

JOÃO PAULO SALES DELMONDES

**PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA PARA
OS ENTRAVES NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS
E SEUS REFLEXOS PARA O DESENVOLVIMENTO LOCAL**

Bolsista CAPES/UCDB



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO LOCAL
MESTRADO ACADÊMICO
CAMPO GRANDE/MS**

2016

JOÃO PAULO SALES DELMONDES

**PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA PARA
OS ENTRAVES NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS
E SEUS REFLEXOS PARA O DESENVOLVIMENTO LOCAL**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico, como exigência final para a obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Local, sob a orientação do Prof. Dr. Pedro Pereira Borges.



CAMPO GRANDE/MS

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, Campo Grande, MS, Brasil)

D359 Delmondes, João Paulo Sales

Precedentes judiciais como alternativa para os entraves na demarcação de terra indígenas e seus reflexos para o desenvolvimento local / João Paulo Sales Delmondes; orientação Pedro Pereira Borges.—2016.

107 f. + anexos

Dissertação(mestrado em desenvolvimento local) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2016.

1.Precedentes judiciais 2. Indios da América do Sul – Posse da terra 3. Reservas indígenas – Desenvolvimento local I. Borges, Pedro Pereira II. Título

CDD – 980.41

FOLHA DE APROVAÇÃO

Título: “Precedentes judiciais como alternativa para os entraves na demarcação de terras indígenas e seus reflexos para o Desenvolvimento Local”.

Área de concentração: Desenvolvimento Local em Contexto de Territorialidades

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento Local: Cultura, Identidade, Diversidade.

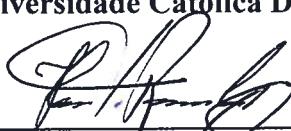
Dissertação submetida à Comissão Examinadora designada pelo Conselho do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico da Universidade Católica Dom Bosco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Local.

Exame de Defesa aprovado em: 25/02/2016

BANCA EXAMINADORA



Prof Dr Pedro Pereira Borges – Orientador
Universidade Católica Dom Bosco



Prof Dr Heitor Romero Marques
Universidade Católica Dom Bosco



Prof Dr^a Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro
Centro Universitário Cesumar

[...] “os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas ideias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimilam. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas” (Rui Barbosa *in* Oração aos moços, 1849 – 1923).

Dedico a presente
dissertação aos meus pais,
fontes de amor, alegria e
de inspiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por constantemente me abençoar, cuidar, dar-me sabedoria e força de vontade para cada vez mais seguir nos meus estudos.

Aos meus pais, Iraildes Sales dos Santos e Ademir Santana Delmondes, por serem exemplos de pessoas guerreiras e porque me inspiram e estimulam todos os dias na busca dos meus sonhos, mas principalmente porque sempre acreditam que sou capaz de tudo. A meu irmão, Gabriel Victor Sales Delmondes, que presenciou e me apoiou nos momentos de realização desta dissertação. Aos meus familiares que, na medida do possível, contribuíram e me incentivaram na busca dos meus objetivos, em especial a minha tia, Marcela Sales dos Santos, que dividiu algumas tarefas profissionais para que eu pudesse dedicar integralmente a esta empreitada. Ao meu tio, Pedro Pereira dos Santos, com quem por vários anos do curso de Direito pude compartilhar de sua companhia e que gentilmente sempre contribui com suas observações e seus preciosos ensinamentos para toda minha formação acadêmica. Mas não é só, além ser meu exemplo e inspiração profissional, humildemente contribuiu para realização deste trabalho com nossas conversas semanais.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Pedro Pereira Borges, por sua dedicação e boa vontade, fazendo sempre de tudo para que as dificuldades se tornassem pequenas. Sua inteligência e presteza foram essenciais para o sucesso desse estudo.

A todos os meus amigos que me proporcionaram momentos de descontração essenciais para aliviar a tensão e preocupação que o mestrado exige e, em especial, a três deles que fiz na caminhada acadêmica. A Jodascil Lopes, amigo que vivenciei vários desafios acadêmicos e profissionais que a vida trouxe e com quem pude compartilhar valorosos trabalhos científicos. A João Paulo Calves, amigo de coragem contagiante, o qual também dividi não só de momentos festivos, mas de inúmeros momentos que vida exigiu de dois jovens tamanha responsabilidade. Talvez em alguns desses momentos pensamos não ser tão capazes, mas vencemos juntos com profissionalismo e nosso espírito juvenil. A Tiago Bunning, aquele com quem sempre tive o prazer de discutir vários assuntos acadêmicos, admirá-lo em suas conquistas e que pela demonstração de sua verdadeira amizade conquistou minha admiração.

À CAPES e à UCDB pelo incentivo financeiro para custar este mestrado.

Por fim, aos meus alunos e colegas de turma que vivenciaram juntos e externaram total apoio para que as dificuldades fossem esquecidas.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1. Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol.

Figura 2. Área externa do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol.

ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGE/MAPA – Assessoria de Gestão Estratégica do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CIMI – Conselho Indigenista Missionário

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário de Justiça

EC – Emenda Constitucional

IICA – Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura

INF. – Informativo

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

ISA – Instituto Sócio Ambiental

NCPC – Novo Código de Processo Civil

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

RECL. – Reclamação

REL. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

TI's – Terras indígenas

DELMONDES, João Paulo Sales. Precedentes judiciais como alternativa para os entraves na demarcação de terras indígenas e seus reflexos para o desenvolvimento local. 128f. 2016. Dissertação. Mestrado em Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco.

RESUMO

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa realizada no programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico da Universidade Católica Dom Bosco, cuja área de concentração é Desenvolvimento Local em contexto de territorialidades e possui como linha de pesquisa desenvolvimento local, cultura, identidade e diversidade. O objetivo geral consiste em analisar e buscar soluções para o processo de demarcação de terras indígenas valendo-se dos precedentes judiciais, notadamente a partir das inovações sobre o assunto no Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. A escolha do tema foi pensada a partir das peculiaridades presentes no Estado de Mato Grosso do Sul, pois sua localização geográfica muito contribui para fomentar diversas causas que merecem tratamentos específicos, como é o caso dos conflitos entre indígenas e proprietários rurais. Inicialmente mencionou-se a conceituação entre espaço e território, bem como a diferença do significado da terra para o agronegócio e para as comunidades tradicionais. Na sequência realizou-se um apanhando geral sobre a questão indígena em todo ordenamento jurídico pátrio, desde a Constituição Federal de 1988, Estatuto do Índio, Decreto nº 1.775/96, Convenção nº 169 da OIT e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Como os conflitos envolvendo a demarcação de terras indígenas na maioria das vezes desaguam no Poder Judiciário, pois colocam em “choque” direitos e garantias fundamentais que carregam um fardo histórico no ordenamento jurídico brasileiro, a presente pesquisa propõe alternativas para esses entraves por meio da valorização dos precedentes judiciais, inserida no Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Essa perspectiva pretende conferir maior previsibilidade e efetividade a princípios constitucionais como o da supremacia da Constituição, isonomia, segurança jurídica, economia e celeridade processual a todos os jurisdicionados, sejam indígenas ou proprietários rurais. A construção dos precedentes nesses casos será interessante para suprir a ausência de leis ou discussões envolvendo a interpretação das disposições normativas já existentes. Deve-se ressaltar que já existe um precedente, o caso Raposa Serra do Sol de Roraima (Petição nº 3.388), debatido no Supremo Tribunal Federal e que é considerado dentre todas as demandas envolvendo demarcações de terras indígenas o grande *leading case*, mas não é o fim, não esgota e não soluciona todos os entraves existentes na demarcação de terras indígenas. Assim, o que se espera com essa nova realidade é que o judiciário possa diminuir a morosidade dos poderes Executivo e Legislativo por meio da criação de outros precedentes com a finalidade de melhorar e promover a justiça e, consequentemente, alavancar o desenvolvimento local.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Demarcação de terras indígenas. Ativismo Judicial. Desenvolvimento Local.

DELMONDES, João Paulo Sales. Precedentes judiciais como alternativa para os entraves na demarcação de terras indígenas e seus reflexos para o desenvolvimento local. 128f. 2016. Dissertação. Mestrado em Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco.

ABSTRACT

This work is the result of a survey conducted at the Graduate Program in Local Development - Academic Master's Degree from the Catholic University Dom Bosco, whose area of concentration is local development in the context of territoriality and has as research local development line, culture, identity and diversity. The general objective is to analyze and find solutions to the process of demarcating indigenous lands taking advantage of judicial proceeding, notably from the innovations on the subject in the Civil Procedure Code, Law No. 13,105, of March 16, 2015. the choice of theme was designed from the peculiarities present in the state of Mato Grosso do Sul, for its geographical location contributes greatly to fostering diverse causes that deserve specific treatments, such as the conflicts between Indians and landowners. Initially it was mentioned the concept of space and territory, as well as the difference in the meaning of land for agribusiness and for traditional communities. Following held a general gathering of indigenous issues in all Brazilian legal system, since the Constitution of 1988, Indian Statute, Decree No. 1.775/96, Convention 169 of the OIT and the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples . How conflicts involving the demarcation of indigenous lands most often flow into the judiciary, as put in "shock" rights and guarantees which carry a historical burden in the Brazilian legal system, this research proposes alternatives to these barriers through enhancement the judicial precedents, included in the Code of Civil procedure, Law No. 13.105 of 16 March 2015. This approach is intended to provide greater predictability and effectiveness to constitutional principles such as the supremacy of the Constitution, equality, legal certainty, economy and promptness all jurisdictional, whether indigenous or landowners. The construction of the foregoing in such cases it will be interesting to supply the absence of laws or discussions involving the interpretation of the existing legal provisions. It should be noted that there is already a precedent, the Raposa Serra do Sol in Roraima (Petition No. 3.388), discussed in the Supreme Court and is considered among all demands involving indigenous land demarcations great leading case, but not is the end, does not empty and does not solve all the existing barriers in the demarcation of indigenous lands. So, what is expected with this new reality is that the judiciary can reduce the length of executive and legislative powers through the creation of other precedents in order to improve and promote justice and thus leverage local development.

Keywords: Judicial Precedent. Demarcation of indigenous lands. Judicial activism. Local development.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 CONCEITUANDO DESENVOLVIMENTO E QUESTÃO DA TERRA PARA O AGRONEGÓCIO E PARA AS COMUNIDADES TRADICIONAIS	20
2.1 CONCEITUANDO O DESENVOLVIMENTO LOCAL	21
2.2 ESPAÇO E TERRITÓRIO	22
2.3 A TERRA PARA O AGRONEGÓCIO E PARA AS COMUNIDADES TRADICIONAIS	24
2.3.1 A terra para o agronegócio	25
2.3.2 A terra para as comunidades tradicionais	26
2.4 INTERDISCIPLINARIDADE: DESENVOLVIMENTO LOCAL E PODER JUDICIÁRIO	29
3 A QUESTÃO INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	32
3.2 ESTATUTO DO ÍNDIO – LEI N° 6.001/73	35
3.3 O PROCEDIMENTO PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS (DECRETO N° 1.775/96)	36
3.4 A CONVENÇÃO N° 169 DA OIT	40
3.5 A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	41
3.6 DOS ENTRAVES NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS (FASE ADMINISTRATIVA E FASE JUDICIAL)	42
4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	56
4.1 ORIGEM E CONCEITO DA LOCUÇÃO “ATIVISMO JUDICIAL”	56
4.2 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	59
4.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL	62
4.4 O ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	67

5 O SISTEMA DE PRECEDENTES	72
5.1 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO COMPARADO	72
5.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A TEORIA DO <i>STARE DECISIS</i>	75
5.3 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	78
5.4 O CASO RAPOSA SERRA DO SOL	84
5.5 UM PRECEDENTE: O CASO RAPOSA SERRA DO SOL	91
5.6 QUADRO: CONVERGÊNCIAS ENTRE A TEORIA DO DESENVOLVIMENTO LOCAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	96
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS	103
ANEXOS	108

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema foi pensada a partir de uma reflexão acerca das peculiaridades presentes no Estado de Mato Grosso do Sul, em especial devido à sua localização geográfica que muito contribui para fomentar diversas causas que merecem tratamentos específicos, como é o caso dos conflitos entre indígenas e proprietários rurais.

O Estado Mato Grosso do Sul possui 9% do total da população autodeclarada indígena do País¹ e as demandas pela demarcação das suas terras é uma realidade, merecendo pronta atuação dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo em nome da evolução do território sul-mato-grossense.

Por essa razão, a pesquisa apresentada tem o intuito de responder, dentre outras questões que compõem o problema, se é possível utilizar-se do respeito aos precedentes judiciais como alternativa para os entraves na demarcação de terras indígenas.

O objetivo geral consiste em analisar e buscar soluções para o processo de demarcação de terras indígenas valendo-se dos precedentes judiciais, principalmente a partir das inovações sobre o assunto no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

A partir deste objetivo geral surgem três objetivos específicos na presente pesquisa. O primeiro é demonstrar qual o significado da terra para o agronegócio e para as comunidades tradicionais, bem como colocar como essa questão é vista no âmbito jurídico.

O segundo é identificar os entraves que impossibilitam a celeridade no processo demarcatório das terras indígenas e que, consequentemente, deságuam no Poder Judiciário.

Como terceiro objetivo específico a pesquisa visa descrever o respeito aos precedentes judiciais, notadamente no que diz respeito à inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, que poderão servir como alternativa para os entraves suscitados no processo demarcatório e depois debatidos no judiciário, garantindo aos indígenas e aos proprietários rurais maior previsibilidade, isonomia e segurança jurídica.

¹ Os indígenas no Censo Demográfico 2010. Primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/>. Acesso em 20.7.2015

De fato, como são vários os entraves que impossibilitam dar celeridade à resolução desses conflitos. Não basta os órgãos responsáveis simplesmente declarar a terra como indígena se não desburocratizar seu procedimento.

É necessária a existência de uma política pública voltada para se evitar a judicialização, ou caso já estejam no judiciário, resolvê-los por meio de soluções alternativas, evitando-se assim o desgaste de ambas as partes.

A discussão sobre a demarcação de terras indígenas na maioria das vezes deságua no Poder Judiciário por colocar em choque direitos e garantias fundamentais que carregam um fardo histórico no ordenamento jurídico, bem como por não existir uma indenização capaz de suprir as necessidades pelos investimentos realizados pelo proprietário da terra e leis novas com a finalidade de solucionar todos os entraves.

Com isso, alguns juízes acabam precisando se valer de práticas de ativismo judicial, ou seja, exercendo uma postura proativa mesmo que, agindo assim, interfiram nos demais poderes, mas com a finalidade de buscar a pacificação desses conflitos de uma maneira mais célere e afeita à justiça.

O ativismo judicial encontra barreiras e, em certo sentido, deve ser analisado com cautela. Todavia, tendo em vista a morosidade dos poderes Executivo e Legislativo na resolução dos conflitos que envolvem indígenas e proprietários rurais, o Poder Judiciário precisa dar uma resposta imediata à sociedade que clama por “justiça” e com isso acaba proferindo decisões que impõem obrigações ao Poder Público, independentemente de existir previsão legal.

Essa postura baseada na hermenêutica consagra os valores republicanos trazidos pela Constituição Federal de 1988. Tanto é verdade que, ao se analisar alguns julgados colocando fim a conflitos que envolvem os indígenas, se constata a postura ativista dos magistrados com essa finalidade e não como atitude de invasão a outros poderes.

Quanto à metodologia, para a produção do presente trabalho utilizou-se da pesquisa tipo bibliográfico-documental, sendo desenvolvida a partir de livros e artigos acerca do tema, bem como de uma análise da Constituição Federal de 1988, da legislação, da jurisprudência e da doutrina sobre o assunto.

A dissertação encontra-se dividida em quatro capítulos. No primeiro tratou-se da palavra desenvolvimento que nasce com uma proposta de possibilidades de transformação e capacidade de realização de algo, analisando-a sob diversas perspectivas que fazem ter seus

conceitos e características distanciados quando acompanhada de termos como econômico, político, social, ambiental ou local.

A pesquisa restringiu sua análise no emprego do termo desenvolvimento coligado com o termo local, isto é, definiu-se o chamado “desenvolvimento local”, que surge das ações dos agentes locais ou dos grupos de determinada comunidade, com intuito de criar oportunidades inerentes à região, melhorando a qualidade de vida através dos seus próprios recursos internos, seja pelos seus indivíduos, seja por grupos externos.

Conceituou-se também espaço e território, partindo-se de uma concepção de Raffestin, que alerta que não se deve interpretá-los como expressões sinônimas, tendo em vista que espaço é anterior ao território, que se forma por meio de uma ação praticada por um ator sintagmático (ator que realiza um programa) em qualquer nível e ao fazer parte desse espaço concreta ou abstratamente (por exemplo, pela representação) o territorializa.

O capítulo primeiro traz, ainda, a diferença entre o significado da terra para o agronegócio e também o seu significado para as comunidades tradicionais e, por fim, fala-se de um novo papel dos operadores do direito em face das constantes mudanças sofridas nos sistemas jurídicos contemporâneos, exigindo cada vez mais uma compreensão jurídica fundamentada não apenas na subsunção do fato-norma, mas de ir além do positivismo legal, alcançando as mais diversas relações sociais perceptíveis na sociedade.

No segundo capítulo foi realizado um apanhando geral sobre a questão indígena em todo ordenamento jurídico brasileiro, desde a previsão na **Constituição Federal** de 1988, no **Estatuto do Índio**, no Decreto nº 1.775/96, na **Convenção nº 169**, da OIT, na **Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas**.

É possível afirmar que de todas as Constituições Federais a de 1988 foi a que revolucionou as garantias dos povos autóctones, reconhecendo-os como detentores originários das terras que tradicionalmente ocuparam e colocando-os como sujeitos de direitos especiais.

Em relação ao **Estatuto do Índio** colocou-se, entre diversas questões, que o referido diploma legislativo traz inúmeras definições inerentes aos indígenas, como e quem é o indígena ou silvícola, o que é comunidade indígena ou grupo tribal e quem são os indígenas considerados isolados, em vias de integração ou integrados, entre outras definições.

O Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, é o responsável pela regulamentação para a demarcação de terras indígenas. O referido decreto é composto de 11 artigos que versam

sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.

Abordou-se, ainda, sobre a **Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT**, bem como a **Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas**, que prescrevem diversos direitos aos povos indígenas.

Apontou-se, por fim, os principais entraves na demarcação de terras indígenas, os quais desaguam sempre no Poder Judiciário, a saber: incoerências sobre terras tradicionalmente ocupadas e terras ocupadas, violação ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo, laudos com ausência de imparcialidade, violação ao direito de propriedade e indenização incapaz de suprir todos os investimentos realizados pelo proprietário da terra.

O capítulo terceiro tratou da judicialização da política e do ativismo judicial, expondo suas diferenças, conceituando a origem da expressão ativismo judicial, sua relação com o princípio da separação dos poderes e a sua ocorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

Fez um importante destaque para a diferença entre as expressões, pois a própria doutrina jurídica já separa essas duas ideias, que são distintas para não serem compreendidas erroneamente como sinônimas.

Em relação ao ativismo colocou-se que esta teve sua origem no direito norte-americano, sendo empregada para qualificar a atuação da Suprema Corte por práticas revolucionárias na jurisprudência em matéria de direitos fundamentais, ganhando em princípio conotação negativa.

Diversamente disso, o presente trabalho busca tratar da sua utilização partindo da ideia de uma conduta mais proativa dos magistrados no sentido de cada vez mais assegurar direitos e promover a valorização de fins constitucionais, mesmo que para isso precise impor certas condutas aos poderes Executivo e Legislativo.

A doutrina não chegou a um consenso sobre a exata diferença entre os fenômenos do ativismo judicial e o da judicialização da política, mas emprega-se na pesquisa o entendimento de que o primeiro diz respeito às atitudes praticadas pelo judiciário em razão da morosidade dos demais poderes, enquanto que o segundo diz respeito às discussões ocorridas no âmbito político e que devido às inúmeras divergências entre os parlamentares que não chegam a um consenso, a questão é levada para ser decidida no judiciário.

Além disso, expôs-se sobre a separação dos poderes e sobre o ativismo judicial. Primeiro alerta-se para uma necessária compreensão histórica deste princípio para que se tenha uma ideia de sua evolução, notadamente quando se estuda o fenômeno do ativismo judicial que exige fazer uma reflexão sobre determinadas posturas do judiciário, as quais acabam ou não por ultrapassar o seu limite ao tomar determinado posicionamento quando se trata de decidir sobre um caso concreto.

Devido à morosidade dos poderes Executivo e Legislativo de resolver os casos envolvendo a demarcação de terras indígenas torna-se necessária uma atitude do Poder Judiciário para solucionar, ou pelo menos para amenizar esses conflitos. Muitas vezes essa postura criativa e inovadora pode parecer ativista, mas em verdade está se colocando interpretações que valorizam e alcançam o verdadeiro sentimento de justiça para ambas as partes envolvidas, dando a cada parte o que lhe é de direito e chegando ao resultado que se pretende sem prejudicar a nenhuma delas.

Por derradeiro, a pesquisa trouxe a figura dos precedentes judiciais à luz do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, sancionado em 16 de março de 2015, com entrada em vigor no dia 18 de março de 2016.

Preliminarmente, falou-se do direito comparado a partir de uma divisão da figura dos precedentes judiciais em todos os sistemas jurídicos espalhados pelo mundo, dando ênfase, portanto, aos sistemas da *common law* e da *civil law*, que são mais importantes para a compreensão desse fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro.

Em linhas gerais foi tratado da teoria do *stare decisis* presente na *common law* como mecanismo de respeito aos precedentes e explicou-se que o novo diploma processual brasileiro, ao trazer em seu bojo a previsão de respeito aos precedentes, incorporou algumas das técnicas presentes da referida teoria, como, por exemplo, a previsão de identificação da *ratio decidendi* ou *holding*, da leitura do Art. 489, § 1º e, consequentemente, identificando o fundamento determinante da decisão, que é o que vincula, aquilo que não for essencial será a *obter dictum*, ou seja, sem efeito vinculante.

A adoção dos critérios de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) dos precedentes, sendo o primeiro extraído da leitura do Art. 489, § 1º, e o segundo assegurado nos termos Art. 489, § 1º, VI, bem como pela leitura do Art. 927, Parágrafos 2º e 4º.

Por fim, a pesquisa faz uma análise do caso Raposa Serra do Sol, de Roraima (Petição nº 3.388), debatido no Supremo Tribunal Federal, que se trata de Ação Popular proposta pelo

Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, em 20.5.2005, pugnando pela declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, cuja homologação definia os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, pelo Presidente da República se deu em 15 de abril de 2005.

O caso Raposa Serra do Sol é considerado dentre todas as demandas envolvendo demarcações de terras indígenas como o *leading case* e por isso busca-se demonstrar que pelas razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a proferir essa decisão, o caso deve ser considerado como precedente obrigatório a partir da nova sistemática trazida pelo novo Código de Processo Civil e vincular os demais órgãos do Poder Judiciário.

Assim os precedentes, sejam eles os já existentes no ordenamento jurídico, como é o caso do precedente supracitado, sejam aqueles que poderão ser criados à luz dos critérios adotados pelo NCPC, podem servir como alternativa para os entraves na demarcação de terras indígenas em *terrae brasiliis*, garantindo uniformidade nas decisões judiciais, igualdade, previsibilidade e segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

2 CONCEITUANDO DESENVOLVIMENTO E QUESTÃO DA TERRA PARA O AGRONEGÓCIO E PARA AS COMUNIDADES TRADICIONAIS

O termo desenvolvimento quando interpretado isoladamente possui um significado, ao passo que quando coligado com outro termo sua compreensão inicial sofre diversas variações em seu sentido.

No dicionário desenvolvimento é conceituado como ação ou efeito de desenvolver, crescimento econômico, social e político de um país, região, comunidade, dentre outros (HOUAISS, 2009).

Em que pese essa ser a definição clássica do que vem a ser o “desenvolvimento”, é importante ressaltar que seus conceitos e características serão diferenciados quando o termo estiver acompanhado de outros termos, como econômico, político, social, ambiental e local.

Max-Neef, citado por Oliveira (2003), discutiu inúmeros aspectos referentes ao “desenvolvimento” como sendo um processo capaz de satisfazer às necessidades humanas, tidas por ele não somente como metas a serem atingidas, mas também como a razão de existência desse processo. Aprofundando-se mais, Esteva (2000, p. 64-5) explica que

O desenvolvimento não consegue se dissociar das palavras com as quais foi criado: crescimento, evolução, maturação. Da mesma forma, os que hoje usam a palavra não conseguem liberta-se de uma teia de significados que causam uma cegueira específica em sua linguagem, pensamento e ação. Não importa o contexto na qual está sendo usada, ou a conotação precisa que o usuário queira lhe dar, a expressão, de alguma maneira, torna-se qualificada e colorida com outros significados que provavelmente nem eram desejados. A palavra tem sempre um sentido de mudança favorável, de um passo do simples para o complexo, do inferior para o superior, do pior para o melhor. Indica que estamos progredindo porque estamos avançando segundo uma lei universal e inevitável, e na direção de uma meta desejável. Até hoje a palavra retém o significado que lhe foi dado há um século por Haeckel, o criador da ecologia: “A partir deste momento, o desenvolvimento é a palavra mágica que irá solucionar todos os mistérios que nos rodeiam ou, pelo menos, que nos irá guiar até essas soluções”.

Em suma, a palavra desenvolvimento surge sempre como uma proposta de possibilidades de transformação e de capacidade de realização de algo, devendo ser compreendida, ainda, como qualquer medida pautada não só no crescimento econômico, mas também crescimento político e social.

2.1 CONCEITUANDO O DESENVOLVIMENTO LOCAL

A presente pesquisa restringirá a sua análise no emprego do termo “desenvolvimento” coligado com o termo “local”, que, etimologicamente, vem do latim *locus*, cujo significado consiste em lugar, local, posição ou situação.

Esse termo também comporta variações conceituais que podem ser analisadas em diversos sentidos, quais sejam o semântico, que se subdivide em sentido de espaço e território, e no sentido de comunidade, de lugar e de paisagem (MARQUES, 2009).

Ávila (2000, p. 68) expõe o que vem a ser o núcleo essencial do desenvolvimento local a partir da definição trazida por José Carpio Martín, o qual enfatiza que:

El desarrollo local es el proceso reactivador de la economía y dinamizador de la sociedad local, mediante el aprovechamiento eficiente de los recursos endógenos existentes en una determinada zona, capaz de estimular y diversificar su crecimiento económico, crear empleo y mejorar la calidad de vida de la comunidad local, siendo el resultado de un compromiso por el que se entiende el espacio como lugar de solidaridad activa, lo que implica cambios de actitudes y comportamientos de grupos e individuos.

O mesmo autor (2000, p. 68) conclui que:

Como que procurando detectar a “semente” lá no âmago do contexto descriptivo de uma “laranja” inteira, já que esta existe em função daquela, e, concordando com as ênfases do Prof. Carpio Martín, acima, me convenço cada dia mais de que o “núcleo conceitual” do desenvolvimento local consiste essencialmente no efetivo desabrochamento das capacidades, competências e habilidades de uma “comunidade definida” (portanto com interesses comuns e situada em determinado território ou local com identidade social e histórica), no sentido de ela mesma se tornar paulatinamente apta a agenciar e gerenciar (diagnosticar, tomar decisões, planejar, agir, avaliar, controlar, etc.) o aproveitamento dos potenciais próprios, assim como a “metabolização” comunitária de insumos e investimentos públicos e privados externos, visando à processual busca de soluções para os problemas, necessidades e aspirações, de toda ordem e natureza, que mais direta e cotidianamente lhe dizem respeito.

Diante dessas definições entende-se que é possível melhorar a qualidade de vida de determinada comunidade por meio dos seus próprios potenciais internos, alavancados por seus agentes e também por grupos externos.

Mais do que isso, para o DL as ações dos agentes locais ou de grupos de determinada comunidade não podem se limitar a tomadas de decisões agarradas somente ao fator econômico, mas devem ter como fim a criação de oportunidade inerente à região. E é por essa razão que os agentes locais precisam estar a par e em sintonia com a comunidade para saber

quais as necessidades sociais que foram excluídas do desenvolvimento, pois só assim conseguirão criar um ambiente de participação direta e efetiva dos cidadãos focado no mesmo propósito de atender e proporcionar oportunidades peculiares à região (HAN, 2009).

Ainda sobre a conceituação de desenvolvimento local, Ávila (2000, p. 69) traz a diferença entre os significados de “desenvolvimento local” e de “desenvolvimento *no* local”, explicando que são conceitos contrários e não contraditórios:

- desenvolvimento *no* local: quaisquer agentes externos se dirigem à “comunidade localizada” para promover as melhorias de suas condições e qualidade de vida, com a “participação ativa” da mesma;
- desenvolvimento local: a comunidade mesma desabrocha suas capacidades, competências e habilidades de agenciamento e gestão das próprias condições e qualidade de vida, “metabolizando” comunitariamente as participações efetivamente contributivas de quaisquer agentes externos.

Constata-se, então, que no desenvolvimento *no* local o interesse surge de agentes externos (governantes ou membros da sociedade civil), ficando a comunidade apenas com a participação nas atividades promovidas por eles. Já no desenvolvimento local a própria comunidade promove o próprio desenvolvimento, ficando os agentes como participantes, isto é, como “combustíveis” e “baterias” que acionam o “motor da comunidade” (ÁVILA, 2000).

Compreendendo o conceito de desenvolvimento local e até para a identificação do campo de atuação do agente, é necessário saber a diferença entre espaço e território, entendendo conforme se vê no tópico a seguir que não são expressões com significados iguais.

2.2 ESPAÇO E TERRITÓRIO

Em sentido etimológico, espaço vem do latim *spatium*, que possui sentido próprio de espaço, extensão, distância ou intervalo. Existem, ainda, outros conceitos de espaços adotados pela física, pela astronomia, pela geografia, pela música, pelo direito e pela arquitetura, dentre outros, mas o que interessa aqui é o “espaço geográfico” (SANTOS, 1985).

Este espaço possui somente um valor de uso e, por ser anterior a qualquer ação, já existe materialmente antes de algum agente dele se apropriar para dar início à construção do território que, por sua vez, surge a partir dele (RAFFESTIN, s/d).

Não se deve interpretar espaço e território como expressões sinônimas, já que o primeiro é anterior ao segundo, que se forma por meio de uma ação praticada por um agente sintagmático (agente que realiza um programa) em qualquer nível e, ao fazer parte desse espaço concreta ou abstratamente (por exemplo, pela representação), o territorializa (RAFFESTIN, s/d).

Lefebvre, citado por Raffestin (s/d, p. 2), esclarece como é o mecanismo para passar do espaço ao território:

A produção de um espaço, o território nacional, espaço físico, balizado, modificado, transformado pelas redes, circuitos e fluxos que aí se instalaram: rodovias, canais, estradas de ferro, circuitos comerciais e bancários, e autoestradas e rotas aéreas, etc.". O território, nessa perspectiva, é um espaço onde se projetou um trabalho, seja energia e informação, e que, por consequência, revela relações marcadas pelo poder. O espaço é a "prisão original", o território é a prisão que os homens constroem para si.

Segundo Santos (2006), o espaço é a soma de objetos e sistemas de ações que são indissociáveis, solidários e contraditórios não praticados isoladamente. Em outras palavras, o espaço vem sendo caracterizado pela combinação de ações e objetos, ou melhor, da soma de bens naturais e bens criados pelo homem. Santos (2006, p. 39) acrescenta, ainda, que,

No começo era a natureza selvagem, formada por objetos naturais, que ao longo da história vão sendo substituídos por objetos fabricados, objetos técnicos, mecanizados e, depois, cibernéticos, fazendo com que a natureza artificial tenda a funcionar como uma máquina. Através da presença desses objetos técnicos: hidroelétricas, fábricas, fazendas modernas, portos, estradas de rodagem, estradas de ferro, cidades, o espaço é marcado por esses acréscimos, que lhe dão um conteúdo extremamente técnico. O espaço é hoje um sistema de objetos cada vez mais artificiais, povoado por sistemas de ações igualmente imbuídos de artificialidade, e cada vez mais tendentes a fins estranhos ao lugar e a seus habitantes.

No tocante ao território, o interesse aqui é compreendê-lo em relação ao sentimento de ligação e de pertença de determinados grupos ou de indivíduos que constroem ou possuem laços com quem o construiu.

Etimologicamente, território vem do latim *territorium*, que significa terreno, porção de uma superfície terrestre pertencente ao um país, a um estado, a um município, a uma região sob a jurisdição de uma autoridade, uma área de superfície de terreno que contém uma nação, etc. (MARQUES, 2009).

Para Souza (1995), citado por Valverde (2004, p. 120), o território é entendido como um "espaço definido e delimitado por e a partir de relações de poder", ou seja, pode ser entendido como área pertencente ao domínio de determinado grupo.

Já Sack (1986), também reproduzido por Valverde (2004, p. 121), explica que “o conceito de território constitui a expressão de uma área dominada por um grupo de pessoas e, através desse domínio, a possibilidade de controlar, dominar ou influenciar o comportamento de outros”.

A partir do momento que se constitui o território a sociedade que o concebeu começa a manter relações de diálogo e constrói interações que caracterizam o seu modelo, ou seja, vinculam o próprio grupo de origem com o território e cria-se um mundo particular que se comunica com outros (MORIN *apud* LE BOURLEGAT, 2008).

Saquet (2008, p. 78-9) sintetiza o pensamento de Raffestin ao explicar sobre a construção do território a partir da apropriação do espaço, expondo que

[...] o território não poderia ser nada mais que o produto dos atores sociais. São esses atores que produzem o território, partindo da realidade inicial dada, que é o espaço. Há portanto um ‘processo’ do território, quando se manifestam todas as espécies de relações de poder, que se traduzem por malhas, redes e centralidades cuja permanência é variável mas que constituem invariáveis na qualidade de categorias obrigatórias.

Constata-se, que o território é construído por aqueles que, ao ocuparem o espaço, manifestam os interesses da coletividade em prol de um bem comum, seja através de agentes externos que proporcionam naquele território melhorias para os que o habitam, seja por indivíduos que o criaram e conhecem as demandas necessárias para o desenvolvimento daquele território.

Com base nestes aportes é possível dar um passo a mais, definindo o sentido da terra para grupos específicos, como será feito a seguir.

2.3 A TERRA PARA O AGRONEGÓCIO E PARA AS COMUNIDADES TRADICIONAIS

É evidente que existe uma antinomia entre o que vem a ser terra para o agronegócio, ou seja, para os proprietários rurais, e para as comunidades tradicionais. Tanto é verdade que se assim não fosse os conflitos envolvendo demarcação de terras indígenas sequer existiriam.

2.3.1 A terra para o agronegócio

Historicamente, ainda no início das civilizações os homens viviam somente daquilo que a natureza lhes oferecia, ou seja, dependiam da caça, da pesca e dos alimentos naturais. Eram impensáveis a plantação, o cultivo, a criação de animais ou outro meio para garantir a subsistência, fazendo com que vivessem em bandos e como nômades na busca de alimentos no local de maior facilidade. Com o passar dos anos o homem foi evoluindo e passou a descobrir que animais podiam ser domesticados, que sementes germinavam e produziam e que, em decorrência dessa descoberta, já poderiam se fixar em lugares predefinidos valendo-se dessas práticas. Mesmo com técnicas precárias e com total ausência de tecnologia a possibilidade de fixação culminou na formação de comunidades e na organização de propriedades e de atividades ligadas à agricultura ou à pecuária (ARAÚJO, 2007).

Por essa razão, quando se pensa na terra para o agronegócio é importante destacar que também existe o sentido da terra atrelado a laços afetivos entre as pessoas que a habitaram (familiares) e ao local.

Não há dúvidas que essas pessoas carregam fardos históricos, pois algumas de suas propriedades começaram a se desenvolver por familiares através de meios escassos e até os dias atuais são geridas por seus membros. Entretanto, atualmente o agronegócio está agarrado principalmente na ideia de lucro, ou seja, no aumento cada vez mais da produção econômica em razão da comercialização de tudo que produz, tanto que conceitualmente o próprio dicionário define o agronegócio como sendo um “conjunto de todos os processos e operações relacionados com a agricultura, desde a produção até à comercialização dos produtos” (PRIBERAM, 2016).

Mais do que isso, os dados corroboram para se afirmar que a terra para o agronegócio possui primordialmente sentido de obtenção de lucro, ou seja, produzir e comercializar a produção.

O Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (IICA) elaborou no primeiro trimestre de 2009 o **Caderno de Estatísticas do Agronegócio Brasileiro**, apresentando os seguintes resultados:

Segundo a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, o setor do agronegócio correspondeu em 2008: 28 % do PIB nacional; 37% de empregos diretos e indiretos; 37% das exportações brasileiras; Dados do Ministério da Agricultura indicam que poucos países tiveram um

crescimento tão expressivo no comércio internacional do agronegócio quanto o Brasil. Em dez anos as exportações do setor saltaram de US\$ 15,94 bilhões (1993), com um superávit de US\$ 11,7 bilhões, para aproximadamente o dobro.

Como se não bastasse os números expressivos já comprovados em estatísticas de 2009, a Assessoria de Gestão Estratégica do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (AGE/Mapa) publicou um estudo de **Projeções do Agronegócio – Brasil 2013/14 a 2023/24**, apresentando que

A produção de grãos deverá passar de 200,7 milhões de toneladas em 2014/2015 para 259,7 milhões de toneladas em 2024/25. Isso indica um acréscimo de 59,0 milhões de toneladas à produção atual do Brasil. Em valores relativos, representa um acréscimo de 29,4%. Mas no limite superior, a projeção para o final do período pode resultar numa produção de 301,3 milhões de toneladas. Nesse caso o aumento de produção em relação a 2014/15 seria de 50,1%. A produção de carnes (bovina, suína e aves) entre 2014/15 e 2024/25, deverá aumentar em 7,9 milhões de toneladas. Representa um acréscimo de 30,7% em relação à produção de carnes de 2014/2015. As carnes de frango e suína, são as que devem apresentar maior crescimento nos próximos anos: frango, 34,7% e suína, 35,1%. A produção de carne bovina deve crescer 23,3% entre o ano base e o final das projeções.

A finalidade da pesquisa acima consiste em “indicar direções do desenvolvimento e fornecer subsídios aos formuladores de políticas públicas quanto às tendências dos principais produtos do agronegócio”, atitude da Assessoria de Gestão Estratégica do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento que demonstrou perspectivas para o mercado interno e para exportações por meio dos principais fatores de crescimento na próxima década.

É evidente, portanto, que a preocupação do agronegócio, mesmo levando-se em consideração certas relações afetivas com a terra, primordialmente é auferir vantagem econômica, pois tem como preocupação cada vez mais aumentar a produtividade, nisso desaguando na comercialização dos seus produtos, que nada mais é do que a obtenção de lucros.

2.3.2 A terra para as comunidades tradicionais

A visão sobre a terra para as comunidades tradicionais certamente diverge daquela dos que a utilizam para o agronegócio.

Nos idos de 1500, quando Portugal integrou o território brasileiro como parte do seu domínio, os indígenas não tiveram assegurados seus direitos territoriais. Essa garantia, por

serem eles os seus primeiros ocupantes e os seus donos naturais, só aconteceu com o chamado Alvará Régio de 1º de abril de 1680, que reconheceu e respeitou a posse dos indígenas sobre suas terras. Todavia essa conquista não foi suficiente e respeitada porque em diversas terras indígenas ocorreram práticas de esbulhos por colonos apoiados, estimulados ou que se aproveitaram da omissão das autoridades da época (ARAÚJO *et al*, 2006).

A existência desse apoio pode ser confirmada com o advento da Carta Régia de 2 de dezembro de 1808, “que declarava devolutas terras que fossem ‘conquistadas’ dos índios nas chamadas ‘Guerras Justas’, intentadas pelo governo português contra os povos indígenas que não se submeteram ao seu domínio no Brasil” (ARAÚJO *et al*, 2006, p. 25).

Esse episódio talvez tenha sido o que tenha feito escola e ajude a explicar muitos dos conflitos existentes até os dias atuais, pois a Coroa Portuguesa concedia terras a quem bem entendesse, uma vez que devolutas seriam as terras de domínio público sem destinação específica. Como no período colonial e imperial muitas das terras consideradas devolutas foram apropriadas mesmo que indevidamente, na fase republicana agravou-se demasiadamente o processo de grilagem que culminou à época na concessão de títulos indevidamente conferidos sobre as terras dos indígenas. A Constituição Federal e suas respectivas alterações sempre foram tímidas ao ponto de já naquela época solucionar o problema envolvendo terras indígenas fazendo com que as já demarcadas ficassem com uma extensão pequena, impossibilitando os indígenas de preservarem os seus sistemas tradicionais de vida, sem pensar que poderiam se multiplicar e forçando-os a se tornarem mão de obra barata para os fazendeiros (ARAÚJO *et al*, 2006).

Um novo modo de pensar sobre os indígenas surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, que os colocou como sujeitos de direito especiais deixando expressamente prevista inúmeras garantias. Araújo (2006, p. 45) *et al* complementam argumentando que,

Ao afirmar o direito dos índios à diferença, calcado na existência de diferenças culturais, o diploma constitucional quebrou o paradigma da integração e da assimilação que até então dominava o nosso ordenamento jurídico, determinando-lhe um novo rumo que garanta aos povos indígenas permanecerem como tal, se assim o desejarem, devendo o Estado assegurá-lhes as condições para que isso ocorra. A verdade é que, ao reconhecer aos povos indígenas direitos coletivos e permanentes, a Constituição abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve.

Após essa breve passagem histórica pela trajetória dos indígenas no Brasil é evidente que essa valorização posterior à promulgação da Carta Magna de 1988 não trouxe e está longe de trazer a solução para os problemas envolvendo a demarcação de terras indígenas.

Mas é certo que ao longo de sua vigência as autoridades do país adquiriram uma nova forma de pensar e começaram a perceber que muitos dos problemas das terras indígenas surgem de uma visão distorcida sobre as comunidades tradicionais, ou seja, desconsideram o que ela pensa sobre a terra.

Talvez algumas dessas autoridades não estejam preocupadas com o Brasil, mas com interesses particulares que as deixam às cegas para poder contribuir para com uma solução que deixe bem claro o papel da terra para os proprietários rurais e para os indígenas, deixando, portanto, ambas as partes com tranquilidade para fazer o que se tem por finalidade com sua terra.

O que se pretende é que essa ascensão impulsione toda a sociedade no concerto ou ao menos colabore para uma reparação de alguns erros cometidos no passado, olhando para as terras indígenas como preservação dos recursos naturais e da biodiversidade que são um dos maiores patrimônios do país, podendo já ser constatado essa afirmação por imagens de satélites demonstrando que na Amazônia, as áreas de florestas mais preservadas estão dentro dos limites de Terras Indígenas (ARAÚJO *et al*, 2006).

Maior do que a terra para o indígena e deixá-lo nela somente como forma de preservação dos recursos naturais e da biodiversidade, que na verdade é uma consequência caso nela eles habitassem, existe o principal sentimento do que ela seja para os indígenas.

A grande dificuldade dessa definição é que como no Brasil existem mais de duzentas formações culturais diferentes e não há como se afirmar com precisão qual é a visão da terra para o indígena, tendo em vista a diversidade dos povos indígenas existentes no país (MENEGASSI, 2007).

Campestrini (2009) explica que os dicionários guaranis registram que *tekhohá* significa morada, querência, paradeiro e que se tem ampliado o significado do termo, compreendendo-se por aquele território onde vive ou viveu determinado grupo indígena que nela exerceu seu modo de vida e suas manifestações culturais e míticas. Por isso, quando se pensa na terra para o indígena é pensar no sentido que ela está atrelada a laços afetivos entre as pessoas que a habitaram e ao local, despertando, portanto, um sentimento de pertença.

Para Tuan (1980), citado por Freitas (2008, p. 42), “um dos aspectos mais importantes para perceber e compreender o sentimento de pertença é o relativo ao passado histórico, uma vez esse é um fator relevante nos sentimentos de amor e afeto atribuídos ao lugar”.

Em estudo elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), denominado **As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul: e as resistências do bem viver por uma terra sem males**, o texto de Margot Bremer, com tradução livre de Glória N. T. Agudelo e Joana A. Ortiz (2011, p. 85), explica que, para a cultura guarani

A terra é mais que um lugar de residir e habitar; é o lugar de uma convivência religiosa junto com a natureza; que forma parte de sua cultura e é o lugar onde *Ñamandu* revela sua sabedoria, seu amor e seu canto sagrado (cf. *Mito Ayuvu rapytá*). A terra é um espaço sociocultural que dá ao Guarani a possibilidade de reproduzir seu modo de ser em convivência com suas plantas, seus animais, seu ar, sua água, etc. A terra é o fundamento vital de todos os Guarani que a habitam; os Pai *Tavytera* a comparam com a mãe, parecido aos povos andinos: “A terra dá gratuitamente tudo o que o homem necessita para sua vida; não nos vende o ar (sopro da terra), a água e as plantas. De seu seio extraímos os tubérculos, em seu seio se sustentam as raízes que produzirão os frutos, as sementes e as sávias que dão e conservam a vida. Sobre sua superfície nascem e crescem os animais que são alimentos vitais. Por isso a terra é mãe como as humanas”.

Em suma, os indígenas quando tratam da terra ou “mãe terra”, (expressão utilizada para se referirem ao território), o fazem como forma fundamental para a manutenção da sobrevivência e modo de ser de seus povos, haja vista que não há como existir indígena ou comunidade indígena sem terra e se o país quer protegê-los deve começar por seus territórios (AMADO, 2013).

Essa diferenciação entre terras para o agronegócio e terras para as comunidades tradicionais tem sentido porque deságua justamente na busca do desenvolvimento via crescimento econômico e na demarcação de terras para atender às necessidades históricas e afetivas dos povos indígenas. Assim se cria um processo no qual o direito também tem a sua parcela de participação no desenvolvimento local. É o que será visto no próximo tópico.

2.4 INTERDISCIPLINARIDADE: DESENVOLVIMENTO LOCAL X PODER JUDICIÁRIO

Nos dias atuais é possível identificar um novo papel dos operadores do direito em face das constantes mudanças sofridas no sistema jurídico contemporâneo brasileiro.

Exige-se cada vez mais uma compreensão jurídica fundamentada não apenas na subsunção do fato-norma, mas de ir além do positivismo legal, alcançando as mais diversas relações sociais perceptíveis na sociedade. Sensível a essa reflexão escreve Feitosa (2014, p. 1) que

Não há mais como atuar com a simples repetição de formulas, do mero enquadramento dos fatos na legislação. Numa realidade mutável, muito mais complexas e em acelerado processo de transformação, parece patente a incompatibilidade entre o ritmo de produção e de aplicação das normas com as expectativas criadas em torno do sistema de justiça.

Essa atual perspectiva possui relação direta com o objetivo das demandas jurídicas que envolvem temas relacionados com outras ciências como, por exemplo, o caso Raposa Serra do Sol, de Roraima (Petição nº 3.388), debatido no Supremo Tribunal Federal, considerado dentre todas as demandas envolvendo demarcações indígenas o *leading case*.

Este é apenas um exemplo emblemático de contendas judiciais revestidas de interdisciplinaridade, por se tratar desses conflitos que exigem estudos mais aprofundados dos magistrados.

Os membros do Poder Judiciário, para alcançar o verdadeiro senso de justiça, como, por exemplo, no caso supracitado, não se apegaram apenas aos conceitos jurídicos do que vem a ser o direito de propriedade e das comunidades tradicionais, mas buscaram um conceito além do mundo jurídico que só poderia ser encontrado à luz das práticas experimentadas no campo da antropologia, da geografia e história e do desenvolvimento local, por exemplo.

A prática jurídica impõe ao cientista do direito um conhecimento cada vez mais abrangente, fazendo com que surja um novo operador do direito que de fato acaba por operar conceitos extrajurídicos, desapegando-se do formalismo e da mera operação de encaixe do fato à norma. Esta ideia também é defendida por Feitosa (2014, p. 8), que assim leciona que

As múltiplas abordagens sobre as transformações do direito e do judiciário encontram como ponto de convergência a crise do modelo positivista legalista e da orientação liberal dos sistemas jurídicos. O apego ao formalismo e a aplicação da lei por mera subsunção dos fatos às normas parecem destinadas a um papel cada vez mais secundário no panorama internacional. Esse tipo de formação, responsável pela construção das estruturas jurídicas no ocidente e que guiou diversas gerações de bacharéis, cria hoje um conflito com as expectativas projetadas sobre a justiça e mesmo com as práticas empreendidas pelos operadores do direito.

Portanto, a compreensão de outros temas e conceitos científicos, elaborados por outras áreas do conhecimento como, por exemplo, o desenvolvimento local justifica objeto desse estudo.

O próximo capítulo tratará da questão indígena a partir do ordenamento jurídico brasileiro, como preparação para se referir aos precedentes judiciais para dar maior celeridade aos procedimentos de demarcação das terras para os indígenas.

3 A QUESTÃO INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cumpre realizar, preliminarmente, um apanhando geral sobre a questão indígena no ordenamento jurídico brasileiro, expondo-o desde a previsão na Constituição Federal de 1988 e até outras normas esparsas que versam sobre o tema, notadamente no que diz respeito ao procedimento de demarcação de terras indígenas e aos entraves que deságuam no Poder Judiciário.

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de qualquer análise do capítulo que trata dos indígenas na Constituição Federal de 1988, é importante trazer a observação de Campestrini (2009), ao expor que o texto constitucional já inicia colocando que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, IV).

Na sequência, a Constituição de 1988 assegura em seu Art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Este mesmo artigo deixa claro, ainda, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei” (Art. 5º, *inciso XLII*).

Diante dessas previsões, cabe a reflexão de que acima de qualquer coisa os indígenas brasileiros não podem ser deixados de lado, pois também são sujeitos de direitos constitucionais e principalmente à proteção para manter os seus usos e os seus costumes.

Superada essa análise introdutória, é possível afirmar que de todas as Constituições Federais a de 1988 foi a que revolucionou as garantias dos povos autóctones, reconhecendo-os como detentores originários das terras que tradicionalmente ocuparam e colocando-os como sujeitos de direitos especiais.

A Carta Magna, ao deixar expressas diversas garantias aos indígenas, quebrou um paradigma de integração e assimilação predominante até aquele momento no ordenamento jurídico nacional, determinando ao Estado que passasse a oferecer as condições de proteção

para que esses povos preservem seus modos e costumes se assim desejarem (ARAÚJO *et al*, 2006).

O Constituinte abriu novos horizontes para o país por ter fortalecido o estabelecimento de uma sociedade pluriétnica e multicultural, ou seja, independentemente do grau de contato com a sociedade em geral esses povos podem continuar a existir como povos que são (ARAÚJO *et al*, 2006). Por outro lado, Barbosa (2007, p. 7) diverge desse pensamento, aduzindo que

É necessário também ficar claro que a Constituição atual não é tão inovadora da ordem jurídica anterior aplicável aos povos indígenas, como muitos apregoam. Ela é beneficamente confirmadora do indigenato que existe no sistema jurídico brasileiro desde 1680. Trata-se na verdade, a Constituição de 1988, de confirmação da tradição jurídica brasileira de reconhecimento do direito especial indígena, com base no instituto do indigenato que indica para a necessidade de uma ótica especial dos operadores jurídicos, da classe política e da sociedade em geral, de modo que não se pense, por exemplo, que os índios são meros possuidores das terras que são de domínio da União.

De qualquer forma o que antes era tímido sob o ponto de vista de texto constitucional passou a ser previsto expressamente, mais especificamente no Art. 231, Parágrafos 1º ao 7º e Art. 232 da CF.

O Art. 231 inaugura o capítulo que trata dos indígenas na CF, estabelecendo que “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”.

No Parágrafo 1º, do Art. 231, da CF, trata-se das terras que os indígenas tradicionalmente ocuparam, definido-as como aquelas 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”.

Ainda sobre as terras tradicionalmente ocupadas, o Parágrafo 2º, do Art. 231, da CF, garantiu aos indígenas o direito à posse permanente sobre elas e concedeu-lhes o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

O Parágrafo 3º, do Art. 231, da CF, por sua vez, deixa expresso que 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 a participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

No Parágrafo 4º, do Art. 231, a CF estatui que as terras indígenas “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

Já no Parágrafo 5º, do Art. 231, da CF, o Constituinte deixou claro que 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”.

O Parágrafo 6º, do Art. 231, da CF, dispõe que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

O último Parágrafo do Art. 231, da CF, é o 7º, o qual estabelece que “não se aplica às terras indígenas o disposto no Art. 174, § 3º e § 4º”.

Por fim, o capítulo que trata dos indígenas na CF encerra-se com o Art. 232, que garante que 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”.

É certo que algumas das disposições do texto constitucional dão margem a interpretações diversas e outras até carecem de lei específica para regulamentação.

Sobre isso o Supremo Tribunal Federal, mais especificamente no Julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, até pelo fato de ser o guardião da Constituição, como ela própria estabeleceu, enfrentou com profundidade a interpretação dos referidos dispositivos, posicionando-se sobre o tema e fixando 19 condicionantes.

O caso será discutido em capítulo posterior e por essa razão os comentários sobre ele no momento são extremamente superficiais.

3.2 O ESTATUTO DO ÍNDIO (LEI N° 6.001/73)

A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, denominada de **Estatuto do Índio**, é composta por 68 artigos e tem por finalidade regular, já no Art. 1º, “a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

Cuida o **Estatuto do Índio**, entre diversos assuntos, de princípios e inúmeras definições inerentes aos indígenas como, por exemplo, sobre quem é o indígena ou silvícola, sobre o que é comunidade indígena ou grupo tribal, quem são os indígenas considerados isolados, os indígenas em vias de integração ou os indígenas integrados.

Além disso o **Estatuto do Índio** prevê sobre direitos civis e políticos que se aplicam aos indígenas, quando ficarão sujeitos à assistência ou tutela, do registro civil, das condições de trabalho, dos crimes contra os indígenas, dos bens de renda e patrimônio indígena, da educação, cultura e saúde da população indígena e, principalmente, sobre as terras indígenas, a saber, das ocupadas, das áreas reservadas, das de domínio indígena e de sua defesa no país.

O **Estatuto do Índio** é anterior à Constituição Federal de 1988 e por uma consequência lógica deveria ter passado por algumas inovações, tendo em vista que os próprios indígenas evoluíram diante da sociedade e alguns dos seus direitos carecem dessa reforma.

As cobranças por inovações legislativas no que diz respeito aos direitos dos indígenas são inúmeras, principalmente porque atualmente os indígenas possuem até parlamentares no Congresso Nacional e com isso essas propostas aumentam. Não obstante, entra nova e sai legislatura os parlamentares não reformam, nem tampouco promulgam um novo **Estatuto do Índio**.

Por derradeiro ressalta-se que, de todas as previsões constantes na Lei nº 6.001/73, a terra é ponto mais polêmico e que até os dias atuais gera maiores discussões, notadamente porque seus conflitos ganham grande destaque na mídia nacional e terão repercussão, enquanto não for solucionado, na evolução do país sob o ponto de vista econômico, político e social. Assim, o presente tópico propositalmente não fez considerações profundas sobre todas as disposições do **Estatuto do Índio**, deixando para se esmiuçarem a seguir tão somente o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, regulamentado pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

3.3 O PROCEDIMENTO PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS (DECRETO N° 1.775/96)

A Constituição Federal de 1988 reconheceu aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, deixando para a União a competência para demarcá-las.

O **Estatuto do Índio** traz diversas disposições sobre as terras indígenas, mas, em relação ao processo administrativo para a sua demarcação, deixa expresso que este se dará por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao indígena, de acordo com o processo estabelecido em decreto pelo Poder Executivo.

Esta regulamentação é prevista no Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, composto de 11 artigos que versam sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas (TI's)² no ordenamento jurídico brasileiro.

A iniciativa para a demarcação fica a cargo da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), órgão federal incumbido da representação e da assistência aos indígenas, de acordo o Art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

O Decreto supracitado divide o procedimento em diversas etapas, quais sejam a identificação, o contraditório, a declaração dos limites, a delimitação ou a demarcação física, a homologação e a regularização (registro).

A FUNAI (2016) também divide o procedimento demarcatório em diversas etapas como faz o Decreto, nominando-as de:

- Em estudo: Realização dos estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais, que fundamentam a identificação e a delimitação da terra indígena.
- Delimitadas: Terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da FUNAI, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena.
- Declaradas: Terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento.
- Homologadas: Terras que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial.

² Essa abreviação refere a terras indígenas e será utilizada em alguns momentos deste trabalho.

- Regularizadas: Terras que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União.

- Interditadas: Áreas Interditadas, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados.

O início do procedimento de se dá na fase de “Identificação” ou, como acima nominado, de “estudo”, pois, segundo o Art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, a FUNAI nomeará um antropólogo com qualificação reconhecida para a realização de estudo antropológico de identificação da terra.

A FUNAI designará, ainda, conforme dispõe o Parágrafo 1º do artigo supracitado, “grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação”.

Este “grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos” (§ 4, do Decreto). O § 2º, do Art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, prevê que o referido levantamento fundiário (estudo), caso haja necessidade, poderá ser feito em conjunto com órgão federal ou estadual específico por técnicos designados no prazo de 20 dias contados a partir do recebimento da solicitação pela FUNAI.

Vale destacar que, nesse ínterim, de acordo com o § 3º, Art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, “o grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases”. Na sequência, em 30 dias contados da data de publicação do ato que constitui o grupo técnico, os órgãos públicos têm o dever, no âmbito de suas competências, de prestarem informações sobre a área objeto da identificação, enquanto que é facultado às entidades civis realizar este ato, nos termos do § 5º, do Art. 2º do Decreto nº 1.775/96.

Os estudos elaborados pelo grupo técnico darão ensejo a um relatório (relatório antropológico) circunstanciado à FUNAI, constando os elementos exigidos pela Portaria nº 14, de 9 de janeiro de 1996, da FUNAI³, e caracterizando a terra indígena a ser demarcada (Art. 2º, § 6º, do Decreto nº 1.775/96).

³ Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o Parágrafo 6º do Art. 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996.

Esse relatório deverá ser aprovado pelo titular da FUNAI no prazo de 15 dias, publicado um resumo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da respectiva Unidade Federativa, acompanhado de memorial descritivo e de mapa da área, devendo, ainda, ser afixada a publicação na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel (Art. 2º, § 7º, do Decreto nº 1.775/96).

O § 8º, Art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, elucida que, desde o início até no prazo de 90 dias a partir das publicações exigidas no § 7º, Art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, poderão se manifestar os Estados, os Municípios e os demais interessados, apresentando diretamente à FUNAI suas alegações devidamente comprovadas (títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas), com a finalidade de pleitear indenização em virtude da demarcação ou demonstrar vícios no relatório antropológico.

Surge, portanto, o respeito ao Art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que possibilita a ampla defesa e o contraditório mediante contestação de todo interessado, inclusive dos Entes Federativos (Estados e Municípios). Porém, discutem-se alguns pontos polêmicos sobre uma possível violação das garantias constitucionais acima apontadas, as quais serão analisadas com maior profundidade no próximo tópico.

Dando sequência às etapas do processo demarcatório, o § 9º, Art. 2º, do Decreto nº 1.775/96, estabelece que nos 60 dias subsequentes ao término do prazo de razões dos entes interessados (Estados e Municípios), a FUNAI elaborará pareceres sobre as razões de todos os interessados e encaminhará o procedimento ao Ministro da Justiça.

Recebido o relatório pelo Ministro da Justiça, a este será concedido o prazo de 30 dias nos quais poderão ser tomadas três decisões distintas, conforme preceitua o § 10º, Art. 2º, do Decreto nº 1.775/96. São elas: 1) declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar a sua demarcação; 2) prescrever as diligências que julgar necessárias, no prazo para cumprimento de 90 dias; 3) desaprovar, mediante decisão fundamentada, o relatório dos estudos (identificação) e consequentemente a demarcação, pela inexistência de qualquer das características enumeradas no § 1º do Art. 231 da CF.

Nas situações em que o Ministro da Justiça desaprovar o relatório estará encerrado o procedimento demarcatório de terra indígena e, por sua vez, quando determinar diligências a serem cumpridas, após a realização destas fará nova apreciação do relatório.

É evidente que o procedimento de demarcação somente perfaz seu curso natural nas situações em que o Ministro da Justiça expede Portaria declarando os limites da terra

indígena, determinando sua demarcação, hipótese em que se estará diante da fase de “declaração ou delimitação dos limites da TI”.

A declaração pelo Ministro da Justiça é considerada como o marco da regularização do procedimento, tratando-se da primeira chancela de uma Autoridade Pública Executiva determinando a área indígena.

Nos termos do Art. 4º, do Decreto nº 1.775/96, publicada a Portaria declarando os limites da TI, cabe à FUNAI proceder a fase de “Delimitação” realizando a demarcação física da área, ficando sob a responsabilidade do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), em procedimento paralelo, proceder o levantamento e a avaliação das benfeitorias existentes na área, bem como o reassentamento dos ocupantes.

Após o término da delimitação física, todo o procedimento administrativo (estudos, relatório, parecer do Ministro da Justiça e demais atos) deve ser submetido ao Presidente da República, que realizará a homologação da demarcação mediante Decreto, completando assim a fase de “Homologação” (Art. 5º do Decreto nº 1.775/96).

Finalizando o procedimento de demarcação, estabelece o Art. 6º do Decreto nº 1.775/96 que, em até 30 dias após a publicação do Decreto de homologação, a FUNAI deverá proceder ao registro no Cartório de Registros de Imóveis da comarca à qual pertence a terra indígena demarcada, bem como na Secretaria de Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda, concluindo a fase de “Registro”.

Salienta-se, ainda, que o registro da terra indígena, em que pese ser obrigação conferida a FUNAI, é feito em nome da União, pois, aos indígenas cabe apenas o usufruto da área que pertence à União, conforme elucida a Constituição Federal em seu Art. 231, § 2º.

Assim, após a concretização de todas as fases do procedimento administrativo e registro da área, estará regularizada a terra indígena.

Ao terminar esta parte, é importante lembrar que o Brasil é signatário de tratados internacionais, entre os quais os que dizem respeito aos povos indígenas. É sobre isso que o próximo tópico tratará.

3.4 A CONVENÇÃO N° 169, DA OIT

Em que pese não ter havido nos últimos anos inovações legislativas sobre os direitos dos indígenas, mais especificamente no que diz a respeito à reforma ou à criação de um novo **Estatuto do Índio**, a **Convenção n° 169** da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os povos indígenas e tribais (adotada em Genebra, em 27/06/1989), em 20 de junho de 2002, teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto **Legislativo n° 143** e, posteriormente, em 19 de abril de 2004, o **Decreto Presidencial n° 5.051**, do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, determinou que a Convenção “será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”.

Utilizando-se do resumo apresentado por Araújo *et al* (2006, p. 59), a Convenção, dentre outras coisas, estabelece

- A necessidade de adoção do conceito de povos indígenas no âmbito do direito interno.
- O princípio da autoidentificação como critério de determinação da condição de índio.
- O direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas.
- O direito de participação dos povos indígenas, pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e nos órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que os afetem.
- O direito dos povos indígenas de decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, da implementação e da avaliação dos planos e dos programas de desenvolvimento nacional e regional que os afetem diretamente.
- O direito dos povos indígenas de serem beneficiados pela distribuição de terras adicionais, quando as terras de que disponham sejam insuficientes para garantir-lhes o indispensável a uma existência digna ou para fazer frente a seu possível crescimento numérico.
- O direito a terem facilitadas a comunicação e a cooperação entre os povos indígenas através das fronteiras, inclusive por meio de acordos internacionais.

Como se vê, a Convenção é mais um instrumento que assegura diversos direitos aos indígenas e coloca deveres para o Estado.

3.5 A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Em 13 de setembro de 2007, a ONU aprovou a **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, no qual o Brasil somou-se aos 143 votos a favor, sendo 4 contrários e 11 abstenções (CAMPESTRINI, 2009).

Os advogados do Instituto Socioambiental (ISA), Fernando Mathias e Erika Yamada, citaram no Portal **Povos Indígenas no Brasil** (2016), ainda que em sinteticamente, os principais pontos da Declaração. São eles:

- Autodeterminação: os povos indígenas têm o direito de determinar livremente seu status político e perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, incluindo sistemas próprios de educação, saúde, financiamento e resolução de conflitos, entre outros. Este foi um dos principais pontos de discórdia entre os países; os contrários a ele alegavam que isso poderia levar à fundação de “nações” indígenas dentro de um território nacional.
- Direito ao consentimento livre, prévio e informado: da mesma forma que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração da ONU garante o direito de povos indígenas serem adequadamente consultados antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluindo obras de infra-estrutura, mineração ou uso de recursos hídricos.
- Direito a reparação pelo furto de suas propriedades: a declaração exige dos Estados nacionais que reparem os povos indígenas com relação a qualquer propriedade cultural, intelectual, religiosa ou espiritual subtraída sem consentimento prévio informado ou em violação a suas normas tradicionais. Isso pode incluir a restituição ou repatriação de objetos cerimoniais sagrados.
- Direito a manter suas culturas: esse direito inclui entre outros o direito de manter seus nomes tradicionais para lugares e pessoas e de entender e fazer-se entender em procedimentos políticos, administrativos ou judiciais inclusive através de tradução.
- Direito a comunicação: os povos indígenas têm direito de manter seus próprios meios de comunicação em suas línguas, bem como ter acesso a todos os meios de comunicação não-indígenas, garantindo que a programação da mídia pública incorpore e reflita a diversidade cultural dos povos indígenas.

Em crítica, Campestrini (2009) argumenta que tanto a Declaração quanto a Convenção da OIT não são éticos, pois apenas prescrevem direitos, enquanto deveriam ao menos estabelecer direitos para o Governo e os povos indígenas.

3.6 DOS ENTRAVES NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS (FASE ADMINISTRATIVA E FASE JUDICIAL)

O presente tópico pretende elencar os entraves que impossibilitam dar soluções pacíficas aos conflitos envolvendo as disputas de terras entre indígenas e proprietários rurais.

É fato que ainda em pleno século XXI não existe uma política pública voltada para a resolução desses conflitos, com o fito de se evitar a judicialização, ou caso já estejam no judiciário, buscar soluções que afastem o desgaste de ambas as partes.

Por razões didáticas seria melhor dividir os entraves em dois momentos. Primeiro aqueles ocorridos ainda na fase administrativa, ou seja, no início do procedimento instaurado pela FUNAI e depois (com maior profundidade) os entraves enfrentados no judiciário.

Todavia, como a discussão sobre a demarcação de terras indígenas sempre (ou na maioria das vezes) deságua no Poder Judiciário, pois, na visão de vários estudiosos, a exemplo de Rodinei Candeia, o procedimento do Decreto nº 1.775/96 viola princípios constitucionais e não existe concordância dos proprietários com diversas situações descobertas no início ou na conclusão do processo demarcatório, serão apontados a seguir os entraves de um modo geral, identificando-o no momento em que se foi suscitado.

Como já foi mencionado anteriormente, a iniciativa do procedimento demarcatório de terras indígenas fica a cargo do órgão federal incumbido da representação e da assistência dos índios, ou seja, a FUNAI.

A primeira problemática diz respeito a algumas supostas incoerências cometidas pela própria FUNAI, que no entendimento de alguns especialistas do direito não pode conduzir a demarcação somente à luz do Decreto nº 1.775/96, mas juntamente com as disposições do **Estatuto do Índio** (Lei nº 6.001/73) e, sobretudo, com a Constituição Federal. Candeia (2016) é um desses especialistas e explica que

A Lei 6.001/73 diferencia as áreas indígenas em quatro tipos: a) Terras Ocupadas - são aquelas com posse efetiva e permanente por índios que as habitam, independentemente de demarcação, definindo como bens inalienáveis da União. Essas são as terras a que se refere o *caput* do Art. 231, da CF; b) Áreas Reservadas - o Estatuto do Índio define que a União pode estabelecer áreas indígenas reservadas através de compra ou desapropriação. Não se confunde esse tipo com as de posse imemorial, tradicionalmente ocupadas. As áreas reservadas podem ser: b.1) reserva indígena – é o habitat com meios para subsistência; b.2) parque indígena – é área contida na posse de índios integrados e para preservação ambiental, como o Parque do Xingu;

b.3) colônia agrícola indígena – área para exploração agropecuária, administrada pela Funai, onde convivam índios aculturados e membros da comunidade nacional; c) Território federal indígena – entende-se que não foi recepcionado pela CF/88; d) Terras de domínio indígena – aquelas adquiridas na forma da lei civil. Equivale à propriedade civil comum.

Pelo entendimento do autor acima (2016), somente nas “terras ocupadas” poderia ser iniciado o processo demarcatório administrativo. Tendo em vista que tais terras pertencem à União, é ela quem poderia dividi-la ou modificá-la de acordo com o seu interesse. Qualquer atitude contrária a essa lógica colocaria em risco as propriedades com títulos válidos há séculos, bem como abriria margem para a União sair demarcando inúmeras áreas particulares unilateralmente.

Nessa linha, Alves (2005, p. 6), ao ser consultado pelos proprietários da Fazenda Remanso Guaçu, situada no Município de Japorã-MS, sobre o processo administrativo que visava ampliar os limites da terra indígena Porto Lindo, englobando as terras que compõem a referida fazenda, elaborou parecer no sentido de que

[...] a partir da promulgação da Constituição de 1988, só são terras indígenas as que nesse momento preenchessem os requisitos da ocupação tradicional por ela exigidos concomitantemente, independente de qualquer consideração sobre posse imemorial. Aliás, o próprio caput do Art. 231 é suficientemente claro a esse respeito, ao iludir as terras que os índios tradicionalmente OCUPAM (presente) - o que implica dizer: no momento de sua promulgação - e não que ocupavam ou tinham ocupado anteriormente. Assim, o passado se regulou pelas Constituições anteriores, ficando intangíveis as terras que, pelos critérios então por elas estabelecidos ou delas decorrentes, se reconheceram indígenas e, pois, desde a Constituição de 1967, de propriedade da União.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Alves (2005, p. 6), partindo de uma reflexão sobre a atual Constituição e as anteriores, ainda sobre a interpretação do termo “terras tradicionalmente ocupadas”, extrai três aspectos fundamentais. São eles:

O primeiro, que a Constituição garante aos indígenas a posse das terras que ocupassem (=ocupam) no momento de incidência da Lei Magna. Não as que tivessem ocupado no passado, seja remoto, seja próximo. As terras garantidas são não apenas aquelas em que os indígenas estavam localizados, ou em que habitavam, mas as que tradicionalmente ocupam. E o texto do § 1º esclarece o que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (v., infra § 1º). Terceiro, o advérbio tradicionalmente quer dizer que as terras indígenas ocupam devem ser interpretadas de acordo com as tradições (= cultura) destes. Não como ocupação concreta, diuturna (FERREIRA FILHO 1995, p. 117-18).

Como se vê, interpretar o Decreto isoladamente pode gerar inconformidades com a própria ordem jurídica, pois, como se viu, as terras tradicionalmente ocupadas, assim

definidas pelo **Estatuto do Índio** e pela **Constituição Federal de 1988**, são aquelas de ocupação no presente, ou seja, não deixou o Constituinte proteção à posse imemorial.

Outra polêmica, que sem dúvida é uma das mais discutidas quando se fala do procedimento demarcatório em fase administrativa, diz respeito a uma possível violação do contraditório e da ampla defesa de alguns interessados, conforme já foi mencionado anteriormente.

Essa é uma tese bastante levantada, pois, analisando-se as etapas do processo de demarcação iniciado pela FUNAI, constata-se este vício e faz com que os interessados busquem respaldo no judiciário para a anulação ou a paralisação da demarcação iniciada.

Para se compreender como o vício ocorre é necessário observar que o contraditório oferecido aos interessados, Estados e Municípios, tem sua ocorrência somente após o término dos estudos e da elaboração do relatório realizado exclusivamente pela FUNAI (Art. 2º, § 8º do Dec. nº 1.775/96). Entretanto, vale ressaltar que, atualmente, segundo a Portaria nº 2.498/2011, do Ministério da Justiça⁴, os Estados e os Municípios participam de todas as fases do procedimento administrativo para a demarcação, desde os estudos realizados pelo grupo técnico da FUNAI. A esse respeito, Carrasco (2013, p. 14) comenta que

A Portaria 2.498/2011 do Ministério da Justiça, emitida em novembro, estabeleceu a inserção dos estados e municípios nos estudos de demarcação de terras indígenas, em todas as suas etapas, acabando com o monopólio até então exercido pela FUNAI.

Permanece cerceado o direito a ampla defesa e ao contraditório dos demais interessados desde o início, ou seja, os particulares alheios aos Estados e aos Municípios.

Não se tem conhecimento de ao menos de um estudo ou relatório elaborado pelo grupo de técnicos da FUNAI que tenha sido revertido mediante o contraditório administrativo disponibilizado aos particulares, aos Estados e aos Municípios.

Sobre os laudos antropológicos que são o fundamento do relatório elaborado pela FUNAI, explica Campestrini (2009, p. 51) que

Embora despojados de qualquer caráter científico, unilaterais, inflamados às vezes, omissos quando as provas são contrárias, com o discurso subliminar de condenação do proprietário rural, tais laudos antropológicos (que, em verdade não são laudos, porque acalorados e mal fundamentados), constituem o documento vital para justificar a “retomada das terras”.

⁴ Essa Portaria foi editada após o precedente deixado pelo STF após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Petição no 3.388-4), mais especificamente pelo disposto na 19ª condicionante fixada pela Corte.

Por ser o laudo antropológico o principal documento a ser produzido no procedimento de demarcação, é indispensável que seja elaborado da forma mais imparcial possível, sob a pena de privilegiar uma parte em detrimento do interesse de outra. Em crítica, Borges (2014, p. 122) explica que

A questão da demarcação de terras indígenas que foi criada pela forma administrativa, nos permite observar que se inicia *ex luno latere*, ou seja, por ato administrativo do próprio Poder Público Federal. Este procedimento cujo início não notifica os terceiros atingidos da visita às glebas ocupadas, nos dá a entender que o Governo age como se fosse dono de tudo e também da verdade, porque usa do elemento surpresa que é repudiado pela Nossa Ordem Jurídica. Esta circunstância tem sido causa preponderante de grandes conflitos judiciais proliferando demandas em que quase todas as frentes que propõem demarcar áreas indígenas. Assim, como vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual impera a legalidade e a isonomia, o procedimento administrativo deveria por força dos direitos individuais, ser iniciado, desde logo, chamando todos os interessados para participar de estudos preparatórios, tal como procede o INCRA nas suas desapropriações de imóveis rurais, atendendo assim, as garantias constitucionais do *due process of law* e do contraditório previstas nos incisos LIV e LV do Art. 5º da CF/88, além de manter o equilíbrio inicial das partes.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o seu entendimento no sentido de que não há violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. POSSE INDÍGENA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A verificação da posse indígena em processo de demarcação de terras exige dilação probatória, o que não é admitido em sede de mandado de segurança. Precedente: MS 25.483/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/9/2007 . 2. O Art. 2º, § 8º, bem como o Art. 9º do Decreto nº 1.775/1996 asseguram a todos atingidos pelo procedimento demarcatório o direito de se manifestar até 90 (noventa) dias após a publicação, em meio oficial, do resumo do relatório técnico, podendo contestar todas as alegações apresentadas no procedimento demarcatório. 3. In casu, conforme teor da Portaria nº 298 do Ministério da Justiça, as agravantes contestaram as alegações levantadas, razão pela qual não há que se cogitar violação à ampla defesa. **4. Ademais, a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual o processo de demarcação de terras indígenas, tal como regulado pelo Decreto nº 1.775/1996, não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, de vez que garante aos interessados o direito de se manifestarem.** Precedentes: RMS 24.045, Min. Rel. Joaquim Barbosa, DJ 05/8/2005, MS 21.660, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 7/12/2006; MS 21.892, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29/8/2003. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RMS 27255 AgR, Relator(a):

Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015).⁵

A questão ainda é tormentosa para diversos operadores do direito, a exemplo de Antônio Moura Borges que, mesmo não concordando com o posicionamento citado acima, expõe que há violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa como mais um entrave ou pelo menos como medida protelatória no judiciário.

Seria razoável que a FUNAI, ao iniciar os trabalhos pelo grupo técnico designado, notificasse os proprietários das áreas objetos de tal estudo, sendo certo que não seria a solução dos questionamentos e nem dá para prever se haveria concordâncias dos proprietários se isso acontecesse, mas pelo menos se evitaria o levantamento demasiadamente dessa tese no judiciário, que se encontra superada no STF, como se vê da decisão citada.

Superada mais uma discussão, cabe agora tratar de outra problemática colocada no bojo das alegações levadas ao judiciário, que diz respeito à violação ao direito de propriedade, protegido pela Constituição Federal de 1988 e que já carrega um fardo histórico na legislação nacional.

O consagrado Art. 5º, da CF, ao tratar dos direitos e das garantias fundamentais, trata expressamente a inviolabilidade do direito de propriedade, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;⁶

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Para quem adquiriu uma propriedade de boa fé e possui títulos válidos há anos, é evidente que, ao se deparar com o seu direito “supostamente” sendo violado, desperta sem dúvida sentimentos de insatisfação e naturalmente busca a prestação jurisdicional como medida de justiça.

Do mesmo modo, muitas das terras que já estão na posse de particulares podem ao final serem consideradas como indígenas e impedir que a FUNAI realize seus estudos, somente por possuírem títulos válidos, seria também sobrepor o direito daquela comunidade tradicional de ver o seu direito garantido.

⁵ Destaque nosso.

⁶ Destaque nosso.

A crítica à violação ao direito de propriedade é ainda maior porque a União, através do órgão federal incumbido na representação e assistência dos índios (FUNAI), visa desconstituir-la por meio das previsões contidas no Decreto nº 1.775/96, ou seja, proprietários com títulos seculares podem ser compelidos a sair de suas terras.

Oportuno fazer referências mais uma vez às palavras de Candeia (2013, p. 2-3), que argumenta que

No regime constitucional e legal brasileiro não é possível que um ente público desconstitua propriedade privada através de ato meramente administrativo. O direito de propriedade foi uma conquista histórica dos direitos humanos, que substituiu o sistema de domínio do rei ou da Igreja, garantindo aos cidadãos a propriedade de suas casas e os direitos correlacionados, como a inviolabilidade do domicílio e a privacidade. Trata-se o direito de propriedade de fator estruturante do modelo de República brasileiro e como tal deve ser tratado, conforme estabelece a cláusula pétreia do Art. 5º da Constituição. Para resolver o problema de criação de outras áreas indígenas, deve a União constituir-las no segundo formato previsto na Lei 6.001/73, de áreas reservadas, adquirindo-as pelos meios jurídicos disponíveis, em especial a compra e a desapropriação.

Nota-se que do mesmo modo se deve pensar em garantir e preservar os direitos dos indígenas em retomar suas terras tradicionalmente ocupadas, também se deve pensar sobre uma mínima segurança jurídica para aquele que adquiriu sua propriedade de boa fé e pelos meios legais existentes. Nada obstante, provado ser essa ocupação indevida e que os indígenas foram expulsos desse território, o proprietário deve ser responsabilizado pelos meios previstos na legislação e sofrer todas as consequências necessárias pela própria retirada.

Passa-se agora ao estudo do último entrave que será colocado neste trabalho. Conforme se viu, o § 8º, Art. 2, do Decreto nº 1.775/96, estabelece que

[...] desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o Parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e os demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, **para o fim de pleitear indenização** ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.⁷

Demarcada a área como terra indígena, ou ainda em momento anterior, como foi visto, desde a apresentação do relatório circunstanciado à FUNAI, caracterizando a terra indígena a ser demarcada, não resta ao proprietário outra alternativa que não buscar o próprio direito à indenização ou demonstrar os vícios, totais ou parciais, do aludido relatório.

⁷ Destaque nosso.

Esses vícios podem ser erros ou equívocos na análise dos títulos dominiais, dos laudos periciais, dos pareceres, das declarações de testemunhas, das fotografias e dos mapas, bem como os próprios entraves acima apontados, quais sejam o da não concordância em relação ao que se entende por terras tradicionalmente ocupadas, o da violação ao contraditório e à ampla defesa e o da violação ao direito de propriedade, entre outros, que, a depender do caso concreto, serão levantados pelo patrono da causa. Caso não tenha nenhum desses vícios para ser alegado pelo proprietário, não lhe resta outra alternativa que não buscar o seu direito à indenização.

Como no passar dos anos a legislação não inovou no tocante aos pagamentos das indenizações, principalmente no que se refere ao valor a ser indenizado, isso sem dúvida atualmente é colocado como um dos maiores entraves ao processo de demarcação de terras indígenas, visto que gera um inconformismo sempre a ser discutido no Poder Judiciário.

Passa-se agora ao estudo de como se chega ao valor a ser pago a título de indenização ao proprietário da terra. A Constituição Federal de 1988, em Art. 231, § 6º, estabeleceu que:

[...] § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Nota-se que a Constituição de 1988, ao explicar o direito à indenização do proprietário de boa fé contra a União, limitou-se a estabelecer que o pagamento seria somente pelas benfeitorias. Ademais, deixou claro que o procedimento será segundo o que a lei complementar dispuser, ou seja, trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada e que deve o legislador editar norma que a discipline.

Até os dias atuais sequer existe lei específica que trate do tema, ficando a discussão sob as regras da Instrução Normativa nº 002, de 3 de fevereiro de 2012, da FUNAI, editada pelo presidente da época, Márcio Augusto Freitas de Meira, com a finalidade de baixar instruções para o pagamento de indenização pelas benfeitorias decorrentes da ocupação de boa-fé em terras indígenas, colocando-a como aplicação obrigatória, sob pena de responsabilidade.

No introito, a Instrução nº 002, de 3 de fevereiro de 2012, da FUNAI, traz em seu Art. 1º a confirmação de que “todo e qualquer processo ou expediente deflagrado visando ao recebimento de indenização por benfeitoria edificada ou implantada em terra indígena

decorrente da ocupação de boa-fé deverá seguir os critérios e o procedimento estabelecido nesta Instrução Normativa”, ou seja, fica claro que se exigeu a aplicação isolada deste instrumento.

Convém ressaltar que o presente tópico não abordará todas as previsões da Instrução, mas somente aquelas de maior importância e que possuam relevância para o presente estudo.

Consoante o Art. 4º, da Instrução nº 002/12, da FUNAI, a indenização será deliberada por uma Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias, presidida pelo Diretor de Proteção Territorial e composta pelos titulares da Coordenação Geral de Assuntos Fundiários, pela Coordenação Geral de Identificação e Delimitação, pela Coordenação Geral de Geoprocessamento e pela Coordenação Geral de Monitoramento da FUNAI.

A indenização será deliberada por essa comissão que “indicará o caráter da ocupação, bem como quais benfeitorias são passíveis de indenização, para posterior decisão da Presidência FUNAI” (Art. 3º).

Cumpre trazer a previsão do Art. 5º da Instrução Normativa nº 002/12, da FUNAI estabelecendo o que caracteriza ocupação de má fé, *in verbis*:

Art. 5º. Caracteriza a má-fé da ocupação, dentre outras situações:

I - a posse violenta, clandestina ou precária;

II - o ocupante sabia ou podia saber que se tratava de terra indígena e, ainda assim, apossou-se da área;

III - o ocupante prosseguiu na posse ou no esbulho da área, mesmo ciente, por qualquer modo, da irregularidade de sua ocupação;

IV - o ocupante tiver se apossado da área, ainda que mediante contrato de compra e venda, após a publicação da respectiva portaria declaratória da lavra do senhor Ministro da Justiça;

V - o ocupante já tiver sido beneficiado por programa oficial de assentamento;

VI - o ocupante exercer a posse de área de modo a causar a degradação ambiental ou restar caracterizada a exploração predatória dos recursos naturais ou ocupação improdutiva;

VII - a ocupação recair sobre imóvel titulado em nome de ente da Federação (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ou de suas respectivas entidades;

VIII - quando se tratar de terra indígena notoriamente conhecida.

Parágrafo único. O disposto no inciso VII não se aplica às terras devolutas.

O proprietário que estiver ocupando área em uma das formas acima terá a sua posse caracterizada de má fé, descabendo, portanto, qualquer direito à indenização.

Diversamente disso, aquele que estiver ocupando terra declarada como indígena de boa fé terá direito a indenização conforme os critérios fixados no Art. 7º da Instrução, a saber:

Art. 7º. A indenização de que trata esta Instrução Normativa é pautada pelos seguintes critérios:

I - apenas as benfeitorias úteis e as necessárias serão indenizadas, podendo o ocupante levantar as voluptuárias, desde que sem detimento da coisa;

II - a partir do momento em que a ocupação perder o caráter de boa-fé, não serão consideradas indenizáveis quaisquer benfeitorias implantadas, inclusive as necessárias, ainda que destinadas à conservação e à manutenção das demais benfeitorias indenizáveis, salvo as imprescindíveis para evitar a ruína de prédio urbano ou rural;

III - não serão considerados como benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor;

IV - as normas de limitação de uso da propriedade rural (reserva legal) serão consideradas, inclusive quando se tratarem de benfeitorias reprodutivas, tais como pastagens, plantios florestais e de frutíferas;

V - as benfeitorias, para as quais tenha sido necessária a supressão da vegetação nativa, somente serão passíveis de indenização se o ocupante tiver licença de desmatamento expedida pela autoridade competente, salvo se a autorização houver sido concedida em manifesta afronta à legislação ambiental, má-fé ou conluio;

VI - as benfeitorias implantadas ou edificadas em áreas de preservação permanente, conforme estabelecido na legislação federal, somente serão passíveis de indenização se respeitados os requisitos legais;

VII - as benfeitorias compensam-se com os danos causados pelo ocupante às terras indígenas ou às suas comunidades e ao meio ambiente da respectiva área.

Como se vê, o proprietário será indenizado apenas pelas benfeitorias úteis e as necessárias, podendo retirar as voluptuárias sem deteriorar a terra que até então ocupava.

As benfeitorias citadas no artigo acima são conceituadas pelo Código Civil, mais especificamente, no § 1º, do Art. 96, o qual estabelece que “são voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor”. Exemplificando, são obras realizadas com finalidade decorativa.

Na sequência, o § 2º do mesmo artigo prevê que se entende por benfeitorias úteis “as que aumentam ou facilitam o uso do bem”, por exemplo, a instalação de uma janela, a ampliação de uma varanda, ou seja, tudo que melhore a utilização do bem. Por fim, o § 3º aduz que as benfeitorias necessárias são “as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”, por exemplo, o conserto de um telhado com goteira ou a reparação da parte elétrica.

Em verdade, é justamente porque a indenização comprehende somente as benfeitorias que o conflito se prolonga. Afinal, o proprietário quer ser indenizado também pelo valor da terra nua. Nesse sentido confirma Campestrini (2009, p. 74) que

Um outro ponto, de inquestionável gravidade, é o fato de o governo federal não aceitar indenizar no justo valor a terra nua, pressupondo, equivocadamente, que a terra “retomada” já era dos índios. Admite pagar somente as benfeitorias. [...] Mais: a terra nua hoje tem valor inestimável, por razões econômicas e sociais. Já foi o tempo em que se trocava uma grande área por arma de fogo ou cavalo marchador.

É sabido que, por não haver acordo entre os proprietários e os indígenas, se instala uma verdadeira batalha no local, pois a comunidade passa a ocupar toda a área e alguns proprietários insistem em garantir sua posse no judiciário, resistindo a sair da terra.

Também há aqueles que, reconhecendo ser impossível a retirada dos indígenas por meio de ordem judicial, procuram evitar o conflito entendendo que é melhor deixar a propriedade para brigar no judiciário somente por uma indenização capaz de suprir todo o investimento feito na terra. A advogada e antropóloga Luana Ruiz Silva, posiciona no sentido que

Nenhum produtor rural é contra a demarcação de terras para indígenas, o que não podemos admitir é a garantia de um suposto direito territorial mediante o confisco de nossas propriedades. Enfrentamos um Governo Federal que quer nos roubar na mão grande e isso não podemos admitir. Aqueles que defendem a relativização do direito de propriedade rural, cuidado! Amanhã poderão relativizar seu direito de propriedade territorial urbano, propriedade do salário, propriedade da poupança. Ademais, se existe uma dívida com os índios, essa dívida é de todo cidadão brasileiro, e não de um ou outro produtor rural, como se os índios nunca houvessem perambulado a Praça da Sé ou a Baía de Guanabara (SILVA, 2014).

Superadas por ora as críticas sobre o não pagamento do valor da terra nua, passa-se ao estudo do procedimento para a indenização previsto no Art. 8º, da Instrução nº 002/12, da FUNAI, que se desdobra em 7 fases. São elas: vistoria das ocupações e das benfeitorias, avaliação, análise técnica preliminar, deliberação, recurso, julgamento e pagamento.

A vistoria das ocupações e das benfeitorias será realizada pela Diretoria de Proteção Territorial, com início após a portaria declaratória da terra indígena, lavrando-se um laudo que deverá constar a qualificação do titular da ocupação não indígena, o tempo de ocupação, a forma de aquisição da ocupação e a descrição detalhada de cada benfeitoria implantada com sua idade aparente (Art. 9º, Instrução nº 002/12, da FUNAI).

Do mesmo modo que será lavrado um laudo na primeira etapa (vistoria), também deverá ser elaborado um laudo de avaliação, de competência da Coordenação Geral de Assuntos Fundiários, arrolando as benfeitorias encontradas no momento da vistoria realizada *in loco* e os seus respectivos valores (Art. 10º, Instrução nº 002/12, da FUNAI).

Vale mencionar que a avaliação é feita de acordo com o valor de mercado atual e compreende, inclusive, as benfeitorias reprodutivas como pastagens e culturas florestais e frutíferas (Art. 11, Instrução nº 002/12, da FUNAI), de modo que, na impossibilidade de se aferir o valor de mercado, a avaliação da benfeitoria será calculada pelo método de reedição da benfeitoria (§ 1º, Art. 9º, Instrução nº 002/12, da FUNAI).

Acrescenta-se, ainda, que não poderá, para fins da avaliação, considerar eventual lucro cessante ou expectativa de valorização de qualquer que seja a benfeitoria passível de indenização (§ 2º, Art. 9º Instrução nº 002/12, da FUNAI).

A terceira fase consiste na “análise preliminar por técnico da Diretoria de Proteção Territorial, designado pela Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias, que elaborará relatório instruído com a documentação e as informações fornecidas pelos setores fundiário e antropológico da FUNAI, inclusive com os laudos de vistoria e de avaliação” (Art. 12, Instrução nº 002/12, da FUNAI).

A partir da finalização desse relatório, que deverá conter as disposições previstas no Art. 13, da Instrução nº 002/12, da FUNAI, o processo, devidamente instruído,

será submetido à deliberação da Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias que deverá definir o caráter da ocupação, determinar quais benfeitorias são passíveis de indenização, a partir dos critérios estabelecidos na Instrução Normativa, e propor a adoção de eventuais medidas complementares.

Concluída essa quarta etapa (deliberação), “a Diretoria de Proteção Territorial baixará Resolução com o extrato da decisão, a lista de nome dos interessados e as demais deliberações ou recomendações eventualmente determinadas” publicando-a no **“Diário Oficial da União”** e encaminhando às Prefeituras Municipais da situação do imóvel, por via postal, com a recomendação de ampla divulgação” (Art. 15 e 16, Instrução nº 002/12, da FUNAI).

A quinta etapa restringe-se à fase recursal, ou seja, “contra a deliberação da Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias caberá recurso administrativo, sem efeito suspensivo, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da Resolução no DOU”. Além disso, “cada recurso apresentado será autuado em autos apartados e encaminhado à Comissão, acompanhado de manifestação da área técnica, para a elaboração de parecer conclusivo que irá subsidiar o julgamento pela Presidência da FUNAI” (Arts. 18 e 19, Instrução nº 002/12, da FUNAI).

No tocante ao julgamento (sexta fase), “antes de ser submetido à consideração da Presidência da FUNAI, o procedimento deverá ser encaminhado à Procuradoria Federal

Especializada para manifestação jurídica conclusiva sobre a regularidade procedural e os eventuais recursos interpuestos” (Art. 20, da Instrução).

Mesmo com a manifestação da Procuradoria Federal, o Art. 21, da Instrução nº 002/12, da FUNAI, dispõe que:

a Presidência da FUNAI decidirá sobre a indenização das benfeitorias, inclusive eventuais recursos interpuestos, autorizando o seu pagamento ou devolvendo o procedimento à Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias para reavaliação dos valores ou outras diligências que julgar necessárias.

Por fim, após o julgamento ou não de eventual recurso interpuesto e aprovado o pagamento da indenização pela Presidência da FUNAI, a Diretoria de Proteção Territorial providenciará a notificação pessoal de cada ocupante para receber a indenização e deixar a área no prazo de 30 dias (Art. 22, da Instrução). Caso esse prazo não seja cumprido espontaneamente poderá ser solicitado inclusive o auxílio da Polícia Federal (§ 2º, Art. 22, da Instrução).

Em que pese não ser disciplinado por lei, como prevê a própria Constituição Federal de 1988, o procedimento criado pela FUNAI através da Portaria nº 002/2012 pode até ser bem detalhado, mas encontra resistência no que diz respeito ao não pagamento do valor da terra nua.

É evidente que atualmente esse é um dos maiores entraves quando se pensa em conflitos de terras envolvendo indígenas e proprietários rurais. Tanto é verdade que, enxergando essa dificuldade, o Poder Legislativo já propôs emendas à Constituição Federal de 1988 visando alterar o modo de se proceder a indenização dessas terras. Todavia esse processo caminha a passos lentos.

Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição nº 71, de 2011 (PEC), que só foi aprovada no Senado, em 8/9/2015, e encontra-se em análise na Câmara dos Deputados.

A PEC propõe alteração no § 6º, do Art. 231 da Constituição Federal de 1988, e acrescenta o Art. 67-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a finalidade de autorizar a indenização de possuidores de títulos dominiais relativos a terras declaradas como indígenas expedidos até o dia 5 de outubro de 1988. Da leitura da explicação da ementa entende-se com maior detalhe que a PEC:

Altera o § 6º do Art. 231 da CF/88 para declarar anulados e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante

interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar; acresce dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para determinar que a União indenizará os possuidores de títulos de domínio que os indiquem como proprietários de áreas declaradas tradicionalmente indígenas e que tenham sido regularmente expedidos pelo Poder Público até 5 de outubro de 1988, respondendo pelo valor da terra nua e pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas em boa-fé.

Essa data de 5 de outubro de 1988 é em respeito ao julgamento pelo STF da Petição nº 3.388 (Caso Raposa Serra do Sol), onde ficou fixado na decisão que a data da promulgação da Constituição de 1988 é o marco temporal para reconhecimento dos direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A PEC, que é de autoria do Senador Paulo Bauer, teve como justificativa que

É preciso, em síntese, conciliar os interesses em conflito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Se, por um aspecto, o constituinte originário procurou assegurar às comunidades indígenas a posse das terras indispensáveis ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, por outro estatuiu o *direito de propriedade*, a *segurança das relações jurídicas* e o *respeito ao ato jurídico perfeito* como pilares do Estado democrático de direito. Destarte, deve-se garantir aos possuidores de títulos de domínio regularmente expedidos até a data da promulgação da Carta de 1988 o direito de receber indenização pela terra nua e eventuais benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé.

Como se vê, de acordo com as justificativas pretendidas, um dos entraves apontados nesta pesquisa que seria o não pagamento de indenização pelo valor da terra nua seria superado. O dinheiro para esse pagamento será reservado pelo Poder Executivo, pois é este poder que efetivamente indeniza o proprietário. Caso ele não crie um planejamento de recursos para garantir o pagamento dessas indenizações, nada adiantará a atitude do Poder Legislativo e os proprietários resistirão em querer permanecer na sua propriedade, socorrendo-se do Poder Judiciário que acaba ficando com a responsabilidade de pacificar o conflito.

Nesse caso os magistrados passam à condição de legisladores, ao assumirem posturas inovadoras no sentido interpretar a legislação e aplicá-la ao caso concreto com a finalidade de promover a paz social e de fato realizar Justiça.

Não haverá fim do conflito entre indígenas e proprietários rurais se os três poderes não se articularem com o mesmo objetivo, que é o de conseguir a paz no campo e de promover a justiça, que nada mais é do que garantir a todos o que lhes é de direito.

Vale ressaltar, por fim, que diante da análise da questão indígena no ordenamento jurídico é possível constatar que, em sendo de fato aplicada todos esses direitos previstos na legislação nacional, certamente haverá uma convergência com a teoria do desenvolvimento

local, pois o que já está assegurado continuará garantindo a preservação de fatores históricos e culturais tanto dos indígenas quanto dos proprietários rurais, que são necessários para o desenvolvimento.

No próximo capítulo será realizado um estudo sobre o ativismo judicial e os limites enfrentados atualmente pelo Poder Judiciário nas demandadas envolvendo a demarcação de terras indígenas.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Diante do que foi exposto no capítulo anterior, constata-se que são inúmeros os entraves que impossibilitam dar celeridade à resolução dos conflitos envolvendo demarcação de terras indígenas no Brasil.

É evidente, portanto, que não basta os órgãos responsáveis demarcarem a terra como indígena se não desburocratizarem o seu procedimento e, principalmente, fornecer alternativas que satisfaçam o interesse e assegurem os direitos das partes envolvidas.

A morosidade dos Poderes Legislativo e Executivo faz com que a discussão sobre a demarcação de terras indígenas na maioria das vezes deságue no Poder Judiciário, exigindo que os magistrados pratiquem posturas criativas na busca de soluções inovadoras para a pacificação dos conflitos envolvendo indígenas e proprietários rurais.

Os tópicos a seguir têm por finalidade demonstrar que essas medidas, compreendidas pela doutrina especializada como judicialização da política ou ativismo judicial, em que pese para alguns podem ter caráter negativo, para outros elas na verdade buscam atender e valorizar fins constitucionalmente protegidos.

4.1 ORIGEM E CONCEITO DA LOCUÇÃO “ATIVISMO JUDICIAL”

A locução Ativismo Judicial teve sua origem no direito norte-americano, sendo empregada para qualificar a atuação da Suprema Corte nos idos de 1954 a 1956, à época presidida por Earl Warren, em razão de práticas revolucionárias na jurisprudência em matéria de direitos fundamentais⁸, sem a participação do Congresso ou a assinatura de Decreto presidencial (BARROSO, 2012).

⁸ Barroso (2012) traz, ainda, diversos exemplos que representaram essas atitudes da Corte. São elas: Amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973).

Em decorrência dessas atitudes da Corte, àqueles que faziam parte dos mais conservadores aproveitaram do momento para colocá-la em posição de desprestígio, por entenderem que praticava atos impróprios do Poder Judiciário (BARROSO, 2012).

Não obstante o termo ativismo judicial ter ganhado ascensão com a sua utilização no debate jurídico, a sua criação não vem da doutrina, tampouco da jurisprudência, mas sim através de um texto publicado em revista, conforme relata Kmiec *apud* Paula (2013) que

Arthur Schlesinger Jr., um jornalista, em artigo publicado na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, cuja temática se voltava à análise das alianças e divisões entre os juízes que compunham a Suprema Corte americana daquela época, caracterizou os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge como “ativistas judiciais”, em contraposição aos juízes Frankfurter, Jackson, e Burton, que quem rotulou como “campões da auto-contenção”. Quanto aos juízes restantes, Reed e o presidente Vinson, identificou-os como integrantes de um grupo moderado.

Em crítica, Branco (2013) relata que o autor não queria declinar alguma teoria do papel do judiciário, mas tinha por objetivo, na matéria, apenas expor antipatias e divergências de um juiz com outro, como forma de explicar os opostos nas questões decididas pela Suprema Corte Americana.

Devido ao fato de o ativismo judicial ter aparecido pela primeira vez em contexto midiático e por ser complexo definir com precisão quais são os seus fundamentos teóricos, muitos se valem do uso retórico para usar a expressão simplesmente como uma maneira de criticar ou de desaprovar atitudes do judiciário (PAULA, 2013).

Kermit Roosevelt III afirmou que “o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão” (ROOSEVELT III *apud* PAULA, 2013, p. 283).

Em verdade, na busca pela caracterização do ativismo judicial, é necessário que seja feita uma análise sob o ponto de vista de direito comparado, pois se para sua constatação é necessário perceber como o judiciário está exercendo sua função, então é preciso saber como ele se dá no exercício jurisdicional de cada sistema jurídico, ou seja, nos sistemas da *common law* (também chamado de *anglo-saxônico*) e da *civil law* (também chamado de *romano-germânico*). Se se partir de uma análise sob a ótica das fontes formais do direito, entendendo-se por um conjunto de atos normativos que obrigam o seu cumprimento por todos os sujeitos e o Poder Público, se excluiriam desse rol as decisões judiciais, com algumas exceções, quando se pensa no sistema da *civil law*. Por outro lado, se se pensar no da *common law*, a

jurisprudência é considerada como uma das principais fontes desse sistema (RAMOS, 2015). Ramos (2015, p. 109) explica, ainda, que

Se o ativismo, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido. Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.

O mesmo autor (2015, p. 110), argumenta já ter sido apontada essa proximidade por Kelsen em sua teoria pura do direito, aduzindo que “a função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando o tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes”. Em sua conclusão, Ramos (2015, p. 112) explica que

[...] resta compreensível porque nos sistemas da *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a intenção de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes vinculantes são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente, o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Dworkin, citado por Ramos (2015, p. 112), não aceita a expressão passivismo, pois na sua visão ela não retrata a prática constitucional estadunidense. Para ele a expressão é entendida como “a Teoria da Interpretação que propugna pela utilização prevalente do método gramatical, com a observância estrita do sentido haurido diretamente do texto constitucional”. Por fim, “como quer que seja, costuma-se usar o termo ativismo em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas” (BRANCO, 2013, p. 392).

Na pesquisa, devido ao fato de os magistrados em decorrência de uma deficiência na atividade legislativa e executiva precisarem inovar e buscar soluções que pacifiquem os casos envolvendo a demarcação de terras indígenas, aplicar-se-á a essas atitudes, ainda diferente de

sua função típica do Poder Judiciário, como maneira de alcançar fins constitucionalmente protegidos.

Vale dizer, ainda, que conforme será demonstrado mais adiante, em razão da instalação no Brasil de uma cultura de valorização dos precedentes por previsão expressa no CPC de 2015, os juízes poderão construir, cada vez mais, por meio de suas decisões, soluções alternativas para os casos envolvendo os conflitos de terras entre indígenas e proprietários rurais.

4.2. DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

É importante destacar a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, até porque a própria doutrina jurídica já separa essas duas ideias que são distintas para não serem compreendidas erroneamente como sinônimas.

O estudo pioneiro da judicialização foi feito por Tate e Vallinder (1997), classificando-a este último em dois processos distintos, sendo um a expansão das Cortes ou dos juízes em âmbito político, bem como a tomada de decisões para além da jurisdição apropriada (TATE, VALLINDER *apud* MEDEIROS, 2013, p. 530).

No Brasil, os pioneiros no debate foram Marcos Faro de Castro (1997) e Luís Werneck Vianna (1999), os quais indicaram, dentre diversos fatores

[...] a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia (Kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização (MEDEIROS, 2013, p. 530).

Sem dúvida, a traçar a diferença entre a judicialização da política e o ativismo judicial trata-se de uma definição tormentosa entre os especialistas do direito, pois são poucos os argumentos teóricos robustos encontrados na literatura para a sua diferenciação. Sobre a discussão, Streck (2016) explica que

[...] se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema

de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).

Na visão de Andreassa Junior (2015, p. 33), na judicialização da política essa decisão do Poder Judiciário intervém na solução de conflitos de ordem política, moral, científica ou social.

Em outras palavras, é uma transferência de poder para o judiciário, mitigando o já conferido tradicionalmente pelo ordenamento jurídico aos poderes Executivo e Legislativo, colocando, sem dúvida, o judiciário num cenário de expansão.

Em certo sentido, a judicialização da política constitui uma mudança de pensamento em sistemas jurídicos baseados na *civil law*, mas ele é mundial e alcança até mesmo os países que tradicionalmente carregam o modelo inglês (BARROSO, 2012, p. 366). Barroso (2012, p. 368) elenca causas de diversas naturezas para sua ocorrência, sendo que

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais existe desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas decisivos, como uniões homoafetivas, interrupções de gestação e demarcação de terras indígenas.

Vale dizer que no Brasil a ocorrência da judicialização toma proporções ainda maiores em razão do seu modelo de controle de constitucionalidade atual, o qual possui um rol de diversos legitimados⁹ com amplo acesso ao Supremo Tribunal por meio das ações direitas, para discutir temas de relevância política, social ou moral (BARROSO, 2012).

Santos (2016), aprofundando um pouco mais sobre o tema, já argumentava que a judicialização da política pode aparecer em duas vias, sendo

[...] uma, de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigadores e eventualmente julgados por actividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social

⁹ Esses legitimados estão previstos no Art. 103, da Constituição Federal, *in verbis*: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

destacada lhes confere; outra, de alta intensidade, quando parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente. No momento em que ocorre, não é fácil saber se um dado processo de judicialização da política é de baixa ou de alta intensidade. Só mais tarde, através do seu impacto no sistema político e judicial, é possível fazer tal determinação. Enquanto a judicialização de baixa intensidade retira a sua importância da notoriedade dos investigados, a de alta intensidade retira-a da natureza dos conflitos subterrâneos que afloram judicialmente. É, por isso, que só esta última tende a provocar convulsões sérias no sistema político.

O mesmo autor (2016) explicava ser difícil identificar se se estava diante de uma judicialização da política de baixa ou de alta intensidade e que independentemente de qual seria, o que se conduziria era a uma politização da justiça, a qual em sua visão

[...] consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força. É cedo para saber qual dos dois resultados prevalecerá, mas não restam dúvidas sobre qual o resultado que melhor servirá a credibilidade das instituições e a consolidação da nossa democracia: que o sistema judicial revele a sua força e não a sua fraqueza. Revelará a sua força se actuar celeremente, se mostrar ao país que, mesmo em situações de stress, consegue agir segundo os melhores critérios técnicos e as melhores práticas de prudência e consegue neutralizar quaisquer tentativas de pressão ou manipulação.

Há quem afirme que quanto a judicialização “é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro”, o ativismo “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p. 372). Nota-se, portanto, como bem diz Streck (2016), que se trata

[...] de um assunto em aberto. Muitos ácaros incrustados em milhares de autos de ações constitucionais, recursos extraordinários, agravos, agravinhos, embargos de declaração e infringentes (sim, nisso também pode haver ativismo, pois não?) ainda haverão de nos incomodar e nos causar alergias, até que tenhamos uma visão mais clara sobre a real dimensão do ativismo e da judicialização, que, efetivamente, não são coisas idênticas.

Por outro lado, há autores que sustentam haver um consenso no sentido de entender o ativismo como uma prática feita sem a participação ou a inércia dos demais poderes da federação e a judicialização como uma prática que surge a partir do interesse das instâncias políticas que, por não chegarem ao mesmo entendimento em determinados assuntos discutidos no parlamento, os leva para serem decididos pelo judiciário (PAULA, 2013).

No Brasil, a conclusão sobre como acontece a judicialização pode ser classificada em dois fatores, a saber:

[...] o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite as ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional (BARROSO, 2012, p. 367).

Trata a judicialização da política, portanto, de uma situação incontestável em razão do próprio desenho institucional vigente no ordenamento jurídico e não por uma simples opção do Poder Judiciário, pois se provocado pelos mecanismos existentes não há alternativa de se pronunciar ou não pela questão¹⁰ (BARROSO, 2012).

4.3. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

A ideia de “tripartição de poderes” teve como precursor de sua base teórica Aristóteles, ainda em sua obra intitulada **Política**, lançada na Antiguidade grega, na qual já havia enxergado a possibilidade de três funções distintas praticadas pelo poder soberano, sendo elas a criação de normas a serem obedecidas por todos, a função de aplicá-las em determinado caso concreto e a função de utilizá-las para o julgamento de conflitos. Todavia a sua contribuição foi somente com a ideia de divisão estatal, pois no momento histórico da época concentravam-se todas as funções em uma única pessoa, o soberano (LENZA, 2013).

Para Ramos (2015), ainda que se possa encontrar desde a Antiguidade elementos que compõem o núcleo essencial da separação dos poderes, foi apenas com as revoluções liberais do século XVIII que ficou conhecida a sua formulação, através da obra de Montesquieu: **O espírito das leis**.

Mais do que isso, em verdade “o princípio da separação dos poderes foi elaborado, como teoria política na obra de John Locke (1689) e no mesmo período, com parecidas ideias, nasce a obra de Montesquieu (1748)”. Para ambos, a separação dos poderes surge com a

¹⁰ Barroso (2012, p. 368) traz, ainda, vários exemplos de questões judicializadas de relevância política, social ou moral que foram ou estão sendo discutidas pelo STF. São elas: 1) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105-DF); 2) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367-DF); 3) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); 4) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS – caso Ellwanger); 5) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); 6) restrição do uso de algemas (HC 91.952-SP e súmula vinculante nº 11); 7) demarcação da reserva Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388-RR); 8) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); 9) vedação ao nepotismo (ADC 12-DF e Súmula 13); 10) não recepção da Lei de imprensa (ADPF 130-DF).

finalidade de garantir um governo moderado, distribuindo tarefas e controlando de maneira recíproca suas formas e expressão (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 37-6).

Mesmo que Aristóteles inicialmente tenha pensado na divisão de funções do Estado, foi John Locke o primeiro a formular uma teoria sobre a separação dos poderes que, em um primeiro momento, não contemplava o Judiciário, mas somente foi feita entre Legislativo e Executivo (NOVELINO, 2014).

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Lenza (2013, p. 514), já destacava que

[...] a divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz, a ‘separação de poderes’ – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights*. De fato, ‘a gloriosa revolução’ pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que a foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes. Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra de Montesquieu, *O espírito das Leis*, que o transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos.

Em relação à divisão clássica dos três poderes, a teoria de Montesquieu não está simplesmente no reconhecimento de três funções diferentes a serem exercidas pelo poder político do Estado, mas sim na previsão de três órgãos distintos, autônomos e independentes uns dos outros (BULOS, 2014).

Há quem argumente, como é o caso de Andreassa Junior (2015), que a teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu não se sustenta mais nos dias de hoje, tendo em vista que a sua elaboração tenha se dado sob um Estado absolutista e, em alguns casos, arbitrário. Nesse mesmo sentido, Bulos (2014, p. 497) explica que

[...] a teoria de Montesquieu em sua feição pura, não se amolda à realidade brasileira. Se, na época em que foi criada, as circunstâncias fáticas e históricas permitiam que as funções legislativa, executiva e judiciária lograssem aquele perfil forte, idealizado por Montesquieu, o mesmo não ocorre em nossos dias, onde medidas provisórias, mandados de injunção, ações de constitucionalidade por omissão e súmulas vinculantes sugerem contornos novos, os quais devem ser adequados à experiência constitucional de nosso tempo. Assim, o delicado equacionamento de forças entre Poderes, no Brasil, não poderá seguir, à risca, a proposta dos autores clássicos, notadamente Montesquieu. Para que o princípio da separação dos Poderes seja permanente e atual, é preciso que ele seja submetido a temperamentos e reajustes, levando em conta a realidade das constituições contemporâneas. Desse modo, torna-se possível redimensionar o critério tradicional que

propõe separar *in extremis*, as atividades legislativa, executiva e jurisdicional, sem, contudo, abandonar a sabedoria política do velho e bom Montesquieu, cujo, espírito arguto e inteligente soube elaborar uma fórmula que tomou conta do constitucionalismo ocidental, a partir do Século XVIII. Logo, não se pode abandonar a sua teoria, e sim adaptá-la às injunções de nosso tempo, pois, segundo o próprio Montesquieu, tudo estaria perdido se um só homem exercesse, simultaneamente o poder de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências individuais. Daí a sua célebre frase: “A experiência eterna ensina que todo homem que tem poder se vê impulsionado a abusar dele” (*De l'esprit de lois*, Livro IX, cap. 4).

Como se vê, é necessária a compreensão histórica do princípio da separação dos poderes para que se tenha uma ideia da tamanha evolução que ele passou e ainda vem passando nos dias atuais, notadamente quando se estuda o fenômeno do ativismo judicial.

Superadas essas noções propedêuticas sobre assunto, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 2º, consagrou o princípio da separação dos poderes ao prever que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Interpretando o texto constitucional, entende-se que “a independência entre eles tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes”, ao passo, que “a harmonia se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles” (NOVELINO, 2014, p. 358).

Sobre o sistema de freios e contrapesos, deve-se entender que se trata de “um convite para termos cuidado com o exercício absoluto e centralizador do poder político, não podemos negar que a separação de Poderes é um princípio relativamente aberto, sujeitando as variações e instabilidades dos ordenamentos constitucionais” (BULOS, 2014, p. 498).

É tamanha a importância conferida ao princípio da separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro que no texto constitucional o mesmo se encontra diante de uma cláusula pétrea (Art. 60, § 4º, III), ou seja, não pode ser retirado nem mesmo por meio de proposta de emenda constitucional.

Vale dizer que, não obstante as Constituições terem trazido a previsão de quais seriam os órgãos incumbidos do exercício do poder estatal, nem sempre deixaram expressamente qual seria a função competente de cada um em relação aos demais, ficando, assim, a cargo da doutrina (RAMOS, 2015).

Mesmo com a existência de uma função típica, em alguma situação haverá um compartilhamento entre os órgãos, evidentemente que de acordo com as disposições

constitucionais, mas é certo que sempre existirá um “núcleo essencial” da função que não poderá ser praticado por poder que não seja o competente (RAMOS, 2015, p. 118).

O tratamento do assunto aliado ao fenômeno do ativismo judicial é proposital na medida em que se exige fazer uma reflexão sobre determinadas posturas do judiciário, as quais acabam ou não por ultrapassar o seu limite ao tomar determinado posicionamento na decisão de um caso concreto. Não se trata de um exercício mais grosseiro de atividade de outro poder que aqui se refere, mas sim de uma descaracterização de uma função típica no Poder Judiciário sob o núcleo essencial de funções conferidas pela própria CF a outros poderes (RAMOS, 2015).

É necessário destacar que no mundo contemporâneo a sociedade exige cada vez mais que a prestação jurisdicional se aperfeiçoe para acompanhar uma necessidade de resposta imediata que todos os cidadãos cada vez mais almejam.

Trazendo a discussão para a problemática enfrentada na presente pesquisa, que são os conflitos sobre as terras entre indígenas e proprietários rurais, ambas as partes envolvidas não querem esse problema e quando se deparam com essa situação buscam respaldo no Poder Judiciário, como se ali fossem encontrar imediatamente a solução para esse *imbróglio*.

Em certo sentido os magistrados possuem uma limitação no que diz respeito à liberalidade que influencia no alcance de suas decisões e por essa razão os magistrados não podem querer conferir em determinados casos maior celeridade ou até mesmo serem extremamente inovadores em outros que na verdade surgem por uma inoperância dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), pois não inovam com mecanismos que diminuam as complexidades procedimentais e facilitem a prestação jurisdicional.

Essa postura não deve ser desprezada, mas deve ser analisada com muita cautela para não colocar em risco princípios fundamentais que carregam um fardo histórico e possuem um forte amadurecimento em nosso ordenamento jurídico, como é o caso de violação da separação dos poderes. Com isso, é preciso o Poder Judiciário para solucionar, ou pelo menos amenizar esses conflitos, e para se manifestar com posturas mais criativas e proativas, colocando para cada caso interpretações que valorizem e alcancem o verdadeiro sentimento de justiça para as partes envolvidas (indígenas e proprietários rurais), dando a cada parte o que lhe é de direito e chegando ao resultado que se pretende sem prejudicar nenhuma delas.

Esse cenário pode agradar a alguns que entendem que somente por técnicas de interpretação mais ousadas é que conseguirão atingir a finalidade pretendida pelo legislador, mas por outro lado também se encontram barreiras em diversas críticas.

Barroso (2012) elenca algumas dessas críticas, explicando que a primeira se trata de uma crítica político-ideológica, tendo em vista que em razão de os magistrados não serem eleitos pelo povo, sua investidura no cargo não teria a manifestação da vontade popular e com isso quando invalida ou impõe deveres aos demais poderes estão desempenhando papel inequivocamente político. Em segundo lugar, coloca-se uma crítica quanto à capacidade institucional, isto é, os três poderes devem interpretar a Constituição, pautando sua atuação em base a ela. Não é porque cabe ao judiciário dar a última palavra que a matéria será sempre decidida por um tribunal, haja vista que por exploração da doutrina em estudar limitações à ingerência judicial, coloca-se a ideia de “capacidade institucional” como aquela pela qual um poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em certa matéria. Em terceiro lugar, traz a crítica quanto à limitação do debate, pois como no mundo do direito existem categorias, discursos e métodos próprios, exige-se um certo domínio desse instrumental, fazendo com que somente pessoas com conhecimento técnico específico atuem, excluindo-se aquelas que não dominam a discussão jurídica. Explica, ainda, que não obstante existirem institutos como as audiências públicas, *amicus curiae* e, inclusive, a possibilidade de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil, o perigo é evidente na medida em que se produziria uma apatia nas forças sociais que esperariam por juízes providenciais. Ademais, transferir o debate público para o Poder Judiciário traria uma dose excessiva de politização dos tribunais, colocando o sentimento de paixões em um lugar que deve ser operado pela razão e, consequentemente, movimentando os processos judiciais por conteúdos midiáticos e não pela imprensa oficial, transformando-se a argumentação jurídica pela discussão movida por debates políticos contrários e concorrentes.

A finalidade desta reflexão sobre os conflitos envolvendo indígenas e proprietários rurais não é a de afirmar ou pelo menos supor que os magistrados estão violando o princípio da separação dos poderes ao pacificarem determinados conflitos com decisões inovadoras, mas sim de buscar um pensamento de que enquanto não houver manifestações dos poderes incumbidos de tratar da matéria, o judiciário precisará valorizar preceitos constitucionais e buscar em todo ordenamento jurídico previsões que assegurem o direito das partes envolvidas.

4.4 O ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A análise do fenômeno do ativismo judicial no presente tópico será realizada à luz do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que diz respeito a decisões que versam sobre matéria constitucional, ou seja, restringindo-se à aplicação da Constituição Federal de 1988.

O que se pretende é elencar algumas situações trazidas pela doutrina jurídica na qual se identificaram posturas ativistas e a partir delas refletir sobre se o Poder Judiciário ao tomar tal conduta está exercendo-a de maneira negativa, invadindo a atividade de outro Poder ou se na verdade está buscando a concretização de valores e de fins constitucionais.

O Poder Judiciário, na visão liberal, é entendido como um poder neutro, apolítico e por essa razão um Poder que, ao decidir determinado caso concreto deve estar pautado na lei, aplicando-a da forma mais fiel possível aos objetivos do legislador, visa positivar disposições de Direito Natural. Sucedeu que essa visão foi se modificando com o passar do tempo e desde o século XIX, com o fenômeno de crescimento do Estado, a lei deixou de ser um reflexo meramente de Direito Natural, passando a ser compreendida pela vontade de espelhar os desejos da maioria, manifestados por meio de representantes. Com isso, o conteúdo das leis passou a ser dotado de uma carga político-ideológica, já que manifesta a vontade da maioria, e assim os juízes começaram a deixar de serem entendidos somente como a “boca da lei”, passando a interpretá-las nos casos concretos com a finalidade de buscar o verdadeiro alcance da opção política (BRAUNER, 2013).

Mesmo que o fenômeno do ativismo judicial tenha ganhado em sua origem nos Estados Unidos conotação negativa, conforme assinala Barroso (2012, p. 371), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

É evidente, portanto, ainda sem fazer neste momento qualquer juízo de valor, que essa interferência nos demais poderes conceitua também o ativismo como uma atitude de “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional” (RAMOS, 2015, p. 141).

O ativismo judicial pode se dar desde o juízo de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal e por essa razão é que “é preciso situar a temática no contexto de determinado sistema

jurídico se quisermos avançar em relação ao estabelecimento de critérios que permitam a caracterização de tal conduta ou qual decisão com ativista" (RAMOS, 2015, p. 141).

Barroso (2012, p. 371-2) explica que no STF há diversos precedentes que demonstram posturas ativistas, manifestadas sob diversas linhas de decisão, como

[...] a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes a verticalização das coligações partidárias e a cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador - como no procedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município - como no de políticas públicas insuficientes, de que tem sido exemplo as decisões sobre direito a saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha a de criação do próprio direito

Streck (2016), em sua coluna no Portal Eletrônico **Consultor Jurídico**, resumiu sete teses sobre o tema trazidas por Thamy Pogrebinschi, em sua obra que trata do ativismo, da judicialização e da representação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. São elas:

- 1) Não é verdade que o STF tem uma atuação contramajoritária, isto porque é inexpressivo o número de decisões declarando a inconstitucionalidade, em todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional. 2) Ao contrário do que se diz, o STF reforça a vontade majoritária representada no Congresso Nacional, isto porque ele vem confirmando a constitucionalidade das leis e atos normativos em 86,68% das ADIs e ADPFs. 3) Não é verdade que o STF atua de forma ativista; portanto, não é verdadeiro dizer que ele colmata as supostas lacunas deixadas pelo Legislativo, uma vez que, para cada declaração de inconstitucionalidade, havia uma média de 11,75 projetos de lei tratando da mesma matéria específica em tramitação no Congresso, além de uma média de 2,6 leis tratando do mesmo tema discutido pelo pleno da corte. 4) Não há enfraquecimento do poder majoritário do Legislativo, uma vez que, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade, o Congresso propõe uma média de 6,85 projetos de lei versando sobre a mesma matéria. 5) Ao contrário do que se afirma, o STF fortalece a atuação do Legislativo, obrigando-o a legislar sobre determinadas matérias. O prazo médio de resposta do Legislativo foi de 16 meses, sendo que em 45,83% dos casos a resposta vem em menos de seis meses. 6) O comportamento do Supremo não se alia a nenhuma coalizão majoritária do Congresso, porque a relação entre ADPFs e ADIs reconhecidas é proporcional. 7) Por último: o STF tem se utilizado de recursos jurídicos para preservar ao máximo a palavra do Legislativo, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e a modulação de efeitos.

O mesmo autor (2016) em que pese ter feito elogios ao minucioso trabalho desenvolvido por Thamy Pogrebinschi, adverte os leitores explicando que

[...] há que dizer que o fato de o STF (ou o PJ *lato sensu*) declarar ou não declarar um ato normativo inconstitucional — e a pesquisa se fixou apenas nisso — não tem, necessariamente, relação com o ativismo/judicialização da política (ponho a barra porque a autora não distingue esses dois conceitos). O STF (ou outros tribunais) podem declarar a inconstitucionalidade de leis em alto índice e ainda assim, necessariamente, tal atitude não poderá ser epitetada como ativista/judiciopolítica. Se as leis forem inconstitucionais, é bom para a democracia — ou, diria, condição de possibilidade da democracia — que sejam assim declaradas. Ativismo ou judicialização não se capta a partir do código “constitucional-inconstitucional” e tampouco do código “ação deferida-ação indeferida”.

Nesse mesmo sentido, Ramos (2015, p. 143) é do parecer que

[...] não se deve restringir o exame do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativo, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado.

A tentativa de se construir critérios dogmáticos para selecionar decisões judiciais consideradas ativistas ou não passa pela análise da doutrina jurídica das “questões políticas” e isso tem servido como parâmetro trazido pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de distinguir o limite de atuação constitucional conferido ao judiciário daquilo que é proibido, sob pena de violação à separação dos poderes. Na Primeira República a teoria acabou ingressando na Constituição de 1934, em seu Art. 68, estabelecendo ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Essa previsão foi mantida sem alteração do texto na Constituição de 1937 (Art. 94), mas não permaneceu nos textos constitucionais posteriores (RAMOS, 2015).

Devido ao trabalho competente e persistente de Rui Barbosa junto ao Supremo Tribunal Federal, à época na condição de advogado, a importação da doutrina das questões políticas (*political question doctrine*), com a finalidade de não deixar alterar o seu verdadeiro sentido de teórico (RAMOS, 2015).

A teoria das questões políticas foi na verdade utilizada no interesse de estabelecer limites ao Poder Judiciário em sede de fiscalização de constitucionalidade, pautado em características baseadas no sistema de controle de padrão estadunidense (RAMOS, 2015).

Retornado para a discussão no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a postura do STF, Barroso (2016), às vésperas da publicação de sua nomeação no para o cargo de Ministro da Suprema Corte, concedeu uma entrevista mesmo Portal Eletrônico **Consultor Jurídico** já citado acima e

[...] afirmou que não existe “um surto de ativismo judicial” em curso no país. Segundo ele, a quantidade de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo é ínfima e, mesmo em casos emblemáticos, o tribunal tem como característica a deferência ao Congresso Nacional. “Por exemplo, no julgamento sobre a possibilidade de se fazer pesquisas com células-tronco embrionárias, o Supremo manteve a lei que foi editada pelo Congresso. Não há um padrão rotineiro de ingerência indevida”.

Em certo sentido esse perfil mais proativo dos magistrados não possui nenhum problema se a interpretação respeita o texto constitucional ou dela se extraia o melhor para o caso concreto.

Todavia o receio é o de que essas posturas mais progressistas, que são em verdade de parcela do judiciário, mesmo pretendendo valorizar princípios fundamentais, acabem proferindo “decisões judiciais com efeitos legislativos que resultam em usurpação do núcleo essencial de funções de órgãos de outros Poderes, em clara violação à separação dos poderes e à própria Constituição” (KUBOTA, 2015, p. 82).

Ferreira Filho, citado por Kubota (2015, p. 82), critica o ativismo judicial brasileiro por entender que ocorre erroneamente uma compressão entre os princípios e regras, ao passo que “a lei, sendo expressão da vontade popular, deve evidentemente prevalecer sobre a opinião, subjetiva, do magistrado”.

Em suma, após ter sido exposto no início o conceito e a origem do ativismo judicial, analisado sua diferença com o fenômeno da judicialização e sua relação com a separação dos poderes, colocaram-se algumas considerações neste tópico sob as maneiras que a doutrina vem enxergando essas posturas ativistas em nosso ordenamento jurídico.

É verdade que a doutrina não chegou a um consenso sobre o que seria de fato uma postura ativista, tampouco chegou a um consenso se elas prejudicam ou valorizam os preceitos constitucionais.

De qualquer forma, se essa postura for analisada sob a ótica da teoria do desenvolvimento local, a conduta de um magistrado proativo que, em razão da morosidade dos poderes Legislativo e Executivo, aplica para determinado caso uma solução alternativa, ainda que interfira na competência de um desses poderes, é certo que essa alternativa proposta deverá ser louvável se praticada com a finalidade de valorizar fins constitucionais para garantir a justiça, pois o direito é transversal ao DL e para qualquer projeto de DL deve ser garantida a justiça como forma de dar a cada um o que lhe é de direito. Assim, se o comportamento do Poder Judiciário cumprir com o verdadeiro sentido da justiça, mesmo que seja uma conduta ativista agiu o magistrado com acerto.

O próximo capítulo irá tratar dos precedentes judiciais à luz do Código de Processo Civil como alternativa para os entraves nas demarcações de terras indígenas, haja vista que com a inovação pelo novo diploma processual (Lei nº 13.105/2015), que irá valorizar os precedentes judiciais e determinar sua obediência, o Poder Judiciário poderá sem dúvida suprir as lacunas presentes na legislação por meio da formação de precedentes e com isso evitar a atribuição dessa criatividade como ativismo judicial.

5 OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA PARA OS ENTRAVES NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

O presente capítulo tem por finalidade estudar os precedentes judiciais à luz do direito comparado e notadamente do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a finalidade de utilizá-los como alternativa para os entraves na demarcação de terras indígenas, principalmente após vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), iniciada em 18 de março de 2016, que inaugura a obrigatoriedade do respeito aos precedentes judiciais.

É fato que por se tratar de algo extremamente novo dependerá ainda de amadurecimento da doutrina e de todos os operadores do direito para uma eficaz aplicabilidade, mas a inovação sobre a valorização dos precedentes é interessante e como se verá a seguir poderá contribuir para a pacificação dos conflitos envolvendo indígenas e proprietários rurais.

5.1 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO COMPARADO

Preliminarmente, para a compreensão dos precedentes judiciais é necessário estudar sua aplicabilidade no direito comparado, até porque somente assim poderão ser compreendidos os caminhos percorridos e as inspirações do direito brasileiro para instalação de uma cultura de valorização dos precedentes.

É certo que os precedentes judiciais são uma preocupação em todos os sistemas jurídicos do mundo, independentemente da divisão existente entre aqueles que fazem parte da família da *common law* ou da família *civil law* que, não obstante estar caminhando por uma nova forma de pensar no decorrer dos anos, já se sabe que não valoriza de maneira excessiva os precedentes (NOGUEIRA, 2013).

Essa divisão entre os diversos sistemas jurídicos presentes no mundo é colocada de forma agrupada para que se tenha uma melhor compreensão didática sobre a peculiaridade de cada sistema. René David, professor francês, citado por Nogueira (2013), fez o agrupamento do direito em três famílias, que consiste na forma mais clássica para diferenciar os ordenamentos presentes em vários países, sendo (1) a família romano-germânica, composta

pelos países cuja base de formação do direito advém do direito romano, (2) a *common law*, que compõe o direito da Inglaterra e Estados Unidos por ela influenciado e, por último, (3) e a dos direitos socialistas.

A referida classificação não é aceita por unanimidade na doutrina jurídica internacional, existindo críticas, como, por exemplo, a do Professor de Direito Comparado da Universidade de Glasgow, na Escócia, Esin Örücü, para quem não há acordo sobre o conceito de família e que “existem sistemas híbridos que não se amoldam a nenhuma classificação proposta, também chamado de *mixed jurisdictions*”. O autor explica, ainda, que por ser difícil afirmar esse grau de hibridismo em cada sistema jurídico, pode-se chegar a uma conclusão de que “não há realmente sistema puro no mundo jurídico e vários graus de hibridismo resultam de vários graus, níveis e camadas de cruzamento e entrelaçamento” (ÖRÜCÜ *apud* NOGUEIRA, 2013, p. 30).

H. Patrick Glenn, outro comparativista, citado por Streck e Abboud (2013, p. 16), partindo de uma classificação mais sofisticada, divide as diversas tradições jurídicas em sete categorias principais, a saber: “*chanonical legal tradition, talmudic legal tradition, civil law tradition, islamic legal tradition, common law tradition, hindu legal tradition e asian legal tradition*”¹¹.

Como quer que seja a classificação, o presente tópico, por sua vez, não irá esgotar a figura dos precedentes judiciais em todos os sistemas jurídicos espalhados pelo mundo, mas sim estudá-lo sob a ótica dos sistemas da *common law* e da *civil law*, encerrando no tópico seguinte analisando como esse fenômeno se encontra no ordenamento jurídico brasileiro. A formação da *common law*, que é baseada no respeito ao precedentes judiciais, segundo Nogueira (2013, p. 34-5),

[...] é derivada mais de princípios do que de regras (*rules*), e não consiste em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, mas sim em amplos e abrangentes princípios baseados na justiça, na razão e no senso comum, que foram determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudaram com a modificação dessas necessidades. Não se confunde com direito inglês, em que pese a história de ambos, sendo que aquilo que se conhece como direito inglês é o praticado na Inglaterra e no País de Gales. A *common law* é mais ampla e abrange países como a própria Inglaterra, os Estados Unidos (o que não é unânime, pois alguns sustentam que em terras norte-americanas se adota um sistema misto), e os membros da *Commonwealth*, que é a comunidade formada por países historicamente ligados ao Reino Unido (Inglaterra, Irlanda do Norte, Escócia – *civil law* – e País de Gales), que

¹¹ Tradição jurídica chantonical, tradição talmúdica legal, tradição direito civil, tradição jurídica islâmica, tradição do direito comum, hindu tradição jurídica e asiático tradição jurídica.

engloba, entre outros países, África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica e Nova Zelândia, mas não os Estados Unidos da América.

Em verdade, o direito inglês está presente na origem de quase todos os países de língua inglesa, pois exerceu forte influência sobre o direito de vários países que, em uma época de sua história, sofreram dominação britânica. Assim, como foi modelo para diversos direitos, é por ele que se inicia qualquer estudo sobre os direitos em países que pertencem à família da *common law* (DAVID *apud* NOGUEIRA, 2013).

Já no sistema jurídico da *civil law*, ou romano-germânico, que tem como principal característica a codificação, conforme observa Garapon e Papapoulus *apud* Nogueira (2013), a lei consiste em fonte primária do direito e a codificação aumenta a sua força, pois hierarquiza as suas disposições, reagrupando-as de forma coerente e racional. Mais do que uma coletânea de regras, os códigos devem fornecer aos cidadãos um material capaz de ser compreendido e ser para os juízes um guia pelo qual se perceba a intenção legisladora, mediante a disposição de princípios e de classificação das regras. Ou seja, só a lei forma o direito a partir do qual os juízes atuam como porta-voz de sua vontade.

Com isso, em razão do direito codificado possuir algumas aberturas interpretativas, constata-se na contemporaneidade que os juízes da *civil law* precisam cada vez mais exercer posturas criativas (DRUMMOND e CROCETTI, 2012).

E por ser o ordenamento jurídico brasileiro parte desse sistema, seria utópico afirmar que a legislação baseada nessa pretensão codificada consiga alcançar respostas para todos os problemas, fazendo com que, em alguns casos, o Judiciário se depare com situações sem lei que aplique ao caso concreto¹². Contudo a própria lei, pensando no cuidado com essas situações, estabelece que o juiz deve agir com base nos princípios gerais do direito, na ordem pública e nos bons costumes – Art. 126, do CPC/73 – (NOGUEIRA, 2013). Pensando nisso, Wambier (2016, p. 264), esclarece que

O juiz preenche conceitos vagos – e todos os conceitos são, de certo modo e em certa medida, vagos! Até quando diz que a palavra mãe, que consta no texto legal, abrange (ou não) a mãe adotiva. O juiz decide x ou y com base no princípio da necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana. E delimita situações, no mundo empírico, em que não teria sido cumprida a função social de um contrato. Justamente por isso é que, por que deve ser respeitada a igualdade de todos perante o direito, decisões de Tribunais Superiores devem ser respeitadas. Assim, se, de fato, estes “poros” que tem o direito permitem que o juiz exerça certa dose de liberdade para decidir um caso concreto, esta liberdade cessa quando os Tribunais Superiores firmam entendimento a respeito de como deva ser a decisão naquele caso: qual é a

¹² O mesmo autor (2013, p. 49) relata que essas situações são denominadas por Ronald Dworkin de *hard cases*.

tese jurídica a ser adotada para resolver aquela específica questão. Paradoxalmente, no entanto, justamente nestes campos, em que a lei está repleta de parâmetros flexíveis e em que os princípios jurídicos são mais relevantes, é que às vezes se chama de ativismo a liberdade que tem o juiz para decidir. É “tapar o sol com a peneira” dizer que o juiz não tem “liberdade” para decidir-se, por exemplo, em certo caso concreto, teria ou não sido desrespeitada, a função social que deve ter o contrato. Mas é relevante observar-se que essa liberdade não é DO JUIZ: é do judiciário. Aí entra a importância da jurisprudência uniforme: o judiciário interpreta a lei e esta interpretação há de valer para todos. Porque o direito há de ser o mesmo para todos.

Deveras, “somos um país da *civil law*, mas a partir do momento em que nossos ‘monumentos legislativos’ contêm omissões, e elas são supridas pelos nossos Tribunais, aproximamo-nos da *common law*” (NOGUEIRA, 2013, p. 51).

É possível perceber essa aproximação diante das constantes transformações sociais e tecnológicas a partir do século XX, ainda sensível, mostra uma maior atenção para as conformações que sejam mais adequadas às reclamações sociais (DRUMMOND e CROCETTI, 2012).

5.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A TEORIA DO *STARE DECISIS*

A literatura sobre a teoria do *stare decisis* é vasta, mas como não é o principal objeto de estudo do presente trabalho, este tópico buscará expor em linhas gerais somente os aspectos mais importantes para a compreensão do tema.

Conceitualmente, a terminologia *stare decisis* deriva do latim *stare decisis et non quieta movere*, que tem como significado, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido” (ODAHARA, 2012).

A teoria do *stare decisis* é uma das principais características que diferenciam a *common law* da tradição da *civil law*.

A formação da doutrina do precedente é anterior à do *stare decisis* e por essa razão não são sinônimas. Porém, como são pouco debatidas no ordenamento jurídico brasileiro, muitos acabam confundindo as duas expressões (STRECK e ABOUD, 2013).

Para alguns estudiosos do assunto, como Neil Duxbury, *stare decisis* e precedentes são termos quase análogos. Segundo esse autor o *stare decisis* “comporta o pensamento de que as decisões anteriores devem ser seguidas quando os mesmo pontos surgem novamente em

juízo”, obrigando que juízes da *common law* sigam os precedentes e, levando-se em conta que esses precedentes devem ser respeitados tanto horizontal quanto verticalmente. Essa concepção é seguida por outros autores como, por exemplo, Melvyn Aron Eisenberg (DUXBURY *apud* ODAHARA, 2012, p. 86).

Em sentido diverso, há estudiosos do tema explicando haver diferenças entre precedente e o *stare decisis*. Nesse sentido, Odahara (2012, p. 87) traz essa divergência defendida por Frederick Schauer, relatando que,

[...] tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões previas da mesma corte é referida como sendo *stare decisis* [...], e o termo mais abrangente *precedente* é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma corte superior. Desta feita o autor descreve dois tipos de precedente: o precedente *vertical* e o precedente *horizontal*. No primeiro, trata-se da expectativa de que “cortes inferiores sigam as decisões prévias de cortes superiores dentro de sua jurisdição”, sendo “essa relação de inferior para superior na ‘cadeia de comando’ comumente entendida vertical”. Neste, a obrigação é tomada entre a corte atual e a mesa corte no passado. A questão afeta ao precedente horizontal não trata de cortes superiores ou inferiores, mas de uma hierarquia artificial ou imposta do anterior para o posterior. A decisão prévia é superior não porque vem de uma corte superior; mas precisamente, decisão prévia se torna superior apenas por que é anterior.

É importante a compreensão de que o *stare decisis* vai além da regra de aplicação em casos idênticos. Essa seria uma visão muito simples de uma teoria altamente complexa, que mediante uma sistematização das decisões distingue a “elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum*, que consiste na argumentação utilizada pela corte, dispensáveis à decisão e, desse modo, não eram vinculantes” (STRECK e ABOUD, 2013, p. 36).

Streck e Abboud (2013, p. 41), valendo-se dos estudos de Berman, explicam que a doutrina dos precedentes

[...] não pode ser confundida com a estrita doutrina do *stare decisis*, que surgiu no século XIX, quando a apreciação de um determinado caso passou a ser tratada como obrigatória em um tribunal no julgamento de um caso semelhante mais tarde. A doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela almejava fazer com maior clareza a distinção entre a *holding* e a *dictum*. Entretanto, a doutrina dos precedentes estava mais vinculada ao costume dos juízes, e consistia em uma linha de casos em vez de apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante conforme admite o *stare decisis*.

Os mesmos autores (2013, p. 42) em conclusão sobre a trajetória histórica das teorias, aduzem que

Em síntese: a doutrina dos precedentes foi fundada na teoria científica do conhecimento exposto no século XVII por Robert Boyle, Isaac Newton e o jurista Matthew Hale. Tal teoria foi posteriormente desenvolvida no meio do século XVIII por David Hume. Após a teoria de Hume, a tradicional doutrina do precedente tratou a aplicação repetida do Judiciário para casos análogos suspensos anteriormente como a melhor prova de sua validade provável, assim como a confirmação repetida dos resultados de experimentos científicos por parte da comunidade de físicos e químicos é tratada como provável verdade de suas descobertas. Numa palavra, o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Antes disso, essa doutrina não se consolidou, em razão da inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões.

O Brasil não aderiu, como os Estados Unidos, à teoria do *stare decisis*, “cuja consequência prática é a de atribuir eficácia *erga omnes*¹³ às decisões da Suprema Corte em matéria constitucional” (ZAVASCKI, 2012, p. 27). Nogueira (2012, p. 177-8) explica que

A teoria do *stare decisis* preconiza, pois, o respeito ao precedente, vinculando o judiciário para casos futuros, porém sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*). É preciso, portanto, definir um precedente, premissa fundamental para que se saiba o que vai vincular a resolução de casos futuros.

O mesmo autor (2012, p. 182) acrescenta que na doutrina do *stare decisis*:

Dizer que um precedente vincula, na verdade, é dizer pouco. Um precedente pode ter páginas e mais páginas e muito pouco do seu conteúdo pode vincular os julgadores em casos futuros. Só se pode falar em adesão aos precedentes a partir do momento em que se separam duas partes fundamentais de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* (literalmente, razões de decidir) e a *obter dictum* (literalmente, dito para morrer). É costume afirmar que em uma decisão judicial apenas a *ratio decidendi* vincula, e não a *obter dictum*, ou *dicta*, no plural.

Melhor dizendo, “a força que carrega o precedente na teoria do *stare decisis* não deriva unicamente do dispositivo da decisão”, mas sim das razões que levaram a ela, isto é, sua *ratio decidendi* (SILVA, 2012, p. 299).

Já a *obter dictum* pode ser considerada como “tudo o que não está contido na *ratio decidendi*, ou seja, é qualquer conclusão a que chega o Tribunal, mas que não é essencial para o julgamento do caso concreto” (NOGUEIRA, 2013, p. 184).

Vale destacar que personalidades, como Rui Barbosa, já se pronunciavam a respeito, conforme relata Zavaski (2012, p. 29):

Vozes importantes se levantaram preconizando a eficácia *erga omnes* das decisões, ainda que tomadas em via incidental. O próprio Rui Barbosa,

¹³ Trata-se de uma expressão latina utilizada para indicar que um ato, lei ou decisão judicial possui efeito em relação a todos.

personagem destacado na formulação e implantação das instituições republicanas, defendeu, nos seus comentários à primeira Constituição da República, a adoção, entre nós, do *stare decisis*, quando a decisão da constitucionalidade tivesse partido do STF. Invocando o direito norte-americano, do qual, afinal, havíamos haurido nosso modelo, sustentou Rui que ante a sentença nulificativa o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, ‘a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais que versa’. Nem a legislação tentará contraria-lo, porquanto a regra do *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*; e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe. [...] Que ruinosas e destruidoras consequências não resultariam para logo se ficasse praticamente entendido que os vários poderes julgam e decidem cada qual independentemente a extensão da competência que a Constituição lhes atribui.

Não se podem esquecer as possíveis mudanças, como a de valores da sociedade em decorrência de sua evolução, da composição do tribunal que elaborou ou como a da própria lei que podem fazer com que o precedente fique ultrapassado, necessitando de mecanismo para ser superado.

Para que isso não ocorra no *stare decisis* é permitida a técnica da superação do precedente obrigatório ou *overruling*, isto é, “a possibilidade de superação do precedente toda vez que se constatar que sua aplicação sonegará a Justiça ao caso em julgamento por não mais se adequar às necessidades sociais e ao pensamento do que seja o Direito” (SILVA, 2012, p. 302).

Em linhas gerais foi exposto sobre a teoria do *stare decisis* como mecanismo de respeito aos precedentes e na sequência estuda-se uma nova realidade que inaugurada com a vigência do novo Código e Processo Civil, Lei nº 13.105, sancionada em 16 de março de 2015.

5.3 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Brasil não tinha em seu ordenamento jurídico a obrigatoriedade do respeito aos precedentes judiciais, mesmo sendo essa uma tendência legislativa construída nos últimos anos, seja com a criação das súmulas vinculante, seja com a aplicação de efeito vinculante em determinadas decisões judiciais, como, por exemplo, as proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Com a sanção de um novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105/2015, outras decisões judiciais proferidas por tribunais superiores deverão obrigatoriamente ser observadas, inaugurando, portanto, uma nova realidade sobre a obrigatoriedade dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

É bem verdade que hodiernamente “a lei está repleta de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais e a importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas”. Assim, a lei pura e simplesmente acaba por não garantir aos jurisdicionados tratamento totalmente igualitário, pois por passar pelo “filtro” dos tribunais, estes ao utilizarem da doutrina e outros elementos acabam por proferir decisões diferentes (WAMBIER, 2016, p. 263-4).

Nesse compasso, o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, sancionada em 16 de março de 2015, “promove a estruturação de um novo modelo dogmático para o dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes no Brasil” (NUNES e HORTA, 2015, p. 301).

O presente tópico tem por finalidade demonstrar como o sistema de valorização dos precedentes será desenvolvido no Brasil, ficando claro, inclusive, que algumas das técnicas já expostas anteriormente, ao tratar da teoria do *stare decisis*, estão por trás dos dispositivos legais que disciplinam o assunto, apresentando-se de “forma coerente e compromissada com um modelo de precedentes amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência, integridade e vinculação aos fatos da causa” (ZANETI JR, 2016, p. 343).

Essas técnicas são construções doutrinárias que foram “utilizadas pelo legislador para desenhar um modelo de precedentes para o direito de *civil law* ou ordenamentos híbridos, como o brasileiro, ou seja, um modelo de precedentes vinculantes por determinação legal” (ZANETI JR, 2016, p. 343).

A nova legislação disciplina a sistemática sobre os precedentes judiciais nos Artigos 926, 927 e 928, na parte especial, livro III, intitulado “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, título I, denominado “da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”¹⁴.

¹⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de

Não são somente esses dispositivos encontrados no novo Código que tratam da matéria. É importante ressaltar que existem outras previsões necessárias à aplicação dos precedentes que serão encontradas em outros artigos, os quais deverão ser todos eles aplicados harmonicamente. Zaneti Jr (2016, p. 344-6) em sua obra sintetiza que

[...] os principais artigos do CPC de 2015 que tratam de precedentes abordam os seguintes assuntos, ora elencados: a) contraditório, especialmente no que tange à *vedação de não surpresa*, prevista no Art.10; b) a fundamentação analítica adequada, ou seja, o controle da motivação da sentença mediante determinação de elementos, requisitos e efeitos da sentença, previstos no Art. 489, especialmente no § 1º, que refere expressamente aos precedentes, indicando dois elementos característicos das motivações judiciais por precedentes: primeiro, que os precedentes são aplicados de forma distinta das leis, exigindo a demonstração da *identidade de fundamentos determinantes* (unicidade da questão fático-jurídica, *ratio decidendi* ou *holding*, pela qual as circunstâncias de fato de um caso devem ser conectadas à solução jurídica dada), que deve ser visualizada entre o caso-precedente e o caso-actual, inclusive quando se trate de enunciados de súmula (Art. 489, § 1º, V, c/c Art. 926, § 2º); segundo, mas igualmente importante, a obrigatoriedade de motivar a decisão, quando deixar de aplicar precedentes ou enunciado de súmula invocados pela parte (demonstrando sua distinção com o caso em julgamento, ou a superação do entendimento afirmado pela parte, Art. 489, § 1º,VI); os próprios precedentes (Art. 926; Art. 927), pois o CPC traz uma extensa disciplina dos precedentes judiciais, determinando formalmente quais as decisões e orientações dos tribunais terão força vinculante (Art. 927, I a V), com tônica na racionalidade, que impõem aos tribunais a unidade de sua “jurisprudência” (*rectius*: precedentes), mantendo-a estável, íntegra e coerente. Por outro lado, o Art. 926, § 2º, marca a vedação de que o tribunal edite enunciado de súmula que não se atenha às *circunstâncias fáticas dos casos-precedentes*, ou seja, neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata e genérica, com força de lei, sem referência aos precedentes

súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no Art. 10 e no Art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

que levaram á sua conformação. Conforme se verá adiante no texto do CPC/2015, observa-se que o tema é tratado em conjunto em três dispositivos (arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI), que formam o núcleo do dogmático de precedentes brasileiro.

Em outra linha, há autores como Macedo (2015) argumentando que os Artigos 926, 927 e 928 pouco ou nada estabelecem sobre os precedentes. Na verdade eles têm como objeto a jurisprudência, mas não precedentes judiciais que a partir de agora será, inclusive, obrigatório aos tribunais publicarem seus precedentes, organizando-os por questão jurídica e realizando sua divulgação preferencialmente pela internet.

Nota-se que o CPC (Lei 13.105/2015) trouxe a previsão sobre os precedentes no livro denominado “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”. Todavia, segundo Macedo (2015), é importante destacar que podem ser criados precedentes ainda em primeira instância, ou seja, por decisões proferidas em cumprimentos de sentença ou procedimentos especiais. O mesmo autor (2015, p. 473) esclarece, ainda, que,

Nada obstante, a parcela do Código onde colocada a regulação dos precedentes não significa uma barreira intransponível, pelo contrário: trata de um pequeno problema facilmente contornável. Assim, como no CPC/73 aplicou-se comumente disposições sobre o procedimento comum aos demais, o mesmo há de ser feito quanto aos precedentes no CPC/2015. De fato, nada obstante os precedentes judiciais tenham sido tratados no título destinado ao Processo nos Tribunais, as normas relativas a estes dispositivos possuem aplicação para as decisões tomadas em qualquer que seja o procedimento. Além disso, não se pode olvidar que, de fato, os precedentes mais importantes são emanados dos tribunais, o que, de certa forma, acaba por justificar o lugar em que se encontra sua regulação.

Da leitura do Art. 926, observa-se que “o texto legal fala em ‘jurisprudência’ e não em ‘precedentes’. E, com toda razão, porque são coisas distintas”, de modo que se faz necessário “tirar lições do sistema de precedentes do *common law* para melhor compreensão do “sistema de vinculação jurisprudencial” (e não de precedentes) criado pelo CPC no Brasil” (STRECK e ABOUD, 2015, p. 176).

Por outro lado, ainda que não se trate da matéria de maneira ideal isso já é a porta de entrada para o *stare decisis*, sendo suficiente, somado ao princípio da segurança jurídica, bem como a um esforço interpretativo da doutrina e da jurisprudência, para a inauguração de um dever de seguir os precedentes (MACEDO, 2015).

Não obstante às observações (ou às críticas) iniciais que são necessárias, cabe fazer outras considerações sobre a interpretação do Art. 926, o qual estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Este dispositivo expressa uma preocupação que perdurou durante todo o processo de elaboração no Código, qual seja: a instabilidade da jurisprudência brasileira, que compromete profundamente a previsibilidade e segurança jurídica no ordenamento jurídico (WAMBIER *et al.*, 2015).

É necessário dizer que até no substitutivo da Câmara dos Deputados o artigo supracitado contava apenas com estabilidade da jurisprudência, sobrevindo uma emenda encabeçada pelo jurista Lenio Luiz Streck propondo que o NCPC¹⁵ exigisse também a integridade e a coerência da e na jurisprudência.¹⁶

Em síntese, Streck (2016), em sua coluna **Senso Incomum** no Portal Eletrônico **Consultor Jurídico**, explicou sobre a integridade e coerência, aduzindo que

[...] haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade.

Assim “o Art. 926 do NCPC funciona, portanto, como uma linha mestra para a formação, aplicação e desenvolvimento do direito jurisprudencial no Brasil, cujas técnicas de aplicação, de distinção e de superação devem partir das premissas nele estabelecidas – a estabilidade, a integridade e a coerência” (NUNES e HORTA, 2015, p. 326).

Embora o dispositivo faça referência somente a tribunal, é evidente que os magistrados de primeiro grau deverão se pautar pelas mesmas orientações, ou seja, proferindo decisões estáveis, coerentes e íntegras à luz do ordenamento jurídico, até porque é partindo de uma boa prestação jurisdicional em primeira instância que as matérias fáticas serão bem

¹⁵ Novo Código de Processo Civil.

¹⁶ Sobre a proposta e os argumentos que levaram a inclusão de integridade e coerência no Art. 926, vide: Streck, Lenio Luiz. Senso Incomum Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em 22.2.2016.

discutidas e servirão de substrato para o sentido a ser tomado pela jurisprudência (NUNES e HORTA, 2015).

Há, sem dúvida, uma mudança de paradigma que pretende abandonar “o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (precedentes vinculantes)”, com intuito de garantir maior racionalidade ao direito, bem como diminuir a discricionariedade do judicial e ativismo judicial subjetivista e decisionista (ZANETI JR, 2015, p. 409-10). O mesmo autor (2015, p. 420) explica que a

Jurisprudência persuasiva é o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas. Geralmente a jurisprudência persuasiva será de outro tribunal, até mesmo de outros países. A doutrina chama estas decisões exemplificativas de precedentes persuasivos. A eficácia dos precedentes, na tradição de *civil law*, seria apenas persuasiva, e não vinculante. Por isto a doutrina brasileira que afirma ser o Brasil um país de *civil law* não consegue compreender a força vinculante dos precedentes (em verdade, o Brasil não é um país de *civil law*, mas um país de tradição híbrida – *civil law* e *common law*). Na interpretação correta do novo CPC, precedentes normativos formalmente vinculantes são as decisões passadas (casos-precedentes) que tem eficácia normativa formalmente vinculante para os juízes e tribunais subsequentes (casos-futuros) e são de aplicação obrigatória, independentemente das boas razões da decisão. Não valem como meros exemplos, obrigam. Assim, precedentes normativos formalmente vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia, do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, por exemplo, serão as decisões do pleno STF, em matéria constitucional, e da Corte Especial do STJ, em matéria infraconstitucional. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não serão precedentes vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia e do Espírito Santo, sendo, válidas, apenas como argumentos, exemplos, ou seja, como Jurisprudência persuasiva.

O Art. 927, do CPC, estabelece um rol de precedentes obrigatórios, sendo as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade¹⁷, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais

¹⁷ O controle concentrado de constitucionalidade é aquele exercido exclusivamente pelo STF quando provocado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. As decisões proferidas pela Suprema Corte nessa modalidade de controle de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, em âmbito federal estadual e municipal.

estiverem vinculados. Em síntese, cada um dos precedentes com sua peculiaridade e procedimento de formação diferente.

O que antes era somente uma tentativa de construção da doutrina agora é realidade, não cabendo, inclusive, a dura crítica de um possível engessamento do Poder Judiciário, pois que conforme já mencionado alhures o sistema de precedentes brasileiro incorporou as técnicas de distinção e superação previstas no *stare decisis*, ou seja, “o próprio CPC/2015 engendrou mecanismos de superação das interpretações estabilizadas, possibilitando, assim, as mudanças necessárias para que o sistema seja atualizado” (CIMARDI, 2015. p. 322).

Deveras, não só o Poder Judiciário precisa se aprimorar para a concretização dessa inovação trazida pela nova legislação, mas também os demais operadores do direito na construção de uma nova forma de pensar, amadurecendo e evoluindo culturalmente para que os jurisdicionados se beneficiem desse modelo que se instala, com a finalidade de garantir uniformidade nas decisões judiciais, igualdade, previsibilidade e segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

5.4 O CASO RAPOSA SERRA DO SOL

O caso Raposa Serra do Sol de Roraima (Petição nº 3.388) debatido no Supremo Tribunal Federal é considerado dentre todas as demandas envolvendo demarcações de terras indígenas como o *leading case*¹⁸.

Trata-se de uma Ação Popular proposta pelo Senador da República, Augusto Affonso Botelho Neto, em 20.5.2005, pugnando pela declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, cuja homologação definindo os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, pelo Presidente da República, se deu em 15 de abril de 2005.

Foi 27 de agosto de 2008 o dia em que o caso foi levado a julgamento pelo plenário. Muito esperado e diferente da rotina diária do STF com poucas plateias, a Corte ficou com lotação máxima, com a presença de ilustres convidados, como os jornalistas, os advogados de todas as partes envolvidas e diversas lideranças indígenas de todo o país.

¹⁸ Trata-se de uma expressão em inglês que possui como significado, o caso que servirá para firmar o entendimento da jurisprudência, aquele que define regras importantes, o caso líder, aquele que serve para guiar os demais, dentre outras, no mesmo sentido.

Figura 1. Plenário do STF no dia do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol.



Fonte: www.migalhas.com.br

Para que se tenha uma ideia de tamanha lotação na Suprema Corte, foi necessário instalar um telão do lado de fora para aqueles que não conseguiram se acomodar nos assentos do plenário.

Figura 2. Área externa do STF no dia do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol.



Fonte: www.migalhas.com.br

Não era para menos, pois até sobrevoar a área em discussão, aterrissando na Aldeia Serra do Sol, localizada na região norte do Estado de Roraima, como uma medida de diligência judicial, o Ministro e Relator do caso, Carlos Ayres Britto, a Ministra Carmem Lúcia e o então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, assim o fizeram, com a finalidade de conhecer mais de perto a situação e de aprimorar o juízo de convencimento.

Iniciados os trabalhos pelo Presidente da Corte, após as sustentações orais dos advogados, vale destacar que foi a primeira vez que um indígena falou diretamente do púlpito

para os Ministros, pois Joênia Wapixana, advogada representando seu povo, de maneira emocionada expôs suas palavras.

Após todas as sustentações o relator do caso, Ministro Carlos Britto, proferiu o seu voto com duração de três horas, sendo totalmente favorável à demarcação.

Na sequência seria colhido o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, mas este, valendo-se da prerrogativa, pediu vistas para melhor analisar o caso, interrompendo o julgamento que teve seu retorno somente em dezembro de 2008.

Menezes Direito, último a ser empossado no Supremo apresentou voto parcialmente procedente, estabelecendo, portanto, 18 condicionantes que pretendiam conciliar os interesses dos indígenas, garantir a defesa nacional e preservar o meio ambiente, em casos envolvendo a demarcação de terras indígenas realizada pelo Poder Executivo. Em verdade, ao final foram editadas 19 ressalvas, que estariam sujeitas a alterações com a apresentação da redação do acordão pelo relator.

Ato contínuo, votaram favoravelmente pela demarcação a Ministra Carmem Lúcia, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cesar Pelluzzo, interrompendo-se, mais uma vez, o julgamento em razão do pedido de vistas formulado pelo Ministro Marco Aurélio Mello.

A retomada aos trabalhos se deu, em 18.4.2009, ano seguinte, com a leitura de seis horas do voto de Marco Aurélio Mello, totalmente divergente em relação aos demais ministros.

Quase no fim, Celso de Mello votou a favor da demarcação e, no dia seguinte, o então Presidente da Corte proferiu o seu voto a favor da demarcação e das ressalvas, criticadas, isoladamente, pelo Ministro Joaquim Barbosa, que entendia pela total improcedência da ação.

No mais, a maioria dos Ministros seguiu a linha do relator (Ministro Carlos Britto)¹⁹, complementando pelas condicionantes apresentadas pelo Ministro Menezes Direito²⁰.

¹⁹ Acesse na íntegra os votos em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>

²⁰ As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas terão os seguintes conteúdos: 1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o Art. 231 (Parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 – O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 – O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei. 4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 – O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação

É evidente que não convém trazer na íntegra todos os votos proferidos no caso, até porque são extensas 653 páginas que tomariam boa parte do trabalho aqui apresentado, mas no tópico a seguir serão disponibilizados alguns trechos da ementa.

Devido à profundidade que a questão da demarcação de terras indígenas foi debatida pela Suprema Corte nesse caso específico, juízes e até os próprios Ministros do Supremo se valeram, em algumas situações, do posicionamento definido no caso Raposa Serra do Sol, para decidirem sobre outros casos que versam sobre a mesma controvérsia.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29087²¹, reconhecendo não haver

de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 – As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no Art. 49, XVI, e 231, Parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

²¹ Notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal em 16.9.2014: **Turma aplica critérios de Raposa Serra do Sol e afasta posse de terra indígena em MS**: Por maioria de votos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29087, reconhecendo não haver posse indígena em relação a uma fazenda, em Mato Grosso do Sul, que havia sido declarada, pela União, como área de posse imemorial (permanente) da etnia guarani-kaiowá, integrando a Terra Indígena Guyraroká. A Turma aplicou nesta terça-feira (16) o entendimento firmado pelo Plenário do STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (PET 3388) e decidiu reformar acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu mandado de segurança com o qual o proprietário da fazenda buscava invalidar a declaração da área como terra indígena. **Marco temporal**: O julgamento do recurso foi concluído hoje com o voto do ministro Celso de Mello, que se alinhou à divergência aberta em sessões anteriores no sentido de manter o precedente do STF no julgamento da PET 3388, que tratou da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do

posse indígena em relação a uma fazenda em Mato Grosso do Sul, utilizando-se de critérios definidos no julgamento da petição 3.388, *in verbis*:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do Art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do Art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança. (RMS 29087, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014)²².

É fato que o entendimento sobre a obrigatoriedade na aplicação do caso Raposa Serra do Sol não era unânime, gerando um enorme debate sobre sua vinculação ou não, pois é

Sol, em Roraima. Segundo o ministro, naquela ocasião foi estabelecida a data da promulgação da Constituição Federal como marco temporal para análise de casos envolvendo ocupação indígena. “A proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios considerando-se, para efeitos dessa ocupação, a data em que foi promulgada a vigente Constituição. Vale dizer, terras por eles já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena”, disse. O relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Guyraroká, disse o ministro, indicou que a população indígena guarani-kaiowá residiu na área, objeto de disputa, até o início da década de 40. Deste modo, “há mais de 70 anos não existe comunidade indígena na área, portanto não há que se discutir o tema da posse indígena”, afirmou o ministro Celso de Mello. O ministro considerou ainda que o Plenário do STF, no julgamento da PET 3388, estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos às demarcações de terras indígenas. “Trata-se de orientações que não são apenas direcionadas àquele caso, mas a todos os processos sobre o mesmo tema”, consignou. O decano concluiu afirmando que se há necessidade comprovada de terras para acolher a população indígena, “impõe-se que a União, valendo-se da competência constitucional de que dispõe, formule uma declaração expropriatória”. **Votos:** O relator do RMS, ministro Ricardo Lewandowski, votou, no dia 24/6/2014, pelo desprovimento do recurso, por entender que o mandado de segurança não é o instrumento judicial adequado para discutir questão de tal complexidade. Abriu divergência o ministro Gilmar Mendes, que deu provimento ao recurso interposto pelo proprietário rural. A ministra Carmén Lúcia, na sessão do dia 9/9/2014, seguiu a divergência aberta pelo ministro Gilmar Mendes. A Segunda Turma decidiu suspender o julgamento para aguardar voto do ministro Celso de Mello, proferido na sessão de hoje, e o ministro Teori Zavascki se declarou impedido. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=275291>. Acesso em 25.2.2016.

²² Destaque nosso.

sabido que somente as súmulas vinculantes e os julgamentos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é que vinculam.

Há ainda a possibilidade de ser atribuído o efeito em relação a todos nos casos que o Supremo realiza o controle difuso de constitucionalidade. Em regra, as decisões proferidas nessa modalidade possui efeitos *inter partes*, mas após a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto pelo STF, o Senado poderá suspender no todo ou em parte a lei declarada inconstitucional, nos termos do Art. 52, X, da CF, adquirindo, a partir desse momento efeito *erga omnes*.

Mesmo que não existissem as hipóteses elencadas acima, pela lógica instalada no ordenamento jurídico brasileiro e pelo fato de o STF ser o guardião da Constituição e ser ele o incumbido de dar a última palavra sobre questões constitucionais é que suas decisões merecem ser seguidas.

É evidente que na estruturação do Poder Judiciário existe uma hierarquia, podendo ser notada pela sua própria formação lógica, de sorte que em “um sistema que celebra o duplo grau de jurisdição e prevê uma ampla gama de recursos não pode funcionar adequadamente sem um senso de respeito à hierarquia, sem considerar a lógica detrás da sobreposição de instâncias recursais” (SILVA, 2013, p. 289-90).

A própria Constituição, em seu Art. 102, estabelece que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição”. Assim, percebe-se com clareza o papel de destaque que a Suprema Corte exerce quando se trata de jurisdição constitucional. Nessa toada, Zavaski (2012, p. 16) explica que o Supremo Tribunal Federal

[...] ocupa, assim, a posição mais importante no sistema de tutela de constitucionalidade dos comportamentos. Suas decisões, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Em que pese a legislação ter definido e haver consenso na doutrina sobre as decisões proferidas pelo STF que possuem caráter vinculantes, o entendimento sobre a obrigatoriedade ou da aplicação do Caso Raposa Serra do Sol não era unânime e sim tormentoso dentre os operadores do direito.

Sobre o assunto, o Ministro Luiz Roberto Barroso, em 23.10.2014, como relator dos embargos de declaração²³ interpostos contra o caso Raposa Serra do Sol, manifestou acerca da vinculação ou não do julgamento da Petição nº 3.388, conforme se vê da ementa a seguir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL.

1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubstinentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, Art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões. (Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014).²⁴

Agora, com a instalação de uma cultura para a valorização dos precedentes inserida no Novo Código de Processo Civil, esta pesquisa demonstrará no tópico subsequente que as razões que levaram à decisão do caso em questão servirão para solucionar inúmeros casos presentes no território brasileiro.

Essa postura certamente fará com que o Poder Judiciário confira aos seus jurisdicionados, sejam eles indígenas ou proprietários rurais, maior previsibilidade e

²³ Para maiores detalhes sobre o que foi enfrentado na decisão dos embargos de declaração, acesse a notícia publicada no site do STF que traz em resumo os tópicos mais relevantes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251738>.

²⁴ Destaque nosso.

efetividade a princípios constitucionais como o da supremacia da constituição, isonomia, segurança jurídica, economia e celeridade processual.

5.5 UM PRECEDENTE: O CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Conforme mencionado, o Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015 e vigente a partir do dia 18 de março de 2016, traz expressamente em seu bojo a obrigatoriedade no que diz respeito aos precedentes judiciais.

Utilizando-se dessa técnica inaugurada com a nova legislação processual, o presente tópico mostrará que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no caso Raposa Serra do Sol, já considerada, entre os operadores do direito que de todas as demandas envolvendo demarcações de terras indígenas, o grande *leading case*, servirá como alternativa para a solução de diversos entraves ocorridos nos processos demarcatórios e que perduram por anos no judiciário brasileiro.

É certo que alguns magistrados, mesmo tendo ciência de que decisão não era vinculante, já aplicavam em alguns casos que discutiam a mesma problemática, até porque, como o próprio Ministro Barroso afirmou no julgamento dos Embargos de Declaração do caso, “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões” (Pet 3388 ED, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, Acórdão Eletrônico DJe-023 Divulg 03-02-2014 Public 04-02-2014).

Conforme se verá, agora a aplicação do caso Raposa Serra do Sol como precedente que é, deve ser interpretada como leciona Didier Jr (2015, p. 441), “em sentido lato, como a decisão tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Sendo assim, na solução das demandas envolvendo demarcação de terras indígenas, o julgamento do caso Raposa Serra do Sol deixará de ser opção do juiz e passará a ser obrigatório. Afinal, da leitura dos votos constata-se que o caso foi debatido com tanta profundidade, tendo esgotado quase todas as discussões que giram em torno dos conflitos que envolvem indígenas e proprietários rurais.

Convém, agora, fazer alguns apontamentos sobre a composição de um precedente trazida por Didier Jr (2015, p. 441-2), citando a lição de Cruz e Tucci ao explicar que “todo precedente é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasaram a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*)²⁵ do provimento decisório”. Acrescenta o autor, ainda, que compõe o precedente a argumentação jurídica e, em que pese comumente se refiram à eficácia obrigatória ou persuasiva de um modo geral, o entendimento deve ser o de que esse caráter obrigatório ou persuasivo advém, em verdade, de apenas um dos elementos que compõem o precedente, ou seja, a *ratio decidendi*.

O núcleo essencial dos precedentes obrigatórios no CPC encontra-se presente nos Artigos 926, 927 e 489, § 1º, incisos V e VI. Desses artigos se extraem algumas premissas que são fundamentais para a aplicação do modelo no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que algumas delas, como já foi informando, são inspiradas na teoria do *stare decisis*.

A *ratio decidendi* ou *holding*²⁶, no CPC pode ser identificado da leitura do Art. 489, em seu Parágrafo § 1º, prevendo que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que”, *inciso* V, “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus “fundamentos determinantes” nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”²⁷.

Como se vê, o código “impõe aos julgadores, no elaborarem as súmulas, a referência aos fundamentos de fato que justifiquem a sua edição, conjugando o princípio de direito estabelecido como regra jurídica com as circunstâncias de fato, os *material facts* ou fatos relevantes, que formam a base contextual da decisão (Art. 926, § 2º)” (ZANETI JR, 2016, p. 351).

Caso se identifique, então, que o fundamento determinante da decisão consiste em sua *ratio decidendi*, então “tudo aquilo que não for essencial a decisão, que não constitui fundamentos determinantes, será a *obter dictum*, portanto, sem feito vinculante” (ZANETI JR, 2016, p. 351).

²⁵ *Ratio decidendi* e *holding* são expressões sinônimas. Enquanto a *ratio decidendi* é mais utilizada entre os ingleses, a expressão *holding* é mais utilizada pelos norte-americanos.

²⁶ Destaque nosso.

²⁷ Segundo o enunciado 319, do Fórum permanente de processualistas civis, realizado em Vitória, nos dias 1, 2 e 3 de março 2015 (Art. 927) “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante” (Grupo: Precedentes).

Essa compreensão é importante, pois, ao se analisar o caso Raposa Serra do Sol, o que irá ser vinculante, evidentemente será a sua *ratio decidendi* e não a *obter dictum* do caso, ou seja, argumentos colocados no bojo da decisão, conhecidos como ditos para morrer, pois não servem para vincular em casos futuros.

Em que pese a conclusão do Tribunal, nada impede que, em outro caso envolvendo a mesma discussão (demarcação de terras indígenas), o Tribunal julgue pela não demarcação, até porque, como mencionado, o que vincula no precedente não é a conclusão específica daquele caso em concreto, mas sim as razões que levaram aquele Tribunal a proferir a decisão (*ratio decidendi ou holding*).

Exemplificando, no caso Raposa Serra do Sol, o STF decidiu, dentre outras coisas, sobre o marco para se caracterizar quando a terra será considerada tradicionalmente ocupada por indígenas, como se extrai do trecho a seguir da ementa:

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parelha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do Art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não

uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

Considerando em determinado caso concreto que o proprietário esteja na posse de sua fazenda desde 5 de outubro de 1988 e posteriormente a essa data alguns indígenas passaram a buscar a retomada daquela área, sob o argumento de serem elas terras tradicionalmente ocupadas, o proprietário ao ver a sua posse sendo turbada ou esbulhada, certamente procurará o Poder Judiciário que, poderá seguramente, a partir dessa nova concepção de respeito aos precedentes trazida pelo CPC, determinar a manutenção ou reintegração do proprietário na posse do imóvel, com base no marco temporal já definido pelo STF ao decidir o caso Raposa Serra do Sol, pois se trata de um dos fundamentos determinantes do caso e, portanto, deve vincular.

É evidente que a mesma situação pode acontecer ao contrário, ou seja, os indígenas poderão pleitear a manutenção ou a reintegração da posse de terras que considerem tradicionalmente ocupadas, valendo-se do marco temporal fixado pelo Supremo.

Nota-se que isso será polêmico para todos que defendiam a posse imemorial, mas o que se pretende é utilizar-se dessa técnica para garantir primeiro a igualdade entre indígenas e proprietários rurais e, sobretudo, trazer segurança jurídica para essas demandas.

Há, ainda, que se dizer de outras premissas presentes no código que merecem atenção, a saber, a chamada "vinculação vertical", ou seja, aquela que obriga os juízes e tribunais a obedecerem às decisões dos tribunais a que estiverem vinculados, conforme se percebe do Art. 927, inciso V e, também a chamada "vinculação horizontal", que é aquela cujo significado consiste no tribunal respeitar os seus próprios precedentes, até como medida de concretizar a disposição do Art. 926, *caput*.

Destaca-se também a adoção dos critérios de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) dos precedentes pelo CPC.

Em relação ao *distinguishing*, este pode ser identificado da leitura do Art. 489, em seu § 1º, prevendo que "não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela

interlocutória, sentença ou acórdão, que”, inciso VI, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Nota-se que o legislador previu “a possibilidade de afastamento/distinção entre o caso-actual e o caso-precedente atribuída a todos os juízes ou tribunais, por força da inafastabilidade de novas circunstâncias fáticas (particularidades de cada caso)” (ZANETI JR, 2016, p. 355).

Quanto à superação (*overruling*) dos precedentes, o novo *códex*, também assegura essa possibilidade, nos termos Art. 489, § 1º, inciso VI, já transcrito acima, bem como pela leitura do Art. 927, §§ 2º e 4º²⁸. Essa previsão é importante, pois afasta as críticas quanto a um possível engessamento do Poder Judiciário, haja vista que deixa clara a possibilidade de os precedentes serem passíveis de mudanças, por exemplo, evolução da própria sociedade em relação a determinado assunto. Por fim, conforme assinala Zaneti Jr (2016, p. 355)

[...] percebe-se desde as normas fundamentais (Art. 8º) que o CPC/2015 respeita os princípios da legalidade e da separação dos poderes, ou seja, a lei somente será afastada quando inconstitucional (arts. 948 a 950), sendo o papel dos precedentes um papel de integração na visão de tarefas entre o legislador, a doutrina e os juízes. Tanto é assim que a existência de nova lei, válida substancial e formalmente, determina o afastamento do precedente.²⁹
[...] Estas menções diretas aos precedentes no CPC/2015 permitem compreender a importância que o tema dos precedentes tem no presente momento e terá no futuro próximo do desenvolvimento do direito brasileiro.

Assim, como se não bastasse a regra geral acerca dos precedentes prevista no *caput* do Art. 926, colocando que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, com a previsão expressa no inciso V, do Art. 927, estabelecendo que os juízes e os tribunais observarão “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, ficou, portanto, nítido a vinculação do Caso Raposa Serra do Sol por ter sido um julgamento proferido pelo pleno da Suprema Corte.

Após essa excursão sobre os precedentes judiciais e sua vinculação, é preciso apresentar a relação entre o direito e o desenvolvimento local e como ele pode ser aplicado no

²⁸ Art. 927, §§ 2º e 4º, do NCPC: § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

²⁹ Vale observar o enunciado 324, do Fórum permanente de processualistas civis, realizado em Vitória, nos dias 1, 2 e 3 de março 2015. (Art. 927) “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto” (Grupo: Precedentes).

caso da demarcação de terras para os indígenas e para a garantia dos direitos dos proprietários rurais. É sobre isso que tratará o tópico a seguir.

5.6 QUADRO: CONVERGÊNCIAS ENTRE A TEORIA DO DESENVOLVIMENTO LOCAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

O quadro a seguir é fruto de uma pesquisa desenvolvida por Oliveira, Sambuichi e Silva (2013) e tem como finalidade no presente tópico ser adaptado para uma análise de convergência entre os indicadores da teoria do desenvolvimento local com os objetivos da teoria dos precedentes judiciais.

Indicadores	Desenvolvimento local	Objetivo dos Precedentes Judiciais
1. Capacidades-Competências-Habilidades	Características básicas dos indivíduos que promovem mudanças na dinâmica desenvolvimentista.	Desenvolver habilidades para o futuro no sentido de conferir previsibilidade aos jurisdicionados.
2. Colaboração de agentes externos	Dependência inicial dos agentes externos para colaborar no processo de desenvolvimento.	Criação e formação dos precedentes pelo Poder Judiciário (Agente externo), solucionando os entraves na demarcação de terras indígenas.
3. Protagonismo individual e coletivo	A teoria do DL aborda a importância da capacidade individual e coletiva do indivíduo ou da comunidade para desabrochar estratégias de desenvolvimento.	Os precedentes são formados através dos fatos levados pelos envolvidos ao Poder Judiciário. Sendo assim, indígenas e proprietários rurais por meio de seus representantes levariam ao judiciário de acordo com suas capacidades individuais e coletivas ou de suas comunidades, estratégias de desenvolvimento, com vistas a formarem o precedente que solucione os entraves gerados em razão da morosidade pelo

		Poder Legislativo e Judiciário na solução dos conflitos de terras indígenas.
4. Perspectiva de construção social	A dinâmica da construção social é a principal contribuição de um desenvolvimento com características endógenas.	Como os precedentes são formados por meio dos fatos levados pelos envolvidos ao Judiciário, certamente que por essas características endógenas os indígenas e proprietários rurais caminharão para uma melhor construção social, até porque teriam garantido nesse projeto de desenvolvimento a justiça, ou seja, dando a cada um o que lhe é de direito, bem como a garantia de isonomia, previsibilidade, segurança jurídica e maior celeridade processual.
5. Fatores históricos e culturais	Os traços culturais e históricos de uma comunidade, região, cidade ou país são determinantes para o desenvolvimento.	Os traços culturais e históricos não serão abolidos, até porque a intenção é valorizar e manter a cultura do indígena e do proprietário rural. O que será instalado na verdade são fundamentos determinantes que conferirão previsibilidade e segurança jurídica aos envolvidos, por exemplo, valendo do Caso Raposa Serra do Sol, já temos fixado o marco temporal para consideração de terra tradicionalmente

		ocupada, que é aquele cuja a posse deve ser anterior pelos indígenas a data de 5 de outubro de 1988.
--	--	--

Fonte: OLIVEIRA, SAMBUICHI e SILVA (2013). Adaptado

Como se vê, fazendo um cotejo entre os indicadores da teoria do desenvolvimento local com a teoria dos precedentes judiciais, constata-se que são convergentes e podem caminhar juntos na busca do objetivo proposto pela pesquisa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou apontar a existência de uma antinomia entre o significado da terra para o agronegócio e o significado da terra para as comunidades tradicionais, até porque se assim não fosse sequer existiriam conflitos entre os proprietários rurais e indígenas pela demarcação de suas terras no território brasileiro.

Isso ocorre porque enquanto o agronegócio está preocupado sempre em auferir vantagem econômica, aumentar a produtividade e, consequentemente, impulsionar a comercialização dos seus produtos com o objetivo de lucro, os indígenas quando tratam da terra, se referem a ela como “mãe terra” e por essa razão a enxergam como forma de preservação histórica, cultural e manutenção de sobrevivência de seu povo.

É bem verdade que o problema envolvendo as terras indígenas teve início ainda nos idos de 1500, quando os portugueses, ao integrarem no território brasileiro, não asseguraram completamente aos indígenas os direitos de posse das suas terras. Em que pese tenha havido algumas conquistas, é certo que os primeiros ocupantes e donos naturais não tiveram o amparo legal suficiente.

Paralelo a isso deve ser levado em consideração que do mesmo modo que o ordenamento jurídico em sua evolução se preocupou em assegurar aos povos autóctones o seu direito à terra e à preservação cultural, os particulares também tiveram assegurados e preservados os seus direitos.

Tanto é que de todas as Constituições Federais, a de 1988 foi a que revolucionou as garantias dos povos indígenas, reconhecendo-os como detentores originários das terras que tradicionalmente ocuparam e colocando-os como sujeitos de direitos especiais, bem como garantiu aos demais cidadãos o direito de propriedade e deixou expressa a inviolabilidade à propriedade privada.

Mas isso não basta. Justamente por ter o ordenamento jurídico brasileiro assegurado constitucionalmente direitos a ambos os envolvidos é que surgem vários entraves que impossibilitam dar celeridade à resolução desses conflitos, culminando, portanto, no Poder Judiciário, que se encontra limitado para decidir em razão da morosidade dos poderes Executivo e Legislativo, no que diz respeito a desburocratização e inovação legislativa para a demarcação de terras indígenas.

Devido a esse fato, alguns magistrados acabam exercendo uma postura proativa com a finalidade de buscar a pacificação desses conflitos de uma maneira mais célere e afeita à justiça, tendo em vista a inexistência, lacuna ou interpretações distintas sobre a legislação vigente.

Por essa razão, apresentam-se os precedentes judiciais como alternativa para os entraves na demarcação de terras indígenas, valendo-se da previsão para sua construção prevista no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Começando pela regra geral prevista no artigo 926, do CPC, no sistema e no processo de elaboração dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro os tribunais deverão manter a sua jurisprudência estável, integra e coerente.

Mais do que isso, a novel legislação já deixa de imediato em seu artigo 927, inciso V, do CPC, a possibilidade de os juízes se valerem de um dos casos mais emblemáticos envolvendo demarcação de terras indígena já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol, considerada entre os operadores do direito entre todas as demandas envolvendo demarcações de terras indígenas o grande *leading case*, vista a partir de agora como precedente obrigatório e, consequentemente, servindo como alternativa para a solução de diversos entraves ocorridos nos processos demarcatórios e que fazem vários processos perdurarem por anos no judiciário brasileiro.

O CPC deixou claro em seu Art. 927, inciso V, que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Sendo assim, em que pese o caso supracitado se tratar de uma ação popular e não gozar naturalmente de efeito vinculante, pela leitura do dispositivo mencionado, como foi decidido pelo Pleno do STF, deve ser observado obrigatoriamente não só pelas turmas da Corte, mas por todo o Poder Judiciário.

Não há razão lógica para que uma decisão tomada pelo Pleno da Suprema Corte deixe de vincular o próprio tribunal e demais órgãos judiciais, pois é evidente que existe uma hierarquia no Poder Judiciário e, sendo o STF o guardião da Constituição, maior ainda é a razão para as suas decisões serem respeitadas independentemente da natureza da ação.

As leis não foram criadas para atender isoladamente a cada pessoa ou a determinado grupo, mas sim toda a coletividade, de modo que não respeitando a decisão tomada pelo Pleno do STF, estaria afrontando o princípio da isonomia tão almejado pela Carta Magna.

Deve-se reconhecer que os jurisdicionados buscam cada vez mais segurança jurídica, clamando por estabilidade na aplicação das leis, principalmente para se garantir o mesmo tratamento a soluções idênticas, conferir uma estabilidade e previsibilidade nos julgamentos. Essa é lógica e objetivo de se valorizar os precedentes judiciais.

Utilizando como exemplo o caso Raposa Serra do Sol, o STF decidiu, dentre outras coisas, que o marco temporal para se caracterizar quando a terra será considerada tradicionalmente ocupada por indígena é a data de promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, 5 de outubro de 1988.

Assim, se o proprietário estiver na posse de sua fazenda desde 5 de outubro de 1988 e somente posteriormente a essa data alguns indígenas começaram o processo de retomada daquela área, sob o argumento de serem elas terras tradicionalmente ocupadas, o proprietário, ao ver sua posse sendo turbada ou esbulhada, procurará o Poder Judiciário que, seguramente, a partir dessa nova concepção de respeito aos precedentes trazida pelo CPC, determinará a manutenção ou reintegração do proprietário na posse do imóvel, com base no marco temporal já definido pelo STF no caso em comento.

A mesma situação pode acontecer ao contrário, ou seja, os indígenas poderão pleitear a manutenção ou reintegração na posse de terras que considerem tradicionalmente ocupadas, valendo-se do marco temporal fixado pelo Supremo.

Nota-se que independentemente da existência de uma PEC propondo alterações no texto constitucional para fixação de um marco temporal, o STF que é o guardião da Constituição e incumbido de dar a última palavra sobre ela, já o fez em julgamento pelo Pleno que a partir de agora é considerado pelo Código de Processo Civil como precedente obrigatório.

A proposta da pesquisa é pragmática, é baseada e pensada na ideia de se concretizar nesses casos o verdadeiro sentido de justiça, dando a cada um o que lhe é direito, pois se o Brasil não priorizar em todas as situações a segurança jurídica, não há como se ter um verdadeiro Estado democrático de direito.

É fato que o precedente “Raposa Serra do Sol” não é o fim, não esgota e não soluciona todos os entraves existentes na demarcação de terras indígenas como, por exemplo, a questão da indenização do valor da terra, entre outros entraves.

Por essa razão vale destacar, ainda, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto no Art. 927, inciso III e regulamentado nos artigos 976 a 987,

ambos do CPC. Essa previsão poderá ser suscitada quando houver repetição de processos cuja controvérsia trata-se da mesma questão de direito e houver risco a isonomia e segurança jurídica.

Com isso, a tese firmada pelo Tribunal nesse julgamento será aplicável a todos os processos individuais ou coletivos que tratam da mesma matéria de direito, bem como aos casos futuros, ou seja, outros entraves poderão ser solucionados por meio do IRDR.

O que se deve deixar claro é que a partir de agora, mesmo que algumas questões dependam de ser tratadas por uma PEC ou por um projeto de lei, que não se sabe o tempo de sua tramitação, o judiciário poderá suprir essas lacunas da legislação e a morosidade dos poderes Executivo e Legislativo por meio da criação de seus precedentes, com a finalidade de melhorar e promover a justiça e, consequentemente alavancar o desenvolvimento local dos envolvidos.

Destaca-se, ainda, que a teoria do desenvolvimento local converge com a teoria dos precedentes judiciais, pois os precedentes judiciais são capazes de desenvolver habilidades para o futuro no sentido de conferir previsibilidade aos indígenas e proprietários rurais. Do mesmo modo, para a criação dos precedentes utiliza-se da contribuição de agentes externos, fazendo com que os indígenas e os proprietários rurais, por meio de seus representantes, levem ao judiciário suas intenções de acordo com suas capacidades individuais e coletivas ou de suas comunidades.

Além disso, os precedentes são capazes de promover estratégias de desenvolvimento, com vistas a formarem o precedente que solucione os entraves gerados em razão da morosidade pelo poder Legislativo e do poder Executivo na solução dos conflitos que incidem sobre as terras indígenas, pois pelas características endógenas de ambos os envolvidos, todos caminharão para uma melhor construção social.

Por fim, como o objetivo dos precedentes está a garantia da isonomia, da previsibilidade, da segurança jurídica e da celeridade processual, os traços culturais e históricos de uma comunidade, da região, da cidade ou do país, que são determinantes para o desenvolvimento não serão abolidos, pois a intenção é valorizar e manter a cultura do indígena e do proprietário rural, uma vez que o que se coloca nesse projeto de desenvolvimento é a busca pela justiça, dando a cada um o que lhe é de direito.

REFERÊNCIAS

- _____ **Constituição Federal de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 12.01.2016.
- _____ **Decreto n.º 1.175/1996.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em 12.01.2016.
- _____ **Decreto n.º 5.051/2004.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 12.01.2016.
- _____ **Lei n° 6.001/1973.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 12.01.2016.
- ALVES, José Carlos Moreira. Parecer elaborado em 16 de maio de 2005, Brasília-DF.
- AMADO, Luiz Henrique Eloy. **Poké'ixa úti O Território Indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento Local.** Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local). Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2013.
- ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário.** Curitiba: Juruá, 2015.
- ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”: o direito à diferença.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.
- ARAÚJO, Massilon J. **Fundamentos de Agronegócio.** 2ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas S.A, 2007.
- ÁVILA, Vicente Fideles. **Pressupostos para Formação Educacional em Desenvolvimento Local.** Interações. Revista Internacional de Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco. Vol. 1, N. 1, Set. 2000.
- ÁVILA. Vicente Fideles de. **Educação escolar e desenvolvimento local: relato de estudo em grupo e análise de conceitos.** Campo Grande: Editora UCDB, 2000;
- BARBOSA, Marco Antonio. **Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do Indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos Indígenas.** Revista Eletrônica História em Reflexão: Vol. 1 n. 2 – UFGD - Dourados Jul/Dez 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática,** 2010. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 24.1.2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência,** 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Palavra de ministro ‘Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos’.** Publicado em 7 de junho de 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/intervista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 9.2.2016.
- BORGES, Antônio Moura. **Terras Indígenas e seus conflitos atuais.** Campo Grande: Contemplar, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – O ativismo Judicial in As novas faces do ativismo judicial.** Organização: André Luiz Fernandes Fellet e outros. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 387-401.

BRAUBER, Arcônio. **O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida in As novas faces do ativismo judicial.** Organização: André Luiz Fernandes Fellet e outros. Editora JusPodivm, 2013, p. 597-624.

BUARQUE, S. C. **Construindo desenvolvimento local sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADERNO DE ESTATÍSTICAS DO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO, 2009. Disponível em: www.iica.org.br/docs/publicacoes/agronegocio/cadernoestatisticas_03-2009.pdf. Acesso em 7.1.2016.

CAMPESTRINI, Hildebrando. **Mato Grosso do Sul – Conflitos étnicos e fundiários.** Campo Grande, 2009.

CANDEIA, Rodinei. **Há solução jurídica para a demarcação de áreas indígenas.** Revista Consultor Jurídico, 4 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-04/rodinei-candeia-solucao-juridica-demarcacao-areas-indigenas>. Acessado em 14.1.2016.

CARRASCO, Lorenzo. **Quem manipula os povos indígenas contra o desenvolvimento do Brasil: um olhar nos porões do Conselho Mundial de Igrejas.** 2. ed. Editora Capadex, Rio de Janeiro, 2013.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro.** Coleção Liebman. Coordenação Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul: e as resistências do bem viver por uma terra sem maus (dados 2003-2010). Mato Grosso do Sul: CIMI, 2011.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias e CROCETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law. A força dos precedentes.** 2. ed, 2012: revista ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm, p. 41-82.

ESTEVA, Gustavo. **Desenvolvimento in Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder.** Wolfgang Sachs (editor). Tradutores: Vera Lúcia M. Joscelyne, Susana de Gyalokay e Jaime A. Clasen. Petropólis, RJ: Vozes, 2000, p. 59-83.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Crise no modelo de Justiça: Paradigma procedural da construção normativa e o novo papel dos operadores do Direito.** Revista Urutáqua – revista acadêmica multidisciplinar. Quadrimestral – nº 5 – Dez/Jan/Fev/Mar – Maringá – Paraná – Brasil – ISSN 1519.6178. p. 1. Disponível em http://www.urutqua.uem.br//005/02/dir_feitosa.pdf.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. IV, São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRANCO, Marcelo Veiga. **A teoria dos precedentes judiciais no novo código de processo civil in Precedentes**. Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação: Freddie Didier *et al.* Salvador: Jus Podvim, 2015, p. 521-535.
- FREITAS, César Gomes de. **Desenvolvimento local e sentimento de pertença na comunidade de Cruzeiro do Sul – Acre**/ César Gomes de Freitas. – Campo Grande, MS: [s.n.], 2008.
- FUNAI. Disponível em <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em 12.1.2016.
- HAFFESTIN, CLAUDE. **Por uma geografia do poder**. Terceira parte: O território e o poder, sem data.
- HAN, GREGÓRIO WON SUK. **Desenvolvimento local: os desafios frente à globalização hegemônica. Vitrine da Conjuntura**, Curitiba, v.2, n.2, abril 2009.
- KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2015.
- LE BOURLEGAT, Cleonice Alexandre. **Desenvolvimento local na abordagem territorial do atual sistema-mundo. In O Papel da Universidade no desenvolvimento local**. OrgsGaetan Tremblay e Paulo Freire Vieira. Florianópolis: APED/Secco, 2011.
- LE BOURLEGAT, Cleonice Alexandre. **Do território produzido e vivido ao dinamismo territorial**. <http://www.siid.ucdb.br/docentes/arquivos/109132>, 2008.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17^a Ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACEDO, Lucas Buril de. **A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: Do anteprojeto ao Código de Processo Civil in Precedentes**. Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação: Freddie Didier *et al.* Salvador: juspodvim, 2015, p. 459-490.
- MARQUES, Heitor Romero. **Desarrollo local em la escala humana: uma exigência delsiglo XXI**, Campo Grande: Gráfica Mundial, 2013.
- MARTÍN, J.C. **Los retos por una sociedad a escala humana: el desarrollo local**. In: SOUZA, M. A. Metrópole e globalização: conhecendo a cidade de São Paulo. São Paulo: CEDESP, 1999.
- MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Ativismo, delegação ou estratégia? A relação entre poderes e judicialização no Brasil in As novas faces do ativismo judicial**. Organização: André Luiz Fernandes Fellet e outros. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 529-540.
- MENEGASSI, José Lino. **A terra na visão indígena**. Rev. Acad., Curitiba, v. 5, n. 2, p. 213-23, abr./jun. 2007.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. revista, ampliada e. atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9^a Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- NUNES, Dirle e HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução in Precedentes**. Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação: Freddie Didier *et al.* Salvador: juspodvim, 2015, p. 301-33.

ODAHARA, Bruni Periolo. **Um rápido olhar sobre o *stare decisis*.** A força dos precedentes, 2. ed, 2012: revista ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podvim.

OLIVEIRA, M. A C; SAMBUICHI, R. H. R.; SILVA, A. P. M. **Experiências agroecológicas brasileiras: uma análise à luz do desenvolvimento local.** Rev. Bras. de Agroecologia, jun 2013, p. 14

OLIVEIRA, Sergio Ostetto. **Desenvolvimento local e organização sócio-espacial.** Universidad Complutense de Madrid. Interações. Revista Internacional de Desenvolvimento Local. Vol. 4, N. 6, p. 47-53, Mar. 2003.

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação entre poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política** in **As novas faces do ativismo judicial.** Organização: André Luiz Fernandes Fellet e outros. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 271-312.

PORTAL POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. Disponível em:

<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>. Acesso em 13.1.2016.

PRIBERAM, Dicionário. Disponível em <http://www.priberam.pt>. Acesso em 20.1.2016.

Projeções do agronegócio. Brasil 2014/15 a 2024/25. Projeções de longo prazo. Disponível em: www.agricultura.gov.br/arq_editor/PROJECOES_DO_AGRONEGOCIO_2025_WEB.pdf. Acesso em 8.1.2016

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Judicialização da política.** Publicado no Público em 26 de Maio de 2003. Disponível em <https://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acesso em 31.01.2016.

SANTOS, Milton, 1926-2001. **A natureza do espaço:** técnica e tempo, razão e emoção / Milton Santos. - 4. ed. 2. reimpr. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. - (Coleção Milton Santos; 1)

SAQUET, Marco Aurélio. Por uma abordagem territorial. In: SAQUET, M. A. SPOSITO, E. S. **Territórios e territorialidades: teorias, processos e conflitos.** São Paulo: Expressão Popular, UNESP, Programa de Pós-Graduação em Geografia, 2008.

SILVA, Luana Ruiz. Entrevista portal eletrônico Fato Notório. Disponível em <http://www.fatonotorio.com.br/entrevistas/ver/116/entrevista-com-luana-ruiz>. Acesso em 21.1.2016.

SILVA, Lucas Cavalcante da. **Controle de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. A força dos precedentes,** 2. ed, 2012: revista ampliada e atualizada. Editora Jus Podvim.

STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD, George. **O NCPC e os precedentes – Afinal, do que estamos falando? in Precedentes.** Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação: Fredie Didier *et al.* Salvador: juspodivm, 2015, p. 175-82.

STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Observatório Constitucional. **O que é isto, o ativismo, em números?.** Publicado em 26 de outubro de 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em 06.02.2016.

STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum: **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em 22.2.2016.

TUAN, Yi-Fu. **Topofilia: um estudo da percepção, atitudes e valores do meio ambiente.** São Paulo: Difel, 1980.

VALVERDE, Rodrigo Ramos Hospodar Felippe. **Transformações no conceito de território: competição e mobilidade na cidade.** GEOUSP - Espaço e Tempo, São Paulo, nº 15, pp. 119 - 126, 2004.

WAMBIER *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **A viculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente** *in* **Precedentes.** Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação: Fredie Didier *et al.* Salvador: juspodvrim, 2015, p. 263-74.

ZANETI JR, Hermes. **O valor Vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 2. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podvim, 2016.

ZANETI JR, Hermes. **Precedentes normativos formalmente vinculantes** *in* **Precedentes.** Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação: Fredie Didier *et al.* Salvador: Jus Podvim, 2015, p. 407-23.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia da sentença na jurisdição constitucional.** 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ANEXOS

ANEXO 1: [Decreto n.º 1775/96](#) – Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.



**Presidência da República
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

DECRETO N° 1.775, DE 8 DE JANEIRO DE 1996.

Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, e tendo em vista o disposto no art. 231, ambos da Constituição, e no art. 2º, inciso IX da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973,

DECRETA:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

Art. 3º Os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos neste Decreto.

Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Art. 7º O órgão federal de assistência ao índio poderá, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios.

Art. 8º O Ministro de Estado da Justiça expedirá as instruções necessárias à execução do disposto neste Decreto.

Art. 9º Nas demarcações em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8º do art. 2º, no prazo de noventa dias, contados da data da publicação deste Decreto.

Parágrafo único. Caso a manifestação verse demarcação homologada, o Ministro de Estado da Justiça a examinará e proporá ao Presidente da República as providências cabíveis.

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se o Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991, e o Decreto nº 608, de 20 de julho de 1992.

Brasília, 8 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

José Eduardo de Andrade Vieira

ANEXO 2: [Portaria MJ n.º 14/96](#) – Estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas.

Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996

Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996, objetivando a regulamentação do relatório previsto no §6º do art. 2º do referido decreto;

CONSIDERANDO que o decreto homologatório do Sr. Presidente da República, previsto no art. 5º do Decreto nº 1.775, tem o efeito declaratório do domínio da União sobre a área demarcada e, após o seu registro no ofício imobiliário competente, tem o efeito desconstitutivo do domínio privado eventualmente incidente sobre a dita área (art. 231, 6 da CF);

CONSIDERANDO que o referido decreto baseia-se em Exposição de Motivos do Ministro de Estado da Justiça e que esta decorre de decisão embasada no relatório circunstanciado de identificação e delimitação, previsto no parágrafo 6 do art. 2º, do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996;

CONSIDERANDO que o referido relatório, para propiciar um regular processo demarcatório deve precisar, com clareza e nitidez, as quatro situações previstas no parágrafo 1º do art. 231 da Constituição, que consubstanciam, em conjunto e sem exclusão, o conceito de “terras tradicionalmente habitadas pelos índios”, a saber: (a) as áreas “por eles habitadas em caráter permanente”, (b) as áreas “utilizadas para suas atividades produtivas”, (c) as áreas “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar”, e (d) as áreas “necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”;

RESOLVE:

Art. 1º. O relatório circunstanciado de identificação e delimitação a que se refere o §6º do art. 2º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, devidamente fundamentado em elementos objetivos, abrangerá, necessariamente, além de outros elementos considerados relevantes pelo Grupo Técnico, dados gerais e específicos organizados da forma seguinte:

I - PRIMEIRA PARTE

Dados gerais:

a) informações gerais sobre o(s) grupo(s) indígena(s) envolvido(s), tais como filiação cultural e linguística, eventuais migrações, censo demográfico, distribuição espacial da

- população e identificação dos critérios determinantes desta distribuição;
- b) pesquisa sobre o histórico de ocupação de terra indígena de acordo com a memória do grupo étnico envolvido;
- c) identificação das práticas de secessão eventualmente praticadas pelo grupo e dos respectivos critérios causais, temporais e espaciais;

II - SEGUNDA PARTE

Habitação permanente:

- a) descrição da distribuição da(s) aldeia(s), com respectiva população e localização;
- b) explicitação dos critérios do grupo para localização, construção e permanência da(s) aldeia(s), a área por ela(s) ocupada(s) e o tempo em que se encontra(m) as atual(ais) localização(ções);

III - TERCEIRA PARTE

Atividades Produtivas:

- a) descrição das atividades produtivas desenvolvidas pelo grupo com a identificação, localização e dimensão das áreas utilizadas para esse fim;
- b) descrição das características da economia desenvolvida pelo(s) grupo(s), das alterações eventualmente ocorridas na economia tradicional a partir do contato com a sociedade envolvente e do modo como se processaram tais alterações;
- c) descrição das relações sócio-econômico-culturais com outros grupos indígenas e com a sociedade envolvente;

IV - QUARTA PARTE

Meio Ambiente:

- a) identificação e descrição das áreas imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao bem estar econômico e cultural do grupo indígena;
- b) explicitação das razões pelas quais tais áreas são imprescindíveis e necessárias;

V - QUINTA PARTE

Reprodução Física e Cultural:

- a) dados sobre as taxas de natalidade e mortalidade do grupo nos últimos anos, com indicação das causas, na hipótese de identificação de fatores de desequilíbrio de tais taxas, e projeção relativa ao crescimento populacional do grupo;
- b) descrição dos aspectos cosmológicos do grupo, das áreas de usos rituais, cemitérios, lugares sagrados, sítios arqueológicos, etc., explicitando a relação de tais áreas com a situação atual e como se objetiva essa relação no caso concreto;
- c) identificação e descrição das áreas necessárias à reprodução física e cultural do grupo indígena, explicando as razões pelas quais são elas necessárias ao referido fim;
- d)

VI - SEXTA PARTE

Levantamento Fundiário:

- a) identificação e censo de eventuais ocupantes não índios;
- b) descrição da(s) área(s) por ele(s) ocupada(s), com a respectiva extensão, a(s) data(s) dessa(s) ocupação(ções) e a descrição da(s) benfeitoria(s) realizada(s);
- c) informações sobre a natureza dessa ocupação, com a identificação dos títulos de posse e/ou domínio eventualmente existentes, descrevendo sua qualificação e origem;
- d) informações, na hipótese de algum ocupante dispor de documento oriundo de órgão público, sobre a forma e fundamentos relativos à expedição do documento que deverão ser obtidas junto ao órgão expedidor.

VII - SÉTIMA PARTE

Conclusão e delimitação, contendo a proposta de limites da área demarcada.

Art. 2º. No atendimento da Segunda à Quinta parte do artigo anterior dever-se-á contar com a participação do grupo indígena envolvido, registrando-se a respectiva manifestação e as razões e fundamentos do acolhimento ou da rejeição, total ou parcial, pelo Grupo Técnico, do conteúdo de referida manifestação.

Art. 3º. A proposta de delimitação far-se-á acompanhar de carta topográfica, onde deverão estar identificados os dados referentes a vias de acesso terrestres, fluviais e aéreas eventualmente existentes, pontos de apoio cartográfico e logísticos e identificação de detalhes mencionados nos itens do artigo 1º. Art. 4º. O órgão federal de assistência ao índio fixará, mediante portaria de seu titular, a sistemática a ser adotada pelo grupo técnico referido no §1º do art. 2º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, relativa à demarcação física e à regularização das terras indígenas.

Art. 5º. Aos relatórios de identificação e delimitação de terras indígenas, referidos no §6º do art. 2º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, encaminhados ao titular do órgão federal de assistência ao índio antes da publicação deste, não se aplica o disposto nesta Portaria.

Art. 6º. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. NELSON A. JOBIM

(Of. N° 7/96)

ANEXO 4: [Instrução Normativa Funai n.º 02/2012](#) – Institui a Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias – CPAB e estabelece o procedimento para indenização das benfeitorias implantadas no interior de terras indígenas.

INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 002, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2012

O PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI, no uso das atribuições que lhe confere o art. 24, XVII, do Estatuto aprovado pelo Decreto nº 7.056, de 28 de dezembro de 2009, resolve BAIXAR as seguintes instruções para o pagamento de indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé em terras indígenas que, doravante, serão de aplicação obrigatória, sob pena de responsabilidade:

CAPÍTULO I

DOS OBJETIVOS E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Art. 1º. Todo e qualquer processo ou expediente deflagrado visando ao recebimento de indenização por benfeitoria edificada ou implantada em terra indígena decorrente da ocupação de boa-fé deverá seguir os critérios e o procedimento estabelecido nesta Instrução Normativa.

Art.2º. Esta Instrução Normativa tem como fundamentação legal: I – Artigo 231, parágrafo 6º, da Constituição;

II – Artigo 29, caput e inciso I, da Lei nº 6.383/76;

III - Artigo 5º, caput, II e IV, artigo 6º, § 1º, e artigo 14, caput e § 1º, da Lei nº 11.952/09;

IV - Artigo 16 da Lei nº

4.771/65 V – Artigo 4º,

II, da Lei nº 4.504;

VI – Artigos 59, 69 e 69-A da Lei nº

9.784/99; VII - Artigo 1º, I, “b”, da Lei nº

5.371/67;

VIII – Artigo 2º, IX, e artigo 19 da Lei nº

6.001/73; e IX – Artigo 21, IX, do Decreto nº

7.059/09.

CAPÍTULO II

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 3º. A indenização prevista nesta instrução Normativa será objeto de deliberação por parte da Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias, que indicará o caráter da ocupação, bem como quais benfeitorias são passíveis de

indenização, para posterior decisão da Presidência FUNAI.

Art. 4º. A Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias será composta pelo Diretor de Proteção Territorial, que a presidirá, e pelos titulares da Coordenação Geral de Assuntos Fundiários, Coordenação Geral de Identificação e Delimitação, Coordenação Geral de Geoprocessamento e Coordenação Geral de Monitoramento Territorial.

Parágrafo único. Os titulares deverão indicar seus suplentes, cujos nomes deverão ser aprovados pelos demais integrantes da Comissão e designados pela Presidência da Comissão.

Art. 5º. Caracteriza a má-fé da ocupação, dentre outras situações: I - a posse violenta, clandestina ou precária;

II - o ocupante sabia ou podia saber que se tratava de terra indígena e, ainda assim, apossou-se da área;

III - o ocupante prosseguiu na posse ou no esbulho da área, mesmo ciente, por qualquer modo, da irregularidade de sua ocupação;

IV - o ocupante tiver se apossado da área, ainda que mediante contrato de compra e venda, após a publicação da respectiva portaria declaratória da lavra do senhor Ministro da Justiça;

V - o ocupante já tiver sido beneficiado por programa oficial de assentamento;

VI - o ocupante exercer a posse de área de modo a causar a degradação ambiental ou restar caracterizada a exploração predatória dos recursos naturais ou ocupação improdutiva;

VII - a ocupação recair sobre imóvel titulado em nome de ente da Federação (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ou de suas respectivas entidades;

VIII - quando se tratar de terra indígena notoriamente conhecida.

Parágrafo único. O disposto no inciso VII não se aplica às terras devolutas.

Art. 6º. Para fins de caracterização da boa ou má-fé da ocupação, não será considerado o disposto na Lei nº 6.383/76, art. 29, caput e § 1º, e na Lei nº 11.952/09, art. 5º, caput, II e IV, art. 6º, § 1º, e art. 14, caput e § 1º, sendo que:

I - apenas para efeito de indenização, o ocupante poderá ter duas ou mais ocupações com benfeitorias indenizáveis dentro da terra indígena e o ocupante que já seja proprietário rural ou possuidor de outra área fora da terra indígena poderá ter benfeitorias dentro da terra indígena, devendo, todas elas, serem avaliadas, salvo se o ocupante se enquadrar no inciso V do art. 5º desta Instrução Normativa;

II - as benfeitorias são passíveis de indenização independentemente de o ocupante morar ou não no local;

III - não há limite máximo de área de ocupação a ser considerada para efeito de caracterização da boa ou má-fé.

Art. 7º. A indenização de que trata esta Instrução Normativa é pautada pelos seguintes critérios:

I - apenas as benfeitorias úteis e as necessárias serão indenizadas, podendo o ocupante levantar as voluptuárias, desde que sem detimento da coisa;

II - a partir do momento em que a ocupação perder o caráter de boa-fé,

não serão consideradas indenizáveis quaisquer benfeitorias implantadas, inclusive as necessárias, ainda que destinadas à conservação e à manutenção das demais benfeitorias indenizáveis, salvo as imprescindíveis para evitar a ruína de prédio urbano ou rural;

III - não serão considerados como benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor;

IV - as normas de limitação de uso da propriedade rural (reserva legal) serão consideradas, inclusive quando se tratarem de benfeitorias reprodutivas, tais como pastagens, plantios florestais e de frutíferas;

V - as benfeitorias, para as quais tenha sido necessária a supressão da vegetação nativa, somente serão passíveis de indenização se o ocupante tiver licença de desmatamento expedida pela autoridade competente, salvo se a autorização houver sido concedida em manifesta afronta à legislação ambiental, má-fé ou conluio;

VI - as benfeitorias implantadas ou edificadas em áreas de preservação permanente, conforme estabelecido na legislação federal, somente serão passíveis de indenização se respeitados os requisitos legais;

VII - as benfeitorias compensam-se com os danos causados pelo ocupante às terras indígenas ou às suas comunidades e ao meio ambiente da respectiva área.

§ 1º. Para fins de aplicação do inciso II, considera-se a publicação da portaria declaratória da terra indígena como marco temporal para caracterização da boa-fé da ocupação, se outro não for o momento anterior a presumir a sua má-fé.

§ 2º. Fica ressalvado que as transações posteriores à publicação da portaria declaratória não impedem a indenização de eventuais benfeitorias erigidas pelo ocupante anterior, ao tempo da boa-fé, que sejam consideradas passíveis de indenização, desde que essa situação esteja devidamente comprovada nos autos do processo.

CAPÍTULO III DO PROCEDIMENTO

Art. 8º. O procedimento de que trata esta Instrução Normativa se desdobra nas seguintes fases:

I – vistoria das ocupações e das benfeitorias;

II – avaliação;

III – análise técnica preliminar;

IV – deliberação; – recurso;

V – julgamento;

VII – pagamento.

Seção I

Da vistoria das ocupações e das benfeitorias

Art. 9º. Após a publicação da portaria declaratória da terra indígena, a Diretoria de Proteção Territorial procederá à vistoria das ocupações e das benfeitorias erigidas, lavrando um laudo, para cada ocupação, que deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I – a qualificação do titular da ocupação não-indígena;
 II – o tempo de ocupação;
 III – a forma de aquisição da ocupação;
 IV – a descrição detalhada de cada benfeitoria implantada, inclusive a sua idade aparente.

§ 1º. Aquele que se intitular dono de benfeitorias passíveis de indenização deverá apresentar, no momento da vistoria, os comprovantes relativos à sua implantação, aquisição ou construção, bem como a respectiva autorização dos órgãos competentes, quando exigíveis por lei, além dos comprovantes de quitação dos encargos sociais respectivos, quando devidos na forma da legislação previdenciária em vigor.

§ 2º. Os comprovantes a que se refere o parágrafo anterior não serão exigidos nos casos de propriedade familiar, ou seja, imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros.

§ 3º. Constatada a ocorrência de dano ambiental, o servidor da FUNAI designado para realizar a vistoria da ocupação deverá submeter o assunto à Diretoria de Proteção Territorial, que solicitará do órgão competente a sua valoração, para fins de compensação.

§ 4º. No caso previsto no parágrafo anterior, o pagamento da indenização ficará suspenso, até que se quantifiquem os danos causados, para a devida compensação, sem prejuízo da desocupação da área na forma do art. 22, § 1º, Desta Instrução Normativa.

Seção II

Da avaliação

Art. 10. Para cada laudo de vistoria será elaborado um laudo de avaliação, a cargo da Coordenação Geral de Assuntos Fundiários, que arrolará as benfeitorias encontradas quando da vistoria e estipulará o seu respectivo valor.

Art. 11. As benfeitorias, inclusive as reprodutivas, tais como pastagens e culturas florestais e frutíferas, serão avaliadas pelo valor de mercado atual.

§ 1º. Não sendo possível estabelecer o valor de mercado de determinada benfeitoria, a avaliação será calculada pelo método de reedição da benfeitoria.

§ 2º. A avaliação não poderá considerar eventual lucro cessante ou expectativa de valorização de qualquer que seja a benfeitoria passível de indenização.

Seção III

Da análise técnica preliminar

Art. 12. O procedimento de que trata esta Instrução Normativa será objeto de análise preliminar por técnico da Diretoria de Proteção Territorial, designado pela Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias, que elaborará relatório instruído com a documentação e as informações fornecidas pelos setores fundiário e antropológico da FUNAI, inclusive com os laudos de vistoria e de avaliação.

Art. 13. O relatório técnico deverá conter:

I – resumo do processo de identificação e delimitação da Terra

Indígena II – o histórico da ocupação não-indígena;

II – o levantamento fundiário;

IV – informações conclusivas sobre o marco temporal, para consideração da boa-fé, indicação de quais benfeitorias são passíveis de indenização e sugestão de eventuais providências complementares.

Seção IV

Da deliberação

Art. 14. O processo devidamente instruído com o relatório de que trata a seção anterior será submetido à deliberação da Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias que deverá definir o caráter da ocupação, determinar quais benfeitorias são passíveis de indenização, a partir dos critérios estabelecidos nesta Instrução Normativa, e propor a adoção de eventuais medidas complementares.

§ 1º. A Comissão poderá solicitar a reavaliação das benfeitorias, que será realizada com base em valores atualizados, na forma do art. 11, e independentemente de novo laudo de vistoria, sem prejuízo do disposto no art. 23 desta Instrução Normativa.

§ 2º. As deliberações da Comissão serão tomadas pelo voto da maioria de seus membros.

§ 3º. A Presidência da Comissão poderá determinar diligências ou análise técnica ou jurídica, caso haja divergência de entendimento pelos integrantes da Comissão, ou caso seja suscitada dúvida em relação ao relatório, à vistoria ou à avaliação das benfeitorias.

Art. 15. Concluída a deliberação de que trata o artigo anterior, a Diretoria de Proteção Territorial baixará Resolução com o extrato da decisão, a lista de nome dos interessados e as demais deliberações ou recomendações eventualmente determinadas.

Art. 16. A Resolução será publicada no Diário Oficial da União e encaminhada às Prefeituras Municipais da situação do imóvel, por via postal, com a recomendação de ampla divulgação.

Art. 17. O servidor que tiver participado da fase de vistoria das ocupações e das benfeitorias de determinada terra indígena e/ou da fase de avaliação das benfeitorias não poderá participar da respectiva sessão de deliberação, seja na qualidade de titular pela Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias, seja na de suplente.

Parágrafo único. A Presidência da Comissão poderá convocar o servidor impedido para prestar esclarecimentos fáticos na sessão de deliberação.

Seção V Do recurso

Art. 18. Contra a deliberação da Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias caberá recurso administrativo, sem efeito suspensivo, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da Resolução no Diário Oficial da União.

Art. 19. Cada recurso apresentado será autuado em autos apartados e encaminhado à Comissão, acompanhado de manifestação da área técnica, para elaboração de parecer conclusivo que irá subsidiar o julgamento pela Presidência da FUNAI.

Seção VI

Do julgamento

Art. 20. Antes de ser submetido à consideração da Presidência da FUNAI, o procedimento deverá ser encaminhado à Procuradoria Federal Especializada para manifestação jurídica conclusiva sobre a regularidade procedural e os eventuais recursos interpostos.

Art. 21. A Presidência da FUNAI decidirá sobre a indenização das benfeitorias, inclusive eventuais recursos interpostos, autorizando o seu pagamento ou devolvendo o procedimento à Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias para reavaliação dos valores ou outras diligências que julgar necessárias.

Seção VII

Do pagamento

Art. 22. Aprovado o pagamento da indenização de que trata esta Instrução Normativa pela Presidência da FUNAI, a Diretoria de Proteção Territorial providenciará a notificação pessoal de cada ocupante para receber a indenização e deixar a área no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 1º. Havendo ocupantes sem direito à indenização, em razão de as benfeitorias serem decorrentes da ocupação de má-fé, ou enquadrados no art. 9º, §3º, desta Instrução Normativa, a Diretoria de Proteção Territorial fará a notificação pessoal para que desocupem a área no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

§ 2º. Esgotados os prazos indicados acima, sem que os ocupantes se retirem da área, a Diretoria de Proteção Territorial adotará as providências necessárias visando à desocupação da terra indígena pelos não índios, inclusive solicitando o auxílio da Polícia Federal, caso seja necessário.

Art. 23. As benfeitorias serão indenizadas somente se ainda existirem no momento do pagamento e pelo estado de conservação em que se encontrarem.

Parágrafo único. Caso haja divergência entre o laudo de vistoria ou de avaliação e a situação verificada por ocasião do pagamento, o servidor da FUNAI designado pela Diretoria de Proteção Territorial para efetuar a indenização deverá realizar nova avaliação das benfeitorias já consideradas indenizáveis pela Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias e aprovadas pela Presidência da FUNAI, recalculando o seu valor pelo atual estado de conservação.

Art. 24. O servidor que tiver participado da vistoria das ocupações e das benfeitorias e/ou da avaliação das benfeitorias, ou que tenha integrado a Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias na sessão de deliberação, não poderá participar da fase de pagamento do procedimento da respectiva terra indígena.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 25. Sem prejuízo da manifestação prevista no art. 20 desta Instrução Normativa, as dúvidas jurídicas poderão ser submetidas à Procuradoria Federal Especializada, em qualquer fase do procedimento.

Art. 26. No procedimento de indenização de benfeitorias deverá ser dada prioridade às de menor valor e que integrem os bens de subsistência do seu titular e às benfeitorias que estiverem situadas em áreas de permanente tensão social, bem como aos ocupantes maiores de 60 anos e aos portadores de deficiência, física ou mental, ou de doença grave.

Art. 27. Os casos omissos e dúvidas serão decididos pela Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias e submetidos à Procuradoria Federal Especializada da FUNAI, na forma do art. 20 desta Instrução Normativa.

Art. 28. Não será admitido o pagamento de qualquer indenização sem observância das formalidades previstas acima e a consequente autorização da Presidência da FUNAI, sob pena de responsabilidade funcional, incluindo-se os processos pendentes na data de publicação desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Fica ressalvado que, aos laudos de vistoria das ocupações e das benfeitorias já elaborados na data de publicação desta Instrução Normativa, não se aplicam as regras específicas previstas no art. 9º desta Instrução Normativa.

Art. 29. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data da sua publicação, revogando as Portarias nº 069, de 24.01.1989, e nº 165, de 20.02.1989, ambas da Presidência da FUNAI.

MÁRCIO AUGUSTO FREITAS DE
MEIRA

Presidente

(Documento publicado no DOU de 06.02.12 , Seção 1 , pág. 21 e 22)

ANEXO 5: Petição nº 3.388 – Acórdão Caso Raposa Serra do Sol.

Pet 3388 / RR - RORAIMA

PETIÇÃO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 19/03/2009 **Órgão Julgador: Tribunal Pleno**

Publicação

DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229

RTJ VOL-00212- PP-00049

Parte(s)

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

Ementa: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Illegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias

constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decreto nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estádio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO

CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

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

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, asseguratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a

incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.

11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol".

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parelha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que

OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

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

12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º)

do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

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

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

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o

inato sentimento de brasiliade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhcerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão. (Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049)