

## INTRODUÇÃO.

Dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística<sup>1</sup> (IBGE, 2010) revelam que o Brasil tem atualmente uma população indígena de 817 mil habitantes, 0,4% da população total do país. De outro lado, pesquisa realizada pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) apontam a existência de 681 terras indígenas em território brasileiro. Destas, 436 cumpriram todas as etapas do processo de demarcação e estão plenamente regularizadas, outras 130 estão em alguma etapa do processo de regularização além destas, 115 áreas estão em estudos preliminares<sup>2</sup>, ou seja, na fase preliminar do processo demarcatório, regularizado pelo Decreto 1775/96.

Nesse contexto, a problemática proposta nesta pesquisa reside na omissão do Poder Público em dar cumprimento as diretrizes e mandamentos previstas em normas programáticas dispostas na Constituição Federal, neste caso, a questão da demarcação de Terras Indígenas, afinal o Brasil vem demonstrando uma morosidade excessiva nos processos administrativos de regularização destas áreas gerando transtornos a indígenas e não indígenas que coabitam nas terras. Dentre os casos, um ganhou destaque pois foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal, o Caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR).

Para tanto, o presente ensaio sugere, inicialmente, uma análise das bases teóricas do Estado Democrático de Direito, proposto como paradigma a ser seguido pelo Estado brasileiro, nos termos do artigo primeiro da Constituição. Em seguida, na segunda seção, propõe-se destacar o caráter programático do texto constitucional relacionado a demarcação das terras indígenas (Art. 231, *caput* e §1º), sob o enfoque dos prazos e delineando processo administrativo de demarcação, previsto em legislação infraconstitucional.

Por fim, aborda-se os reflexos, em âmbito processual e material, do julgado paradigmático da Raposa Serra do Sol, verificando os efeitos da judicialização do procedimento de demarcação e, ainda, a ação da Corte Constitucional perante o caso.

No tocante aos procedimentos metodológicos a pesquisa foi realizada a partir de uma abordagem qualitativa, exploratória e predominantemente bibliográfica (revistas especializadas e livros) e documental (legislação e jurisprudência sobre o tema). Os resultados obtidos, a partir da coleta dos dados, apontam que a judicialização da demarcação de Terras

---

<sup>1</sup> Censo Demográfico 1991/2010 disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br>.

<sup>2</sup> Informações disponíveis em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>

Indígenas deve ser analisada para além da homologação da demarcação da Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal mas também, para a ação do Tribunal em fixar condições abstratas para o uso das terras (atuação legisferante), deixando de apresentar soluções ao problema de fato, a morosidade dos procedimentos administrativos de demarcação.

## **1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS BASES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

O primeiro artigo da Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>3</sup>, consagrou o Estado Democrático de Direito, como um de seus mandamentos fundantes e condutores do ‘novo’ Brasil após mais de 20 anos de regime militar. Neste contexto, dedica-se esta primeira seção ao breve estudo das bases teóricas do Estado Democrático de Direito como uma alternativa a fim de superar dicotomia *Estado Liberal vs Estado Social*. (ALVES DA SILVA 2015).

Nas palavras de Streck e Moraes (2013, p. 113) a incorporação do Estado Democrático de Direito, como um dos princípios base da atual Constituição, visa ultrapassar não só o Estado Liberal, mas também o Estado Social, constituindo uma forma de conjugar os ideais do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas não como simples aposição de conceitos e sim, como um conceito novo que tem como principal conteúdo a transformação efetiva da realidade social.

Deste modo, a existência do Estado Democrático de Direito pressupõe uma relação simbiótica entre o Estado Democrático e o Estado de Direito, logo, é imprescindível uma análise conceitual de ambos os paradigmas.

Canotilho (1999, p.230), nos ensina que “a dimensão de Estado de Direito encontra expressão jurídico constitucional num complexo de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional”. Neste sentido, Streck e Moraes (2013, p. 114) comentam que o Estado de Direito transmutou seu conteúdo de acordo com a ideologia em que estava galgado, seja liberal ou social:

Como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da atividade estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, por meio da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em social, o Estado de Direito

---

<sup>3</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

acrescenta à juridicidade social um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado.

Além disto, Alves da Silva (2015), citando Cantoni de Oliveira, menciona a importância da Constituição no Estado de Direito, sendo esta, a “viga de sustentação” deste modelo de estado vinculado as leis.

Superada a questão do Estado de Direito, se torna relevante abordar o princípio Democrático, este, nas palavras de Canotilho (1999, p. 231) ocorre quando a “legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício do poder radicam da soberania popular”, ou seja, pressupõe a participação do povo, direta ou indiretamente, na tomada das decisões políticas e na resolução dos problemas nacionais.

Sendo assim, fruto desta comunhão, o Estado Democrático de Direito, nas palavras de Streck e Moraes (2013, p. 114) tem como principal objeto a transformação da sociedade e a construção da igualdade formal e material, a lei não está atrelada apenas a limitação ou promoção da atividade estatal pois, aparece também como instrumento de restauração das relações sociais. Além disto, segundo os mesmos autores, a Constituição é colocada no ápice do escalonamento legislativo, possuindo, além disto, os seguintes princípios:

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de “distância” porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Especialização de Poderes ou de Funções, marcada por um novo relacionamento e vinculada à produção dos resultados buscados pelos “fins” constitucionais; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e prepotência; H – Segurança e certeza jurídica.

Logo, se pode compreender o Estado Democrático de Direito como a conjugação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, contudo, não como uma simples justaposição de conceitos e sim como uma aglutinação de princípios em torno de uma estrutura principal, a Constituição Federal.

## 2. O CARÁTER PROGRAMÁTICO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL E A DESVALORIZAÇÃO DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES SOBRE O TEMA.

Não há dúvidas que a Constituição brasileira se caracteriza como social, dirigente e compromissória (STRECK, 2014). O dirigismo constitucional, associa-se diretamente com o caráter programático da Constituição, isto porque, a Carta Magna traz inúmeras “normas-tarefa” ou “normas-fim”, ou seja, normas que não se limitam apenas a definição do poder político mas também traçam programas a serem cumpridos pelo Estado, logo, a Constituição assume o papel de comandar a ação do Estado para a efetivação das metas programáticas nela estabelecidas. (CANOTILHO, 1999).

O caráter dirigente, portanto, impõe a União, Estados e Municípios a tarefa de dar plena eficácia a estas normas constitucionais, a partir deste contexto e do recorte proposto, a pesquisa trabalha, como exemplo a estas ‘normas-tarefas’ conteúdo do texto do artigo 231 *caput* da Constituição Federal, sobre os direitos povos indígenas:

Art. 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os **direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las**, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (grifo nosso)

O supramencionado dispositivo é paradigmático, rompeu com a tradicional tratativa dos constituintes anteriores<sup>4</sup>, em garantir aos povos indígenas apenas a posse e usufruto de suas terras. A partir de 1988, o Constituinte garantiu ao indígena, “o direito de ser índio” respeito a identidade e o modo de organização social destes povos (SOUZA FILHO, 2013). E atribuiu a União Federal a competência e o dever constitucional de demarcá-las.

No mesmo sentido, o artigo 19 da Lei 6001/73 (Estatuto do Índio) regula que “As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio<sup>5</sup>, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.” Reforçando o caráter administrativo do procedimento de demarcação de terras indígenas.

---

<sup>4</sup> Em termos de Constituição, os direitos dos povos indígenas viraram objeto de proteção a partir de 1934 o texto constitucional promulgado foi o primeiro a abordar a questão indígena (chamados de silvícolas). A eles eram garantidos direitos relacionados à posse de seus territórios (Artigo 129). As constituições seguintes 1937 (Artigo 154) e 1946 (Artigo 216) conservaram o mesmo entendimento. A Constituição de 1967, outorgada pelo regime militar, expandiu a previsão das constituições anteriores, garantindo aos indígenas, não somente a posse das terras, mas também, o usufruto exclusivo dos recursos naturais (Artigo 186).

<sup>5</sup> Papel atribuído a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por força da Lei nº 5.371/ 1967.

Em relação ao processo de demarcação destas terras, os requisitos e procedimentos são definidos pelo Decreto nº 1775 promulgado em 08 de janeiro de 1996 e deve atender a sete etapas. A primeira consiste na realização de um Estudo de identificação do povo e delimitação da extensão territorial a ser demarcado a partir de laudo antropológico com auxílio da FUNAI (art. 2º *caput* e §1º da Lei).

Em relação a primeira etapa, é oportuna a importância dada a identificação do povo não só por questões étnicas, mas também, a relação deste povo com o território que, conforme dissertado na primeira seção, transcende a questões patrimoniais.

Além disto, dentro da primeira etapa, ainda estão compreendidos os processos de oitiva dos povos envolvidos (Art. 2º, §3º), da comunidade científica (§4º) abrindo, ainda, prazo de trinta dias, a contar a publicação do ato de nomeação do grupo técnico responsável pela demarcação, para que a comunidade civil e órgãos públicos envolvidos prestem as devidas informações sobre a área objeto da demarcação (§5º). Ao fim da primeira etapa, está identificada e delimitada a área indígena (§6º).

A segunda etapa compreende o processo de contraditório administrativo, vale ressaltar, que a legislação é clara em relação as oportunidades de manifestação a órgãos públicos e a sociedade civil, e a União, Estado(s) e Município(s) afetado(s) (Art. 2º, §§ 5º, 7º, 8º, 9º).

Com a conclusão do procedimento acima, dos laudos de identificação e delimitação são enviados para o Ministro da Justiça (terceira etapa), que poderá decidir entre: I) Demarcar, mediante portaria, a demarcação da área, delimitando a extensão territorial; II) Recomendar as diligências que julgar necessárias, com prazo de noventa dias para cumprimento; III) Rejeitar o procedimento de identificação e delimitação, fundamentando a decisão, ao não atendimento do §1º<sup>6</sup> do Artigo 231 da Constituição. (Artigo 2º, §10º).

A quarta etapa, de competência da FUNAI em parceria Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), compreende a demarcação física da terra e o levantamento das benfeitorias e confecção do cadastro de não indígenas residentes na terra para que sejam realizados os reassentamentos. (Arts. 3º e 4º).

---

<sup>6</sup> Tratado na seção anterior.

A quinta etapa do processo de demarcação é a Homologação é de competência da Presidência da República, mediante decreto (Art. 5º). Após esta etapa, a sexta tratará da retirada dos ocupantes não índios da terra, a partir do cadastro realizado pela FUNAI em parceria com o INCRA (quarta etapa)

Na sétima etapa cabe a FUNAI o registro da Terra Indígena nos cartórios imobiliários ou na Secretaria de Patrimônio da União e, ao final, o mesmo órgão deve promover o registro destas terras.

Feito o resumo do processo de demarcação de terras indígenas, instituído por lei, são necessários alguns esclarecimentos adicionais sobre o tema. O artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>7</sup> impõe prazo de até cinco anos, após a promulgação da Constituição para demarcação das terras indígenas. Prazo não adimplido pela União ou os órgãos administrativos envolvidos.

Nas palavras de Souza Filho (2013) o prazo previsto na ADCT não pode ser interpretado como clausula limitadora dos direitos dos povos indígenas e, tampouco, por ser um ato meramente homologatório sua desobediência impede o exercício dos direitos garantidos na Constituição, contudo, deve-se ter atenção em virtude dos transtornos e da insegurança gerada pela não demarcação da terra.

Um dos obstáculos que impedem a eficiência temporal dos processos demarcatórios é a carência de funcionários públicos suficientes para iniciar e dar andamento em todas as etapas do processo demarcatório, decorrentes disto, os processos têm excessiva duração e acarretam conflitos, muitas vezes violentos. (VILARES, 2013).

Exemplo recente desta morosidade no processo de demarcação de terras indígenas, é o caso Povo Xukuru e seus Membros vs Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 05 de fevereiro de 2018. O processo, submetido a apreciação da corte no dia 16 de março de 2016, tinha como principal objeto a violação do direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru de Ororubá ao passo que, o processo demarcatório durou mais de 16 anos (de 1989 a 2005), gerando conflitos entre indígenas e não indígenas no local.<sup>8</sup> Neste

---

<sup>7</sup> Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Povo indígena Xucuru e seus membros X Brasil*. 2016. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf)>. Acesso em: 22. nov. 2018

caso, além de um aporte em pecúnia, o Brasil foi ‘condenado’ a:

(...)concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fépendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses

A recente condenação do Estado Brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos exige, em outras palavras, o cumprimento da legislação interna, desde julgado se pode extrair dois raciocínios claros: 1 – O Caso da demarcação (ou não) de Terras Indígenas é reconhecidamente matéria de Direitos Humanos, portanto deve ser efetiva; 2 – O Estado Brasileiro corriqueiramente descumpra a legislação pertinente a Demarcação de Terras, levando prejuízo aos povos.

. O Caso Raposa Serra do Sol (Petição 3388), paradigmático na corte suprema nacional (estudado na seção seguinte) também é exemplo de excessivo retardamento no processo de demarcação de terras indígenas, Streck (2018) ao comentar o caso, relembra que a questão teve início na década de 1970, quando não índios foram reassentados e indenizados, em 1998, no governo de Fernando Henrique Cardoso, ocorreu a demarcação da área indígena (terceira etapa) e somente em 2005, na gestão de Luís Inácio Lula da Silva, a demarcação foi homologada.

Portanto, como afirma Souza Filho (2013, p. 2153): “a União não demonstrou sequer vontade de cumprir (o prazo de 5 anos), tanto que somente no ano de 1996 foi publicado o decreto que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação.” Ou seja, uma situação de desapego do poder público com os mandamentos constitucionais programáticas que versam sobre direitos fundamentais.

Essa dimensão fundamental da proteção as terras indígenas reside na importância dos limites territoriais para exercício dos padrões socioculturais dos povos indígenas, ou seja, garantir a terra, é garantir um espaço físico para reprodução da identidade destas comunidades, este posicionamento é extraído da própria Constituição Federal (Art. 231, §1º) e da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, carta internacional ratificada pelo Brasil, destinada a proteção dos Povos Indígenas e tribais, nos termos do art. 13.1:

Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos,

segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Bonavides (2013, p.253-254) leciona que em virtude de sua natureza, as normas programáticas nasceram abraçadas à tese dos direitos fundamentais, contudo, têm servido de manto cômodo para inobservâncias a Constituição, ao passo que, por não serem de aplicabilidade imediata, o poder público se omite a dar plena eficácia, o que revela sua fragilidade e dúvidas quanto sua eficácia. Além disto, mesmo que não tenha aplicabilidade imediata, não pode ser dispensada.

Além disso, omissão do poder público em relação a efetividades das normas constitucionais já foi enfrentada pelo STF, como exemplo, no julgamento da ADI: 1484, verifica-se em trecho extraído da ementa:

É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Sem dúvidas, o descumprimento reiterado da Constituição Federal (por ação e omissão) revela um cenário de desvalorização em sua função de dar estabilidade ao Estado de Direito, Streck (2014, p.266), de forma precisa ilustra que “Efetivamente, é muito difícil mensurar a dimensão da crise – agravada pelo fato de que parte considerável da Constituição continua ineficaz”.

O mesmo autor ainda demonstra preocupação em relação a consciência do poder público para adquirir um “comportamento constitucional”, que significa “compreender a Constituição existencialmente, como presença constante no nosso cotidiano e no nosso Labor jurídico”.

Portanto, verifica-se que a questão da demarcação de terras indígenas, mesmo diante de todos os avanços trazidos com a carta de 1988, revela o descuido e omissão do poder público em relação a direitos previstos pela Carta Constitucional e, por consequência, as próprias bases do Estado Democrático de Direito.

### **3. JUDICIALIZAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: O CASO RAPOSA SERRA DO SOL.**

A íntima relação do direito de ação com a efetividade dos Direitos Fundamentais aparece justamente quando se busca a maior efetividade destes, neste sentido, Greco (2012) comenta que nenhum direito pode ser concreto se não vem acompanhado da respectiva tutela jurisdicional, logo, a efetiva tutela jurisdicional integra a própria ideia de Direitos Fundamentais.

Sendo assim, diante do cenário desvalorização de certos dispositivos constitucionais, descrito no item anterior, Barroso (2012) aponta para o crescente aumento de demandas judiciais de cunho político e social, o fenômeno da Judicialização da Política, que o autor caracteriza como “determinadas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”.

Ou seja, o fenômeno da judicialização de questões políticas está intimamente ligado a amplitude de deveres impostos pela Constituição ao estado, dito por outro modo, a procura da instância judiciária para resolver questões atribuídas a outros poderes, como foi destacado na seção anterior a demarcação de terras indígenas, pelo processo administrativo comum, envolve apenas o Poder Executivo.

Sob esta perspectiva, Esteves (2005), propõe, como possível solução para a problemática que passa pela reestruturação do Poder Judiciário, que deve se adaptar a problemática das demandas que envolvem políticas sociais e direitos fundamentais, passando ainda, peça reestruturação do que se entende sobre jurisdição constitucional, buscando assim, um agir mais expressivo, por parte do judiciário, na concretização e controle das políticas públicas.

Sob este cenário, por meio da Ação Popular proposta em face da União, pelo Senador do Estado de Roraima Augusto Botelho (Pet. 3388), ajuizada em abril de 2005, o Supremo Tribunal Federal foi incumbido de analisar um processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, região ocupada por diversas etnias de tribos indígenas, tais como: Inagarikó, Tauperang, Macuxi, Wapixana, Pantamona. Uma área de aproximadamente 1747464 hectares, entre os municípios de Normandia, Pacaráima e Uramutã, agregando uma população indígena que alcança aproximadamente 18.992 pessoas.

A problemática a respeito da demarcação de terras ocorreu por conta do conflito de interesses, entre produtores de arroz, fazendeiros e não indígenas, que em virtude da demora

entre a demarcação<sup>9</sup> e a homologação<sup>10</sup> (sete anos) utilizavam as terras já habitadas pelos índios em suas atividades agrícolas.

Em meio a este cenário, duas teses foram desenvolvidas: uma defendia o processo demarcatório em ilhas (ou em aldeias), o que permitiria a permanência dos não indígenas na região e outro em demarcação contínua, o que resultaria na exclusão de determinadas áreas onde seriam praticadas atividades econômicas na produção de arroz, (DUARTE 2011).

A decisão final, em 23 de outubro de 2013, o Min. Luís Roberto Barroso (relator) negou provimento aos embargos propostos pela parte autora e ratificou tudo o que fora decidido em momentos anteriores, dentre os pontos, a demarcação foi fixada em área contínua (vencido apenas o Min. Marco Aurélio) e, atendendo ao voto do ministro Carlos Alberto Menezes Direito o Supremo fixou 19 condicionantes para relacionadas ao processo demarcatório e ao exercício do usufruto das terras indígenas, vide condicionantes:

- 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 artigo 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 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

---

<sup>9</sup> Demarcação feita no ano de 1988, por força da portaria 820/98

<sup>10</sup> Homologação feita em 2005, por força da do Decreto de 15 de abril de 2005, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm)

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 artigo 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.

O julgado, que deveria ficar restrito as questões da validade ou não dos atos de demarcação e homologação acabou, mais uma vez, ultrapassando os limites dos poderes conferidos ao Poder Judiciários. Pois, ao justificar a peculiaridade do caso a corte decidiu pela imposição de 19 condicionantes, em abstrato, ao exercício dos direitos previstos na Constituição Federal (STRECK, 2018).

A expansão da jurisdição constitucional no Brasil, a partir da Constituição de 1988, tornou comum a procura pelo poder judiciário para solucionar questões que deveriam partir do Poder Público. Esta judicialização, em si, não é o problema enfrentado e sim, o comportamento deste poder frente a ela. (STRECK, 2018). No entanto, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo tomarem medidas de prevenção ao Estado judicializado, como exemplo, em 2017, o então Presidente Michel Temer aprovou o Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, emitido pela Advogada Geral da União Grace Maria Fernandes Mendonça, com os seguintes dizeres:

Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da PET n. 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", determinando a sua aplicação a todos os processos de demarcação de terras indígenas, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED n. 3.388/RR) e em outras de suas decisões posteriores, todas analisadas neste parecer (ex.: RMS n. 29.087/DF; ARE n. 803.462/MS; RMS n. 29.542/DF).

A crítica tecida ao julgado é fundamentada na sobreposição do Judiciário as suas atividades típicas, ou seja, quando 19 normas são impostas a demarcação de terras indígenas, procedimento já descrito em legislação e de competência do Poder Executivo, o judiciário, ao mesmo tempo, em um mesmo julgado, abraça os três poderes em um só.

Ademais, ao observar o teor das condicionantes, a ‘solução’ proposta pelo Supremo Tribunal Federal não demonstra preocupação com o procedimento demarcatório previsto na legislação e, de para agravar a situação relativiza a exclusividade do usufruto dos povos indígenas nas terras que ocupam concebido pela Constituição Federal, assim, passo a passo a “Terra indígena passa a ser pragmaticamente concebida como recurso econômico e não mais como um território material e simbolicamente imprescindível à autodeterminação dos povos indígenas e sua sobrevivência física e cultural.” (SILVA, 2018).

O paradigmático Caso Raposa Serra Sol se tornou um marco institucional para a demarcação de Terras Indígenas no Brasil, contudo, o julgado demonstra outra face que merece atenção, a inexplicável demora da administração pública em demarcar terras indígenas no Brasil, o que gera conflitos sociais a serem levados ao poder judiciário e, ainda, a sede da Corte Constitucional em prolar julgados que ultrapassam suas competências funcionais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A os problemas que envolvem a demarcação de terras indígenas no Brasil ficaram evidentes, a partir do caso Raposa Serra Sol, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de outubro de 2013. Ou seja, revelou um descaso dos poderes responsáveis pela efetividade de normas constitucionais.

Pela própria nomenclatura, o Estado Democrático de Direito desenha-se a partir de uma justaposição amigável entre o Estado de Direito, onde a Lei é o principal mecanismo para efetivação dos direitos e o Estado Democrático, onde a participação popular é imprescindível, seja direta ou indiretamente, na tomada de todas as decisões do Estado, seja

no Executivo, Legislativo e até Judiciário, neste cenário, se pode estabelecer a Constituição Federal como elemento fundante deste paradigma.

Ou seja, a Carta Constitucional deve ser elevada ao vértice do ordenamento jurídico, não só em questões formais, mas também com a compreensão do poder público em cumprir todos os deveres impostos ao Estado pela Carta Constitucional sobretudo, para a observância e efetividade de Direitos Fundamentais.

Ocorre que, a desvalorização de preceitos da constitucional aponta para uma situação de negligência, por parte do poder público em relação a exectoriedade destas normas, deixando direitos sociais fundamentais, pendentes de regulação, o que gera um problema contingencial, com o inchaço do Poder Judiciário, o fenômeno da judicialização.

Dentre estes direitos está o direito dos povos indígenas a demarcação de suas terras, previsto no artigo 231 da Constituição Federal, art. 67 da ADCT e legislação infraconstitucional. Este direito além das questões territoriais, está intimamente ligado a manutenção identitária de cada povo, pois, a Constituição Federal, no artigo 231, §1º aloca as terras indígenas como locais apropriados para a reprodução cultural destes povos.

Este descumprimento se dá por dois fatores, o primeiro deles é a falta de estrutura no órgão responsável (FUNAI) e o segundo, objeto de maior atenção desta pesquisa é a morosidade administrativa para solução dos processos de demarcação, fato que levou o Brasil a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Povo Xukuru e seus membros vs Brasil, em 2018.

Neste interim, a questão das terras indígenas também foi judicializada, o Caso Raposa Serra do Sol acabou se tornando um julgado paradigmático no Supremo Tribunal Federal, a petição proposta discutia, em resumo, se o decreto de demarcação em área contínua era válido, frente a necessidade de ocupantes não indígenas na área, sugerindo a demarcação ‘em ilhas’.

No entanto, os ministros do Supremo Tribunal Federal, além de definir pela demarcação em área contínua, acatou as orientações do então Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito e fixou 19 condicionantes para o usufruto dos índios na terra e, definiu diretrizes para novas demarcações. Decisão recentemente ‘homologada’ pelo Presidente da República Michel Temer.

No entanto, não se trata de confirmação da decisão, ou da extensão dos efeitos a todos os casos futuramente judicializados que envolvem a demarcação de terras indígenas, o Supremo Tribunal Federal, em sua atividade de Corte Constitucional, não pode abrir os horizontes de um julgado a definição de regras abstratas de caráter legisferante, pois, este comportamento além de não resolver a questão central (morosidade nos processos administrativos de demarcação de terras indígenas) viola as bases do Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

ALVES DA SILVA, Fernando Laércio. Processo Constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume 16, jul. / dez. 2015, p. 157-188, disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>> acesso em: 20 de jun. 2016.

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)> Acesso em: 15 de abr. de 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF 19 de abr. de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 15 de abr. de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DUARTE, A Demarcação das Terras Indígenas e Seus Potenciais Efeitos Sobre a Proteção Ambiental: O Caso Raposa Serra do Sol, 2011. Disponível em: <<http://www2.unifap.br/ppgdapp/files/2013/05/GABRIELA-MIRANDA-DUARTE.pdf>> Acesso em: 16 nov. 2018

ESTEVES, João Luiz Martins. Estado e jurisdição na concretização dos direitos fundamentais sociais, *Revista Jurídica da UniFil*, Ano III - nº 3, 2005 p. 70-80, disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica\\_03.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03.pdf)> acesso em 20 de jun. 2016

GRECO, Leonardo. Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil-Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. SãoPaulo: Atlas, 2012

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Cadernos Synthesys*. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 19 abr 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016

SILVA, Cristhian Teófilo da. A HOMOLOGAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA/SERRA DO SOL E SEUS EFEITOS: UMA ANÁLISE PERFORMATIVA DAS 19 CONDICIONANTES DO STF. *Revista Brasileira de Ciências Sociais.*, São Paulo, v. 33, n. 98, e339803, 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092018000300510&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092018000300510&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 18 abr. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Comentário ao artigo 1º da Constituição Federal. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio L. (coords.). *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 p. 113-116.

\_\_\_\_\_. *30 anos em 30 julgamentos: Uma Radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito*. 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coodrs). *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2148 - 2156.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1484 DF, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 21/08/2001, publicado no Diário da Justiça em 28/08/2001, disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>> acesso em 15.abr.2015.

\_\_\_\_\_. Ação Popular número 3388 RR, Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 21/08/2001, publicado no Diário da Justiça em 23/10/2013, disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>> acesso em 15.abr.2015.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. 1ª ed, (ano 2009), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.