelhantes.

No caso da TIRSS, os mineiros foram incentivados a criar vilarejos dentro das áreas indígenas. Uma vez que estes vilarejos são reconhecidos como municípios, estariam legalmente fora dos limites da área indígena, criando “ilhas” dentro da TIRSS que permitiam uma ampliação da invasão. Além disso, a presença de aldeias de mineração dentro do território indígena constitui uma ameaça direta e permanente para a saúde física e a preservação cultural dos grupos indígenas no território.

Dando sequência aos procedimentos administrativos de demarcação da terra indígena, em 1998, o Ministério da Justiça editou a Portaria MJ nº 820, publicada no Diário Oficial da União de 14/11/1998, que declara como posse permanente indígena uma área com superfície aproximada de 1.678.800 hectares. Depois disso, a FUNAI e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) deram início ao levantamento das benfeitorias realizadas pelos ocupantes da região. Em 1999, todavia, a homologação da referida terra indígena passou a ser alvo de litígio judicial entre o Estado de Roraima e a União, com base em questionamentos que serão apresentados no próximo tópico.

Em 2005, a Portaria MJ nº 534 ratificou a Portaria MJ nº 820/98 com algumas ressalvas e alterou a área para 1.743.089 hectares. O Presidente da República, em 15 de abril daquele mesmo ano, assinou decreto homologando de forma contínua a TI Raposa Serra do Sol. Após sua publicação, o decreto presidencial passou a ser alvo de questionamentos judiciais, cabendo destacar que a Justiça Federal no Estado de Roraima concedeu algumas

decisões liminares que impediram a finalização do trabalho administrativos de desintrusão³ de fazendeiros, fazendo com que o processo de demarcação da área se prolongasse no tempo, o que provocou divergências entre os indígenas, de um lado, e, de outro, os arroteiros.

Uma das estratégias utilizadas pelo grupo Macuxi, durante o período de disputa sobre as fronteiras da TIRSS foi começar, por conta própria, a demarcação física da área. Esta estratégia foi perigosa porque colocava os indígenas em confronto direto com os arroteiros, os fazendeiros e garimpeiros. O fato de que, em janeiro de 2000, as populações indígenas em RSS estavam antecipando o registro imediato de suas terras deve ser visto como uma indicação da força política que o movimento indígena brasileiro e seus defensores nacionais e internacionais têm adquirido ao longo dos anos.

A discussão judicial do caso Raposa Serra do Sol, todavia, só teve seu desfecho final por meio do julgamento de uma ação popular pelo Supremo Tribunal Federal, como veremos a seguir.

2.2. O caso judicial

O julgamento que ficou conhecido como caso Raposa Serra do Sol originou-se de uma ação popular⁴ (Petição nº 3.388), com pedido de medida liminar, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em abril de 2005 por Augusto Affonso Botelho Neto, assistido por Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, então Senadores da República. O STF passou a se considerar competente para “[...] apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena”⁵, já que reconheceu a existência de conflito federativo entre a União e o estado de Roraima, a atrair sua competência nos termos do art. 102, I, f, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88)⁶.

Na petição inicial da ação popular, o autor impugnou o teor da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, que demarcou de forma contínua a Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), bem como o Decreto presidencial homologatório de 15.04.2005. A parte autora

³ Trata-se do processo de retirada de ocupantes não indígenas da área demarcada, conforme prevê o art. 4º do Decreto 1775/96, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

⁴ Nos termos do art. 5º, LXXIII, da CR, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de 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 do ônus da sucumbência”. A ação popular foi regulamentada pela Lei nº 4717/1965.

⁵ Tal reconhecimento se deu no julgamento da Reclamação nº 2833. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2833/RR. Relator Min. Carlos Britto. Data do julgamento: 14.04.2005. Data de publicação: DJ de 05.08.2005).

⁶ CR/88. 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 a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

defendia que referida norma, substitutiva da Portaria MJ nº 820/98, apresentaria os mesmos vícios materiais da primeira, que remontam ao processo administrativo de demarcação, quais sejam: ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

São destacados, como principais argumentos do autor da ação, a afirmação de que a demarcação contínua geraria danos econômicos, sociais e comerciais para o ente federativo, bem como comprometeria a segurança e soberania nacionais, em prejuízo dos legítimos interesses de não-índios que lograram desenvolver economicamente a região ao longo de vários anos. Outra alegação apresentada se refere à possibilidade de desequilíbrio do pacto federativo com a passagem de parte significativa do território do Estado para a União, além do fato de que privilegiar a tutela indígena em detrimento da livre iniciativa ofenderia a razoabilidade.

A União, por sua vez, em sua defesa, rebateu os argumentos apresentados na inicial, demonstrando a tradicionalidade da ocupação indígena na área, resgatando a evolução legislativa sobre os direitos indígenas desde o período colonial da história brasileira. Ressaltando que a demarcação é procedimento meramente declaratório, afirmou a União que (i) não haveria lesão ao patrimônio público, (ii) que o autor não se desincumbiu de comprovar os vícios alegados, (iii) a diferença entre o tamanho da área indígena apontada nas duas portarias ministeriais é previsível nas demarcações. Tais argumentos foram corroborados em manifestação apresentada posteriormente pela Funai em seu pedido de ingresso no feito.

O Estado de Roraima também solicitou sua admissão, todavia com o intuito de ratificar os argumentos apresentados pelo autor da ação. Alegou ainda (i) a inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91⁷, (ii) a necessidade de lei para a demarcação da terra indígena, (iii) a impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais, (iv) ofensa ao princípio da proporcionalidade, (v) a impossibilidade de desconstituição de títulos de propriedade por meio de decreto presidencial.

O pedido de concessão de medida liminar foi negado pelo Tribunal em abril de 2006. Já em agosto de 2008, teve início o julgamento do mérito, concluído em março do ano seguinte, quando o Tribunal, por maioria de votos⁸, julgou parcialmente procedente o pedido feito na petição inicial, nos termos do voto do relator, ajustado posteriormente para inserir as dezenove condições apresentadas pelo ministro Menezes Direito. Ao final, foi então

⁷ Aludido decreto antecedeu o Decreto nº 1775/96 na regulamentação administrativa da demarcação de terras indígenas.

⁸ Ficaram vencidos os ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente o pedido, e Marco Aurélio, que o julgava totalmente procedente.

reconhecida a constitucionalidade da demarcação contínua da TIRSS, bem como a necessidade de desintrusão dos não-índios do local⁹.

A decisão proferida pelo STF fundamentou-se, em especial, no caráter completo do texto constitucional, na supremacia da constituição, na soberania nacional e no reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O acórdão apresentou também uma definição de índios, de terras indígenas, de demarcação dessas terras como forma de constitucionalismo fraternal, assim como estabeleceu o marco temporal da tradicionalidade da ocupação como sendo a data da promulgação da Constituição Republicana, de 05 de outubro de 1988 (Teoria do Fato Indígena).

Em relação às dezenove condicionantes, tidas como salvaguardas institucionais, o STF, ao julgar os embargos de declaração opostos, ressaltou que a decisão de mérito do caso se apresentava desprovida de força vinculante, já que tomada em sede de processo subjetivo. Não se aplicaria, dessa forma, automaticamente a outros processos, ostentando, todavia, o acórdão embargado “a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do país, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões”.¹⁰

A breve descrição do emblemático caso da TIRSS (WAPICHANA, 2008, p. 32), por meio do qual foi discutido o alcance e a efetividade dos direitos constitucionais territoriais dos povos indígenas brasileiros, conforme previsão nos artigos 231 e 232 da Carta de 1988, levamos à reflexão sobre alguns aspectos do direito constitucional contemporâneo no Brasil, como se verá a seguir, por meio do estudo da formulação de “fechamento conceitual” dos direitos subjetivos e da jurisdição constitucional (CASTRO, 2014).

3. “Fechamento conceitual”, direitos subjetivos e jurisdição constitucional

A superação dos desafios que se apresentam ao direito constitucional contemporâneo brasileiro envolve a valorização dos termos práticos de uma constituição, com a efetivação de políticas públicas concretas – em detrimento de um discurso jurídico abstrato –, visando diminuir o distanciamento entre as constituições política e jurídica. Dentre esses aspectos, Marcus Faro de Castro (2014) ressalta, como legados incorporados ao discurso jurídico sobre

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Relator Min. Carlos Britto. Data do julgamento: 19/03/2009. Data de publicação: DJe de 25/09/2009.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Embargos de Declaração. Relator Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 23.10.2013. Data de publicação: DJe de 04.02.2014.

a constituição política, as doutrinas da supremacia da constituição e dos direitos constitucionais subjetivos como completos e inalteráveis.

A supremacia da constituição encontra sua origem na teoria lockeana da separação de poderes que se assenta na noção de direito natural e fixa como postulado uma normatividade superior (LOCKE, 1994). Essa noção de superioridade foi utilizada pela doutrina constitucional para justificar a ideia de superioridade ou supremacia da própria constituição. Da supremacia da constituição, decorre a “ideia de que as decisões dos tribunais com competência para aplicar a constituição gozam de superioridade ou intangibilidade normativa, dada a ‘supremacia da constituição’”. Por sua vez, os direitos subjetivos são concebidos como fórmulas prontas, inacessíveis ao debate democrático, o que acaba por excluir “a possibilidade de construção e reconstrução contínua desses conteúdos” (CASTRO, 2014, p. 704).

Castro destaca então o conceito de “fechamento conceitual”, que, aplicado aos legados da superioridade e completude das normas constitucionais, impede que os juristas trabalhem visando realizar o “sentimento de liberdade de cada um” com o fim de transformar a estrutura institucional da sociedade. As exclusões e hierarquizações opressoras geradas a partir da impossibilidade de promoção da liberdade efetiva dos indivíduos e grupos sociais, para serem ultrapassadas, requerem (i) “uma noção de direito subjetivo que fosse aberta ao debate democrático e ‘flexível’”; e (ii) “uma concepção sobre a jurisdição constitucional que a despisse completamente da intangibilidade normativa hoje a ela atribuída” (CASTRO, 2014, p. 704-705).

Essa noção de “fechamento conceitual” aplicada tanto aos direitos constitucionais subjetivos quanto à supremacia da jurisdição constitucional acaba por permitir a perpetuação de privilégios, em especial para grupos favorecidos, já que impede a ampliação da interpretação da constituição por toda a sociedade, obstando a concretização da sociedade aberta dos intérpretes da constituição (HÄBERLE, 1997). Com isso, o poder de dizer o direito, concentrado nas decisões dos tribunais constitucionais, acaba refletindo a estrutura econômica estratificada da sociedade.

Considerar os direitos constitucionais subjetivos como fórmulas prontas e acabadas seria compreendê-los como paralisados no tempo e imutáveis em sua essência, independentemente das demandas apresentadas pelos diversos grupos que compõem a sociedade. Ora, considerando que o sentido da constituição é dado pela norma que emana de seu texto, e partindo-se do pressuposto de supremacia não só da constituição, mas também da própria jurisdição constitucional, caberá a um grupo de atores jurídicos enunciar, de forma

intangível, a norma jurídica do caso concreto, sem possibilidade de participação democrática plena para essa interpretação¹¹.

Esse “fechamento conceitual” acaba por perpetuar, em diversas ocasiões, os interesses de grupos privilegiados, em detrimento de diversas outras aspirações de segmentos excluídos, perpetuando a dominação simbólica do direito (BOURDIEU, 1989, p. 246). Para propiciar uma maior abertura do direito constitucional, por meio de um debate democrático, seria necessário, desde logo, “admitir que, na realidade prática e empírica, não há direitos subjetivos com conteúdo pronto, intrinsecamente fixo e inalterável”. (CASTRO, 2014, p. 714).

Outra forma de viabilizar a abertura democrática seria a possibilidade de criação de instituições de participação, concebidas pela população, para fiscalizar as instituições de representação, constituídas de cima para baixo, como forma de evitar a “fetichização do poder” (DUSSEL, 2007, p. 152).

Em seguida, abordaremos os projetos neoliberal e neoconstitucional, bem como as concepções densa e *light* do estado de direito e trataremos de sua ligação com aqueles projetos.

4. Neoliberalismo e neoconstitucionalismo e as concepções de Estado de Direito

De acordo com Rodríguez-Garavito (2011), as origens e a evolução do Estado Global de Direito¹² encontram-se em dois projetos transnacionais ideológicos e políticos que trazem diferentes concepções do estado de direito, apesar de terem ocorrido de modo concomitante.

O projeto neoliberal global, cujos atores dominantes são os tecnocratas econômicos, apresenta interesse em instituições que visem a melhora do mercado. Esse projeto resultou na aceitação e na difusão da versão *light* do estado de direito, concepção que privilegia sua

¹¹ Não se desconhecem os recentes mecanismos de abertura da jurisdição constitucional como a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas. Todavia, ainda não se revelaram como vias de participação democrática efetiva, já que esbarram em alguns entraves na prática do Tribunal, como uma jurisprudência defensiva sobre a admissão do *amicus curiae*, bem como a pouca repercussão das discussões ocorridas durante as audiências públicas no julgamento de mérito dos temas em debate. A exceção, nesse último caso, fica por conta do voto do relator do processo que normalmente é o único a refletir os debates travados nas audiências públicas. Sobre o impacto das audiências públicas nas deliberações do STF, registro pesquisa que vem sendo desenvolvida por Sombra (2015) que, como conclusão parcial, observou o uso dessas audiências com um fim essencialmente retórico no processo argumentativo da Corte.

¹² Rodríguez-Garavito, ao definir o Estado Global de Direito (EGD), afirma que se trata de um campo de política pública que é essencialmente transnacional, cujas armas intelectuais são fornecidas por estudos sobre a relação entre direito e desenvolvimento, especificamente dentro do campo da economia (2011).

função estabilizadora, cuja formulação clássica teria sido feita por Friedrich Hayek da seguinte forma:

[...] [O estado de direito] significa que todas as ações de governo são limitadas por regras fixas e conhecidas de antemão; regras que tornam possível, por um lado, prever com um grau de segurança razoável como a autoridade usará seus poderes coercitivos em circunstâncias concretas e, por outro lado, planejar as próprias ações tendo em vista este conhecimento. (apud RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 250).

As concepções *light* ligam-se a dois tipos de correntes: uma delas dá preferência à segurança jurídica ao invés do conteúdo das normas e a outra defende os direitos civis e políticos como forma de limitar o poder estatal, priorizando a ordem pública e a liberdade econômica. Em relação ao projeto neoliberal, que prioriza a atuação de juízes e instituições para melhorar o funcionamento do mercado, os tribunais apresentariam os seguintes objetivos: “contribuir para a criação de um clima estável de investimento mediante a aplicação de regras do jogo previsíveis” e “organizar as condições de ordem pública, necessárias para que funcionem os mercados”. (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 257).

Por sua vez, Rodríguez-Garavito enfatiza que o projeto neoconstitucional global, incorporado às constituições que contêm declarações de direitos e mecanismos de controle de constitucionalidade, adotou uma combinação das versões *light* e densa do estado de direito e teve como atores principais os juízes dos tribunais constitucionais. Explica ainda o autor que as concepções densas do estado de direito privilegiam a outorga ao cidadão de uma maior possibilidade para implementar seu projeto de vida (2011, pp. 250-254) e cita o seguinte trecho da Declaração de Delhi sobre o ponto:

[...] o Estado de Direito [...] deve ser utilizado não só para garantir e promover os direitos civis e políticos do indivíduo numa sociedade livre, mas também para estabelecer as condições sociais, econômicas, educativas e culturais em que suas aspirações legítimas e sua dignidade podem tornar-se realidade. (2011, p. 251).

No tocante especificamente à América Latina, após a adoção de novas constituições ou de reformas constitucionais que ampliaram a previsão de direitos e instituíram mecanismos de controle de constitucionalidade, os tribunais constitucionais desenvolveram uma proteção dos direitos sociais de forma mais ativista¹³, fazendo surgir “uma variedade meridional de

¹³ A postura ativista dos tribunais constitucionais ocorreu não somente na proteção dos direitos sociais, mas também para a “consolidação das garantias democráticas e civis de direitos políticos diante do legado do autoritarismo”. (GLOPEN, GARGARELLA, SAKAAR apud RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 261). Dessa forma, “uma tarefa dessas cortes foi estabelecer ou fortalecer as liberdades civis (ou ‘direitos negativos’) diante do Estado” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 261).

constitucionalismo que amplia o conceito de Estado de Direito para incluir a proteção judicial desses direitos” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, pp. 260-262).

Apesar de enfrentamentos, “os reformadores neoliberais e neoconstitucionais trabalharam juntos em uma grande quantidade de reformas de ED que pretendem impulsionar os princípios da democracia liberal, como a promoção da separação de poderes e a transparência da ação de governo” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 264).

A ligação das concepções *light* e densa do estado de direito, respectivamente, com os direitos negativos e com os direitos positivos parecem encontrar raízes no liberalismo clássico de Immanuel Kant e no corporativismo de Friedrich Hegel.

Kant (1997), relacionando a noção de liberdade à de propriedade privada, unifica direito e liberdade política numa mesma realidade, caracterizando-a como direito inalienável. Os homens livres são proprietários que obedecem às próprias leis e têm sua propriedade garantida pelo Estado como um direito natural dos cidadãos. Para o filósofo alemão, a liberdade só existe em razão da coação que lhe dá suporte e o direito seria fundamento da noção de liberdade externa, sendo isto uma característica do pensamento burguês. A lei pública determina os âmbitos do que é permitido e do que é proibido e provém de uma vontade igualmente pública, isto é, do povo. Não há liberdade sem direito.

Hegel (1997), por sua vez, critica a liberdade kantiana, que seria uma liberdade no vazio, meramente formal e que levaria à destruição, devendo, portanto, ser rejeitada. Propõe, no lugar da liberdade negativa, uma liberdade positiva, com densidade institucional e que levaria à incorporação pelas normas jurídicas, inclusive pela constituição, de interesses emergentes.

Todavia, se o direito está pronto, haveria uma justificativa transcendental, derivada do jusnaturalismo, o que é combatido por Nietzsche (1998), que faz uma crítica à tradição filosófica e seus valores universais, combatendo a ideia de verdade tida como valor absoluto. E essa constatação se relaciona com a ideia de “fechamento conceitual”, a partir de concepções abertas de direitos subjetivos e da jurisdição constitucional, como forma de superar as exclusões e hierarquizações opressoras que impedem a promoção da liberdade efetiva dos indivíduos e grupos sociais.

A sistematização dos projetos neoliberal e neoconstitucional, situando as concepções de estado de direito *light* e densa, permite que analisemos as adequações das decisões dos tribunais constitucionais a cada um desses modelos, possibilitando que se identifiquem avanços ou retrocessos no direito constitucional contemporâneo brasileiro.

É necessária uma maior atenção em relação aos direitos dos povos indígenas, já que naqueles países em que reina um neoliberalismo do tipo radical refuta-se claramente a ideia de que possa haver comércio ou produção de bens fora do mercado, controlados por povos e autoridades indígenas. Prevalece, nesses casos, a ideia de uma evolução uniforme para formar uma nação, uma cultura e uma sociedade homogêneas, rechaçando-se a possibilidade de existência simultânea e igualitária de diversos sistemas de direito (HOEKEMA, 1997).

Na seção seguinte, analisaremos o caso da Raposa Serra do Sol à luz do fechamento conceitual e das concepções de estado de direito densa e *light*, como forma de observar alguns dos aspectos teóricos que nortearam, ainda que implicitamente, a decisão proferida pela Suprema Corte brasileira.

5. Análise crítica sobre o Caso Raposa Serra do Sol

Dentre os diversos fundamentos apresentados acima para subsidiar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, dois deles merecem ser destacados para iniciarmos uma análise crítica da deliberação à luz das teorias apresentadas ao longo deste trabalho.

O primeiro argumento a ser ressaltado e que embasou a deliberação do STF foi o estabelecimento do marco temporal da promulgação da Constituição de 1988, por meio da criação da Teoria do Fato Indígena. Foi fixada a data de 05.10.1988 como divisa temporal para o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Trata-se de uma forma encontrada pela Corte para limitar no tempo os direitos indígenas garantidos pela CR.

Essa data não consta expressamente do texto constitucional que, ao contrário, não estabelece qualquer prazo para a reivindicação, pelos povos indígenas, dos direitos territoriais, reconhecidos pela CR como imprescritíveis¹⁴.

O Tribunal Constitucional acabou por delimitar os direitos territoriais dos povos indígenas ao momento de promulgação da constituição, restringindo no tempo sua aplicação, ao conferir sua interpretação do texto constitucional no sentido de atestar que a própria

¹⁴ Não se desconhece a previsão do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) no sentido de que: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. Trata-se, todavia, de prazo estabelecido em desfavor da União – e não dos povos indígenas –, mas que, uma vez descumprido, não impede a realização de novas demarcações, podendo “ensejar a adoção de medidas judiciais para compelir a União a concluir a sua tarefa e eventualmente indenizar os prejuízos dos povos indígenas cujas glebas não foram demarcadas” (ANJOS FILHO, 2008, p. 102).

Constituição teria trabalhado com data certa, “como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine”.¹⁵

Nesse primeiro aspecto analisado da decisão, é possível verificar elementos que conduzem à aplicação, pela Corte, do “fechamento conceitual” em relação aos direitos territoriais indígenas. Tais direitos foram tratados como normas prontas e acabadas por meio do trabalho do legislador constituinte originário, além de reforçarem a compreensão de que, a despeito de a Constituição não estabelecer um marco temporal, a decisão do STF vai além da previsão constitucional e limita a aplicação desses direitos.

O estabelecimento desse limite de tempo para a reivindicação do direito territorial revela uma preocupação da Corte com a segurança jurídica, em especial com o direito de propriedade, já que, no final das contas, a disputa pelos direitos territoriais indígenas passa por uma discussão de direito de propriedade. Ao se estabelecer prazo para reivindicação pelos povos indígenas da efetivação de seus direitos territoriais, a Corte se preocupou com o aspecto econômico da decisão buscando evitar a insegurança jurídica de proprietários de terras em relação às quais se questiona qualidade de indígena, e que, em sua maioria, são agricultores ou pecuaristas.

O segundo ponto do julgamento do caso Raposa Serra do Sol que merece reflexão se refere à aplicação das dezenove condicionantes fixadas na decisão final a outros feitos, ampliando seu caráter objetivo por meio do instrumento processual inadequado. Isso porque o processo em que se deu a discussão é de controle de constitucionalidade pela via difusa e não pela via concentrada, o que leva à produção de efeitos apenas para as partes no caso concreto e não de forma ampla, para todos. Em nome da segurança jurídica, poder-se-ia até cogitar da importância de serem fixados parâmetros objetivos como forma de balizar o entendimento da Corte. Acontece que, também em nome da segurança jurídica, é necessário que seja observado o devido rito processual para se chegar a uma decisão que sirva de parâmetro para as demais.

Ainda que se cogite da possibilidade de serem fixadas condicionantes nesse caso, observamos que as partes não tiveram oportunidade de se manifestar sobre elas nos autos (princípio do contraditório), apenas puderam impugná-las por meio de recurso de embargos de declaração. Todavia, isso só ocorreu quando a decisão de mérito já havia sido proferida, sendo importante ressaltar ainda que essas salvaguardas foram tidas como imprescindíveis para a solução da controvérsia.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Relator Min. Carlos Britto. Data do julgamento: 19/03/2009. Data de publicação: DJe de 25/09/2009.

Nesse sentido também compreende o Conselho Indigenista Missionário – CIMI¹⁶, para quem o STF teria extrapolado o que havia sido pedido pelos autores da ação popular na medida em que estabeleceu uma normatização para os futuros procedimentos de demarcação de terras indígenas no país. Dessa forma, concebe a entidade que as condições fixadas devem ser entendidas como cerceadoras dos direitos indígenas e favoráveis à expansão do interesse do capital no campo.

Seria factível se pensar na edição de súmula vinculante¹⁷ para balizar futuras discussões sobre a matéria. Entretanto, também nessa hipótese, seria necessária a existência de diversas decisões no mesmo sentido, o que até então não havia, já que aquelas condicionantes foram utilizadas pela primeira vez pelo STF no caso da TIRSS. O que se observa é que as condicionantes, da forma como fixadas, extrapolaram o exercício da função judicante desempenhada pela Corte constitucional.

O STF, ao interpretar a Constituição, acabou criando verdadeiras regras que limitam os direitos territoriais dos povos indígenas e que servirão de precedente para os próximos casos. O exemplo da Terra Indígena Raposa Serra do Sol serve então para pensar o processo de judicialização da política que vive o país na medida em que revela como se deu a transferência das inclinações a favor e contra a demarcação das terras indígenas no âmbito do Tribunal Supremo e como este último decidiu cedendo aos interesses dos grupos de pressão que defendiam os fazendeiros.

É perceptível o papel preponderante que o Poder Judiciário tem tido na aplicação dos novos direitos, no entanto, ele tem mantido uma posição conservadora, que está evidente na decisão do caso Raposa Serra do Sol. Finalmente podemos nos perguntar sobre a ideologia que orientou o STF na formulação das 19 condições. Percebemos que o pensamento da Corte Suprema parece ser ainda fortemente determinado pela ideologia colonial de dominação ao colocar os povos indígenas em uma condição de cederem seus territórios ao famoso “desenvolvimento”.

Mais uma vez estamos diante do “fechamento conceitual”, reforçado pela ideia de supremacia das decisões dos tribunais constitucionais que passam a gozar de superioridade

¹⁶ Nesse sentido: STF confirma homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol, nota do CIMI de 19/03/2009. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=3732&eid=293>. Acesso em: 05 jul. 2010.

¹⁷ As súmulas vinculantes estão previstas no art. 103-A da CR: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

normativa, bem como da exclusividade de se pronunciar sobre a interpretação constitucional. O Tribunal, a despeito da via inadequada e da impossibilidade de manifestação dos atores processuais, buscou privilegiar a segurança jurídica e a força estabilizadora da decisão.

Esse enfoque da decisão (aplicação das dezenove salvaguardas a outros feitos) junto com a criação da Teoria do Fato Indígena revelam um cuidado especial do Tribunal com a segurança jurídico-normativa, bem como com a ordem pública e a liberdade econômica. Tais tópicos aproximam a deliberação do STF de uma concepção *light* do estado de direito, na medida em que priorizam a função estabilizadora do direito, além de sobrepor segurança jurídica ao conteúdo da norma.

Há, no entanto, outros aspectos usados como fundamentos da decisão que mostram um certo avanço no discurso da Corte no sentido do reconhecimento do direito constitucional dos povos indígenas. Rememore-se que o STF reconheceu que os direitos territoriais indígenas são originários e se sobrepõem a quaisquer outros, bem como admitiu a necessidade de demarcação da TIRSS de forma contínua como sendo o meio indispensável para a preservação de seus costumes, línguas, crenças e tradições. Esses fundamentos, por outro lado, ligam-se mais às concepções densas de estado de direito, já que estabelecem as condições sociais, econômicas e culturais para que as legítimas aspirações dos povos indígenas sejam concretizadas.

Com isso, é possível afirmar que a deliberação do STF no caso, apesar da influência do liberalismo em relação à fixação da Teoria do Fato Indígena e ao estabelecimento das salvaguardas, caminha mais próxima ao projeto neoconstitucional, cujo núcleo é um tribunal constitucional mais atento à proteção dos direitos sociais. Isso porque o julgamento propiciou uma deliberação do Tribunal Constitucional no sentido do reconhecimento do caráter constitucional dos direitos dos povos indígenas, podendo-se destacar a constatação da condição declaratória das demarcações em terras indígenas.

Todavia, como esse reconhecimento ocorreu atrelado às 19 salvaguardas constitucionais, a Corte acabou restringindo a amplitude dos direitos indígenas previstas na Carta de 1988. A preocupação ressaltada pela decisão do STF com os direitos de propriedade em detrimento dos direitos indígenas mostram que a Corte “não se distanciou da compreensão predominante na sociedade sobre a posição secundária dos territórios indígenas em relação ao território nacional”. (WIECKO, 2010).

6. Considerações finais

Este trabalho procurou explorar alguns dos contornos da decisão proferida pelo STF no julgamento da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Foram destacados os argumentos essenciais apresentados na petição inicial do feito, bem como os principais fundamentos que embasaram a decisão da Corte.

A pesquisa apontou, como legados incorporados ao discurso jurídico sobre a constituição política, as doutrinas da supremacia da constituição e dos direitos constitucionais subjetivos como completos e inalteráveis. Foram retratadas ainda as concepções *light* e densa de estado de direito, bem como os projetos neoliberal e neoconstitucional.

Na sequência, foi realizada uma análise crítica da decisão do STF à luz dos conceitos apresentados. Verificamos que a deliberação da Corte se assenta tanto em premissas liberais como avança em aspectos ligados às concepções densas de estado de direito. Em relação às condicionantes impostas pelo STF, seria necessária sua discussão prévia pelos atores envolvidos, por meio do exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Outra possibilidade seria sua transformação em súmula vinculante após reiteradas decisões da Corte no mesmo sentido.

No tocante à Teoria do Fato Indígena, entendemos que se trata de um marco estabelecido pelo Tribunal sem lastro nas normas constitucionais, o que pode acabar restringindo, no tempo, a aplicação e efetivação dos direitos dos povos indígenas. Todavia, para termos uma noção mais exata sobre uma possível preocupação do STF com a segurança jurídica, em especial com o direito de propriedade, sugiro a realização de novas pesquisas que poderiam aliar a análise de discurso dos demais fundamentos do acórdão do caso TIRSS (ORLANDI, 2009) e entrevistas semiestruturadas com os Ministros que prolataram as decisões, bem como com os demais atores que participaram do processo (MANZINI, 2004).

Referências bibliográficas

ANJOS FILHO, Robério Nunes. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 93-130, out./dez. 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

CASTRO, Marcus Faro de. Globalização, Democracia e Direito Constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre

(coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 697-719.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. Tradução de Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão popular, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HOEKEMA, André J. **Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário**. Texto apresentado no Congresso de los Americanistas, de 07 a 12 de julho de 1997, Quito/Equador.

HEGEL, Georg W. Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MANZINI, Eduardo José. Entrevista semi-estruturada: análise de objetivos e de roteiros. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA E ESTUDOS QUALITATIVOS, A pesquisa qualitativa em debate, Bauru, 2004. **Anais...**, Bauru: SIPEQ, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich W. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso: princípios e procedimentos**. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

RESENDE, Ana Catarina Zema de. **Direitos e autonomia indígena no Brasil (1960 – 2010): uma análise histórica à luz da teoria do sistema-mundo e do pensamento decolonial**. 2014. 374f. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. A globalização do Estado de Direito: o neoconstitucionalismo, o neoliberalismo e a reforma institucional na América Latina. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 246-285.

ROCHA, Ana Flávia. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. In: _____ (org.). **A defesa dos direitos socioambientais no judiciário**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003, p. 381 – 422.

SOMBRA, Thiago L. S. **Supremo Tribunal Federal representativo?: Estudo de caso sobre o impacto das audiências públicas na representação e na deliberação de um órgão político contramajoritário**. 2015 (no prelo).

WAPICHANA, Joênia. A implementação dos instrumentos internacionais – Desafios e fortalecimento dos povos indígenas. In: ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO NORDESTE, MINAS GERAIS E ESPÍRITO SANTO. **Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas**. João Pessoa: JB, 2008, 64 p.

WIECKO, Ela V. de Castilho (2010). **The Indigenous Peoples and Minorities**: the legal aspect. Conferência apresentada no Seminário Internacional Globalization in the Amazon: exploiting natural resources and the sustainability of the human factor. Universidade de Haifa, Israel, 28 a 26 de maio de 2010.