

O PONTO CEGO PRÁTICO NO DEBATE SOBRE A LITIGÂNCIA DE DIREITOS SÓCIO-ECONÔMICOS NO BRASIL: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA SOBRE OS IMPACTOS DO CASO *RAPOSA SERRA DO SOL* ALÉM DA SALA DO TRIBUNAL

THE PRACTICAL BLIND SPOT IN THE DEBATE ON LITIGATION OF SOCIOECONOMIC RIGHTS IN BRAZIL: AN ANALYTICAL APPROACH ON THE IMPACTS OF *RAPOSA SERRA DO SOL* CASE BEYOND THE COURTROOM

Rafael Bezerra de Souza[†]

Resumo: Este artigo objetiva analisar o impacto do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal – STF sobre os direitos sócio-econômicos (DESCs) a partir da tipologia de efeitos das decisões judiciais de César Rodríguez Garavito. Ao longo das últimas duas décadas a quase exclusiva ênfase sobre a adjudicação e o tradicional quadro metodológico para analisar os efeitos da recente onda de litigância de DESCs oferecidos pela bem estabelecida literatura constitucional sobre cortes têm criado um ponto cego prático – a falta de estudos analíticos sobre a efetividade das decisões judiciais. O objeto deste estudo será decisão judicial sobre questões indígenas no Brasil (PET 33888/RR), que questionou no STF a demarcação administrativa da Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima. Este trabalho argumenta que apesar da teoria dos direitos fundamentais desenvolver a litigância sobre DESCs perante cortes nacionais e internacionais esta é estritamente teórica e negligencia a pesquisa empírica sobre os impactos das decisões para além da corte. Como resultado, aponta-se que o STF não é capaz de implementar uma mudança social relevante e assegurar a proteção de direitos sociais.

Palavras-chave: Direito constitucional indígena; demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol; Supremo Tribunal Federal

Abstract: This paper aims to analyze the impact of judicial activism of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal - STF) on socio-economic rights (SERs) from a sociological approach of the effects of César Rodríguez Garavito's judicial decisions typology. Over the past two decades the almost exclusive emphasis on adjudication and traditional methodological framework for analyzing the effects of the recent wave of SERs litigation offered by constitutional theory have created a blind spot - the lack of analytical studies over judicial decisions effectiveness. This paper considers the STF decision on indigenous issues in Brazil, (case no. PET 33888/RR), which challenged the administrative bounding of Indian Territory Raposa Serra do Sol, in the state of Roraima. This paper argues that although this theory develops litigation over SERs before national and international courts, it is strictly theoretical, and neglects research on the impacts of decisions beyond-courts. As a result it is pointed out that the Supreme Court is not able to implement a relevant social change and ensure the protection of social rights.

Key-words: Indigenous constitutional rights; bounding of indian territory Raposa Serra do Sol; Supremo Tribunal Federal

Introdução

Nas últimas duas décadas, a literatura constitucional tem vivenciado uma *virada jurisprudencial*¹ (CANOTILHO, 2003, p. 26) e doutrinária no plano da força normativa da constituição e da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, a qual serviu de fundamentação teórica para a plena e imediata exigibilidade dos direitos sócio-econômicos (DESCs)², mormente em países em desenvolvimento.

Até a década de 1990, no Brasil, predominava a concepção de que os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, representavam normas constitucionais não auto-aplicáveis, normas constitucionais de eficácia limitada ou normas meramente programáticas, ao invés de regras ou princípios concretizáveis pelos juízes, dependendo a sua efetivação da atuação do legislador ordinário.

Ainda hoje registram-se uma série de objeções e críticas à judicialização dos direitos sociais: 1) o déficit de legitimidade democrática na concretização³ judicial dos DESCs; 2) a ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes em face da imiscuição do Poder Judiciário em matéria de mérito administrativo (críticas principiológicas); 3) alegação de que apesar de consignados em constituições e tratados internacionais de direitos humanos sua inerente vagueza e indeterminação terminológica impossibilita o oferecimento de parâmetros inteligíveis, obstaculizando a sua prestação jurisdicional (críticas conceituais) (COURTIS, 2010, p. 489) e 4) a identificação de dificuldades financeiras, administrativas e técnicas decorrentes da atuação judicial (críticas institucionais)⁴.

[†]Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI/FND/UFRJ). E-mail: rafaelbezerras@gmail.com

¹ Canotilho identifica a virada jurisdicional como “as decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional”.

² As expressões “direitos sócio-econômicos”, “direitos sociais” e “direitos fundamentais” serão utilizadas como sinônimas neste trabalho. Suas eventuais diferenças conceituais e terminológicas, de ordem técnica, apesar de sabidas e teoricamente relevantes, não acarretam nenhuma repercussão significativa para o argumento ora desenvolvido.

³ Concretizar um direito fundamental significa dar efetividade a esse direito, ou seja, concretizar é dar a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1996, p. 83).

⁴ Para uma compreensão sintética acerca das críticas à judicialização dos direitos sociais. Cf. International Commission of Jurists (ICJ), Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability, 2008, Human Rights and Rule of Law Series No. 2. Disponível em: <http://www.humanrights.ch/upload/pdf/080819_justiziabilitt_esc.pdf>. Acesso em: 26 jan 2014; NETO, Cláudio Pereira de Souza, 2010, 519-534); ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid: Trotta, 2ª Ed., 2004.

Todavia, superada a fase inicial de negação doutrinária e jurisprudencial da judicialização dos DESCs, constatou-se que da reversão deste quadro anacrônico⁵, a partir da mutação constitucional⁶, decorreu uma crescente proliferação de decisões ativistas, evidenciado a tendência global de reconhecimento do papel preponderante do Poder Judiciário na concretização dos sócio-econômicos⁷.

Entretanto, em que pese os reconhecidos avanços no plano normativo alcançados pela teoria dos direitos fundamentais - mais especificamente, no caso brasileiro, pela chamada *Doutrina da Efetividade* – os quais favorecerem o desenvolvimento da litigância⁸ sobre DESCs perante cortes nacionais e internacionais, esta se apresenta estritamente teórica, em face da sua exclusiva ênfase sobre a adjudicação e de suas tradicionais ferramentas metodológicas, negligenciando a pesquisa empírica sobre os impactos das decisões para além da Corte.

Desta feita, a problemática central do presente estudo resta evidenciada no déficit teórico-analítico da Teoria dos Direitos Fundamentais - mormente na zona de transição da temática dos direitos fundamentais para os direitos sócio-econômicos (TORRES, 2001, p. 243) - o qual evidencia um ponto cego prático: a carência de estudos analíticos sobre a fase de implementação e a efetividade das decisões judiciais.

O objeto deste estudo será a decisão judicial sobre questões indígenas no Brasil (PET 33888/RR), que questionou no STF a demarcação administrativa da Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima. Sua escolha dar-se-á tendo em vista que esta se enquadra nos chamados *casos estruturais*⁹, os quais, no entendimento de Rodríguez-Garavito, (2013, p.

⁵ No plano jurisprudencial, há hoje consenso acadêmico de que o STF, nos últimos anos, vem assumindo uma postura destoante da jurisprudencial defensiva (*self-restraint*) adotada historicamente. Passada a promulgação da Constituição de 1988, evidenciou-se a migração para uma atuação substancialista e ativista, sob o argumento da pretensa tutela de direitos fundamentais.

⁶ Como caso representativo do marco da referida mutação constitucional registre-se o Recurso Extraordinário nº 271.286 (BRASIL, 2000), no qual o STF, ao versar sobre demanda individual de fornecimento imediato e gratuito de medicamento para o tratamento de HIV/AIDS, embora tenha reconhecido o artigo 196, da Constituição como norma programática, passou a entender o direito à saúde nele assegurado como direito subjetivo individual e imediatamente exigível do Estado.

⁷ Para uma análise crítica sobre a prática de litigância de DESCs a partir de levantamento global com mais de 2000 julgamentos e decisões de vinte e nove tribunais nacionais e internacionais. Cf. **Social rights jurisprudence**: emerging trends in international and comparative law. Cambridge University Press, Malcolm Langford ed., 2009, 704p.

⁸ Utilizamos o termo *litigância*, *litigação* ou *judicialização* de forma sinônima, “no mesmo sentido de *litigation*, termo usual na doutrina norte-americana para designar os conflitos sociais orientados no sentido de uma solução pelas normas oficiais, acionando ou ameaçando acionar o aparelho estatal” (SALLES, 2003, p. 54-55).

⁹ Rodríguez-Garavito (2011, p.3) denominam de *litígio estrutural* ou *casos estruturais* processos judiciais que: 1) affect a large number of people who allege a violation of their rights, either directly or through organizations that litigate the cause; (2) implicate multiple government agencies found to be responsible for pervasive public policy failures that contribute to such rights violations; and (3) involve structural injunctive remedies, i.e., enforcement orders whereby courts instruct various government agencies to take coordinated actions to protect

3-5), devido a seu alcance e tempo para implementação da decisão judicial, possibilitam um olhar detalhado sobre os efeitos do ativismo judicial.

Dessa forma, pretende-se com o presente trabalho contribuir para a incipiente discussão na doutrina constitucional brasileira acerca dos impactos do ativismo judicial, a partir da análise dos efeitos das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal – STF sobre os direitos sócio-econômicos (DESCs).

Com o aumento gradativo das funções e da importância política dos tribunais constitucionais o tema ganha relevo à medida que o Poder Judiciário tem sido a “última instância” para a concretização desses direitos, constituindo-se uma “arena pública”, em substituição ao circuito clássico “sociedade civil – partidos políticos – representação – formação da vontade majoritária” (WERNECK VIANNA *et al.*, 1999).

A metodologia adotada, seguindo a abordagem analítica, divide-se em três partes. Na primeira, abordou-se o ponto cego prático no debate sobre a judicialização dos direitos sócio-econômicos e os equívocos do fascínio da Doutrina Brasileira da Efetividade pela principiologia jurídico-constitucional. Na segunda, buscou-se a proposição de um marco analítico, a partir da tipologia de efeitos das decisões judiciais de César Rodríguez Garavito¹⁰. Na terceira, tendo em vista não ser pretensão da presente pesquisa o exaurimento acerca do tema, delimitou-se os atores políticos a serem analisados, tendo em vista a atuação do STF no caso em tela, através de mapeamento sintético do posicionamento institucional dos agentes envolvidos. Por fim, a partir de uma análise empírica e crítica dos dados levantados, particularmente das 19 condicionantes propostas no acórdão da Petição 3.388/RR, vislumbrou-se resposta para a seguinte pergunta: o STF é (ou não) capaz de implementar uma mudança social relevante e assegurar a proteção de direitos sociais?

1. ponto cego prático no debate sobre a litigância de direitos sócio-econômicos no Brasil: os equívocos do fascínio da Doutrina Brasileira da Efetividade pela principiologia jurídico-constitucional

Na América Latina, particularmente no Brasil, o ativismo judicial sobre direitos sócio-econômicos (DESCs) tem adquirido uma maior relevância nas últimas duas décadas. Esta

the entire affected population and not just the specific complainants in the case. A denominação de *litígio estrutural* tem inspiração na literatura sobre o ativismo judicial através das sentenças de execução complexa (*complex enforcement*) que ordenam *remedios estructurales* a casos deste tipo.

¹⁰ Referida tipologia fora desenvolvida com o fito de analisar os efeitos da decisão mais ambiciosa da Corte Constitucional colombiana, a T-025 de em casos de litígio estrutural envolvendo direitos sociais, tendo por marco o trabalho *Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America* (2011). Para um estudo aprofundado sobre a temática Cf. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; FRANCO, Diana. Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

tendência de buscar através do Poder Judiciário, por meio do julgamento de casos paradigmáticos, mudanças sociais (CARDOSO, 2011, p. 265-366) tem sido estudada sobre diferentes classificações¹¹: *litígio estratégico* ou *litígio de impacto*, *processo coletivo* e, no caso americano, *Public Law litigation* (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2013, p. 4).

Neste contexto, fora notória a ampla recepção pelo direito constitucional brasileiro de teorias alienígenas¹², consubstanciada na recorrência do debate entre regras e princípios, da constitucionalização do direito, dos princípios e métodos de interpretação constitucional, das técnicas hermenêuticas de ponderação ou sopesamento e da teoria da argumentação jurídica, a maioria delas tendo como ponto comum a aposta no protagonismo dos juízes. Sem dúvida, há uma vasta literatura jurídica teorizando acerca destas temáticas, bem como certa trivialização em sua abordagem.

O debate travado pela doutrina constitucional brasileira tem sido fortemente influenciado pelo referido paradigma normativo, evidenciando verdadeiro fascínio da doutrina nacional pela principiologia jurídico-constitucional, marcadamente, em relação à ponderação ou sopesamento entre valores, bens ou princípios; proporcionalidade e razoabilidade e métodos de interpretação constitucional¹³.

Esta postura tem sido alvo de inúmeras críticas que apontam para o equívoco da consideração dos princípios constitucionais e da ponderação como *ultima ratio* para a resolução dos problemas constitucionais (NEVES, 2013, p. 175). Neste sentido, Silva (2005, p. 135) identifica o *sincretismo metodológico*¹⁴ como marca do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional na doutrina brasileira, haja vista a ausência de análises jurisprudenciais concretas que comprovem a possível aplicação prática e os resultados

¹¹ Referidas práticas de tutela jurisdicional coletiva retratam o chamado modelo das *Class Actions*, de origem americana, amplamente difundido em países como o Brasil, o Canadá e, na Europa, a Suécia (DIDIER JR.; ZANERI JR., 2009). A diferença central entre o modelo de tutela coletiva e o modelo tradicional de litígio está, segundo Chayes (1976, *apud* DIDIER JR.; ZANERI JR., 2009, p. 58) na atribuição, no primeiro, de amplos poderes ao juiz (*defining function*), enquanto que no segundo há vinculação predominante à atividade das partes e a uma radical neutralidade judicial.

¹² A teoria constitucional da segunda metade do século XX consagrou-se por uma tradição de matriz alemã adstrita a reflexões de ordem normativa (Hans Kelsen), fenomenológica (Konrad Hesse), interpretativa (Peter Häberle), deliberativa (Jürgen Habermas) e argumentativa (Robert Alexy). Este paradigma possuía como intento a busca de um difícil balanceamento entre o constitucionalismo e a democracia, sintetizada na expressão *democracia constitucional*, o qual foi de grande valia para consagrar o papel efetivo do *Estado Constitucional de Direito* na promoção e ampliação dos direitos fundamentais.

¹³ Neves (2013, p. 171) associa este fascínio aos processos de democratização e constitucionalização que ocorreram nas últimas décadas do século XX, na América Latina, especialmente no Brasil, após um longo período de regimes autoritários que retiraram liberdades civis e políticas.

¹⁴ Como síntese da ideia desenvolvida pelo conceito de *sincretismo metodológico* tem-se a adoção de catálogos de princípios e métodos de interpretação, propostos por doutrinas e práticas constitucionais diversas e transplantados para o Brasil como se constituíssem algo universal, não passando, muitas vezes de discussão meramente teórica, sem o devido apego ao rigor dogmático, teórico e metodológico (SILVA, 2005, p. 182).

alcançados com os métodos e princípios de interpretação constitucional largamente difundidos na doutrina e jurisprudência brasileira.

A despeito do importante consenso quanto à necessidade de proteção e promoção de dos direitos fundamentais pelo Estado, resultado da recente experiência histórica dos regimes totalitários, evidencia-se que a doutrina constitucionalista brasileira, marcadamente a chamada *Doutrina Brasileira da Efetividade*¹⁵, apesar de objetivar a aplicação direta e imediata das normas constitucionais, na extensão máxima da sua densidade normativa, não se preocupou em investigar o fenômeno constitucional sob uma perspectiva prático-empírica acerca do funcionamento das instituições democráticas.

Ao invés disso, esta perspectiva concebe que o papel da efetividade dos direitos fundamentais se restringe a um plano limitado de exercício formal dos atos e decisões de instituições isoladamente consideradas, em particular, do Supremo Tribunal Federal, fato que sugere a ocorrência de um *gap operacional* entre o prisma normativo/valorativo e o prático, ou seja, o acordo sobre princípios básicos não se refletiria em um segundo nível, de maior especificidade.

Esta quase exclusiva ênfase sobre a adjudicação e o tradicional quadro metodológico¹⁶ para analisar os efeitos da recente onda de litigância de DESCs oferecidos pela bem estabelecida literatura constitucional sobre Cortes têm criado, no entendimento de Rodríguez-Garavito (2011, p. 6), um ponto cego prático – a falta de estudos analíticos sobre a efetividade das decisões judiciais.

Consequentemente, para a devida compreensão da efetividade dos direitos fundamentais buscar-se-á o deslocamento do eixo analítico da abordagem convencional sobre a temática, o qual limita-se a uma perspectiva quantitativa de investigação da atuação das Cortes, superestima o papel e a responsabilidade do Tribunal Constitucional (STF) na concretização de DESCs, ao mesmo tempo em que atrofia outros Poderes. Esta sugestão de mudança de paradigma de ordem teórica e prática do direito constitucional brasileiro, de suma

¹⁵ A *Doutrina Brasileira da Efetividade* é uma expressão cunhada por Barroso (2005, p.61-77), em referência à tese de José Afonso da Silva sobre a *aplicabilidade das normas constitucionais*, publicada pela primeira vez em 1967. Também chamada por Cláudio Pereira de Souza Neto (2008) de *constitucionalismo brasileiro da efetividade* fora concebido como um movimento jurídico-acadêmico que contribuiu para a elaboração de categorias dogmáticas no intento de propagar a ideia da força normativa das normas constitucionais brasileiras.

¹⁶ A abordagem convencional da doutrina e da jurisprudência acerca da presente temática teria como foco dois ângulos de análise: a) o teórico – que prioriza a judicialização dos DESCs à luz das demandas da teoria democrática e da realidade de contextos sociais marcados por profundas desigualdades econômicas e políticas e b) o da doutrina dos direitos humanos – que propiciou maior precisão teórica para a criação de *standards* judiciais na defesa de direitos fundamentais (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 6).

importância para presente estudo, evidencia a necessidade de adoção de um marco analítico para um novo olhar sobre os efeitos das decisões judiciais.

Sustenta-se como hipótese que o STF, quando da estipulação de cláusulas condicionantes para a demarcação de terras indígenas não cumpriu com a sua pretensa missão institucional de proteger os direitos fundamentais, em particular, no caso em tela, os direitos sócio-econômicos (DESCs) dos povos indígenas, mas, ao contrário, inovou o ordenamento jurídico para restringi-los.

2. Os efeitos das decisões judiciais sobre os DESCs: um marco analítico

Ao se reconhecer a(s) instituição(ões) democrática(s) como responsável(is) pela eficácia dos direitos fundamentais no plano normativo-constitucional faz-se necessária a discussão acerca dos fenômenos que lhes são pertinentes. Esta proposta é complexa e dinâmica, não só pelas funções e atribuições constitucionalmente asseguradas (contexto jurídico), como também pelo fato de ela ser pautada em uma interação com o aspecto social-humano (contexto político) (ALMEIDA; RANGEL, 2012, p. 166).

Assim sendo, a investigação do fenômeno constitucional sob uma perspectiva prático-empírica acerca do funcionamento das instituições democráticas, a qual pretenda apreciar os multifacetados efeitos decorrentes de suas decisões, aponta para a superação dos já extenuantes enfoques teórico-metodológicos dirigidos à dimensão normativo-interpretativa.

Neste sentido, revela-se salutar o diálogo com a abordagem proposta por César Rodríguez-Garavito, a partir da sua tipologia dos efeitos das decisões judiciais. Esta sugere a ampliação do campo de visão teórico e metodológico convencional para além da sala do Tribunal, com o fito de capturar a ampla gama de efeitos relevantes das decisões judiciais sobre os direitos socio-econômicos (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 8).

Conforme ilustra a *Tabela 1*, segundo a referida perspectiva, as decisões judiciais possuiriam 4 tipos de efeitos: a) direito; b) indireto; c) material e e) simbólico.

Tabela 1. Tipos e exemplos de Efeitos das Decisões Judiciais

	Direto	Indireto
Material	Desenho de políticas públicas, da forma ordenada pela decisão	Formação de coalisões de ativistas para influenciar a questão em debate
Simbólico	Definição e percepção do problema como uma violação de direitos	Transformação da opinião pública a respeito da urgência e gravidade do problema

Fonte: RODRIGUEZ-GARAVITO (2011, p. 12)

Inicialmente, em rápida interpretação dos dados supra, os efeitos das decisões judiciais poderiam ser considerados sob a dicotomia diretos-indiretos (eixo horizontal). Assim, segundo o autor, enquanto os *efeitos diretos* incluiriam as ações ordenadas pelo tribunal que afetam imediatamente os participantes do caso, sejam os destinatários das ordens do tribunal os litigantes, os beneficiários ou os organismos estatais, os *efeitos indiretos* diriam respeito a todas as consequências que, sem estar estipuladas nas ordens do tribunal, se derivam da sentença, afetando, assim, não apenas as partes do caso, mas também outros sujeitos sociais (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2013, p.10).

Em contrapartida, no eixo vertical, observando-se a dicotomia materiais-simbólicos, temos que os *efeitos materiais* se referem a mudanças tangíveis na conduta de grupos ou indivíduos. Ao passo que os *efeitos simbólicos* relacionam-se a mudanças nas ideias, percepções e concepções sociais coletivas acerca do tema em litígio.

O argumento central apresentado a partir da presente tipologia é de que para um estudo analítico acerca da efetividade e do impacto das decisões judiciais para além da sala do Tribunal faz-se necessária a abordagem dos quatro tipos de efeitos resultantes do cruzamento entre as classificações: *efeito material-direto* (formulação de uma política pública ordenada pelo Tribunal); *efeito material-indireto* (participação e influência de novos atores no debate público); *efeito simbólico-direto* (redefinição da cobertura da mídia) e *efeito simbólico-indireto* (transformação da opinião pública sobre o tema).

Delimitado o marco teórico, para a análise dos efeitos da decisão judicial no caso *Raposa Serra do Sol* (PET 33888/RR), optou-se por escolher, como estratégia para viabilizar

a presente pesquisa, os *atores políticos institucionais*¹⁷ como objeto prioritário de estudo, daí o destaque ao efeito material-direto (vide *Tabela 1*).

3. Os efeitos das decisões judiciais sobre os DESCs: o caso *Raposa Serra do Sol*

3.1 Breve histórico e contextualização¹⁸

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol é ocupada por aproximadamente 18 mil indígenas, localizada em zona de tríplice fronteira (divisa do Brasil, Guiana e Venezuela), sobreposta ao Parque Nacional do Monte Roraima, área de conservação, ocupando 46% do território do Estado de Roraima.

O seu procedimento administrativo de demarcação¹⁹ foi iniciado pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI em 1977, apenas sendo-lhe formalmente reconhecida, em 13 de abril de 2005, a partir da emissão da Portaria n° 534/05, do Ministério da Justiça, perfazendo uma superfície contínua de 1.747.464,078 hectares. Até a assinatura, em 15 de abril de 2005, pelo Presidente da República Federativa do Brasil, do Decreto de Homologação da Portaria No. 534/05, fortes pressões políticas retardaram o processo administrativo, diversas invasões às terras indígenas demarcadas ocorreram, bem como, foram criados mais de um município dentro da área.

Embora administrativamente concluída desde 2005, com a edição do decreto presidencial pertinente, uma operação policial para a retirada de arroteiros ocupantes de parte da área foi objeto de reação violenta, ensejando a oposição de diversos recursos judiciais por pessoas não-indígenas interessadas, incluindo o Estado de Roraima, requerendo, em síntese, a

¹⁷ Identificamos como *atores políticos institucionais* os Poderes Constitucionais: o Executivo (neste destacando-se o Ministério da Justiça – MJ, a Advocacia Geral da União – AGU e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI), o Legislativo e o Judiciário. Ressalte-se, entretanto, a reconhecida relevância do papel exercido pelos *atores políticos sociais*, tais como entidades representativas da Sociedade Civil e movimentos populares indígenas para o presente caso. Todavia, a sua abordagem sugere estudo próprio, o qual foge do objeto de pesquisa ora proposto.

¹⁸ Esta seção toma por base os dados divulgados no Relatório N°. 125/10, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, no qual foram analisados os requisitos de admissibilidade de denúncia (Petição 250-04) proposta pelo Conselho Indígena de Roraima – CIR e a *Rainforest Foundation US*, em 29 de março de 2004, contra a República Federativa do Brasil por supostas violações aos artigos I, II, III, VIII, IX, XVIII e XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (“a Declaração Americana”), e aos artigos 4, 5, 8, 12, 21, 22, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“a Convenção Americana”), em relação às obrigações gerais de respeitar os direitos e adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em prejuízo dos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana da Raposa Serra do Sol e seus membros, conhecidos como “os povos indígenas da Raposa”.

¹⁹ Esse procedimento administrativo – que se orienta pelo Artigo 231 da Constituição, pela Portaria 14/96 e pelo Decreto 1.775/ 96, além dos manuais do antropólogo e do ambientalista – contém várias etapas e envolve diversos órgãos federais. Em linhas gerais, o percurso de uma reivindicação de demarcação de terra indígena se inicia na Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação de Terras Indígenas - CGID/FUNAI, concluindo-se com o seu registro junto ao Serviço de Patrimônio da União (SPU), a última etapa do processo. Para a compreensão do longo e, muitas vezes, conturbado processo de regularização fundiária de terras indígenas vide *Quadro 1*.

suspensão liminar dos efeitos da Portaria No. 534/05 e do decreto homologatório e, no mérito, a declaração de nulidade. Referidas medidas judiciais acabaram por suspender o processo de retirada dos habitantes não-indígenas do território indígena da raposa, até que o Supremo Tribunal Federal julgasse o mérito de pelo menos uma das ações e/ou recursos.

A primeira decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação do território indígena da Raposa foi emitida recentemente no julgamento da Ação Popular (Petição 3.388/RR), em 19 de março de 2009, e publicada no Diário Oficial da União em 25 de setembro de 2009.

Na referida decisão foram confirmados a Portaria e o Decreto de Homologação, e foi declarada a constitucionalidade da demarcação contínua do território indígena da Raposa, sempre e quando se observem as 19 cláusulas condicionantes indicadas nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena que viesse a ser promovida no Brasil. Diversas manifestações favoráveis e contrárias à demarcação se sucederam, com ampla cobertura da mídia.

3.2. Os direitos sócio-econômicos e culturais dos povos indígenas na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na consagração e na proteção dos direitos indígenas²⁰, bem como promoveu significativa mudança de paradigma quanto ao tratamento dispensado pelo Estado brasileiro aos povos originários, haja vista que supera o modelo assimilacionista²¹, no qual os nativos eram considerados *selvagens* que se situavam em um estágio civilizatório e cultural inferior e, portanto, deveriam ser *domesticados e cristianizados* para o seu próprio bem (ANJOS FILHO, 2009, p. 506).

A doutrina brasileira da efetividade especializada no tema dos direitos constitucionais indígenas²² e a teoria dos direitos fundamentais consensuam que os direitos sócio-econômicos

²⁰ A temática indígena encontra-se pontualmente consignada na Constituição Federal de 1988 no Capítulo VIII do Título VIII da Constituição (“Dos Índios”), composto pelos artigos 231 e 232, bem como nos artigos 22, XVI; art.109 XI; art. 129, V; art.176 § 1º; art. 210, § 2º; art. 215, § 1º e art. 67 do ADCT, formando, segundo Robério Nunes dos Anjos Filho (2009), o *direito constitucional indígenista*.

²¹ Os ideais assimilacionistas já estavam presentes na legislação do período Colonial, sendo reproduzidos nos textos constitucionais até o advento da Constituição Federal de 1988. Para uma compreensão aprofundada acerca desta mudança paradigmática Cf. VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os Povos Indígenas Brasileiros e a Transição Paradigmática**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.

²² Para um relato ampliado de uma doutrina brasileira dos direitos constitucionais indígenas Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Os direitos humanos dos povos indígenas**. Brasil. Direitos Humanos 2008: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, p. 250; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2009; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 569-604.

e culturais indígenas estão condicionados ao direito à terra, considerado verdadeiro direito fundamental para os povos originais, condição essencial para o exercício dos demais direitos também constitucionalmente protegidos, assim como para a própria identidade indígena (crenças, costumes, tradições e culturas), cuja base é a ideia de territorialidade. Neste diapasão, o procedimento administrativo da demarcação territorial constitui-se como o principal instrumento para a concretização deste direito, na medida em que consubstanciam o reconhecimento dos limites geográficos das reservas indígenas. (DALLARI, 2008, p.250).

No intuito de verificar se o STF, neste caso específico, foi (ou não) capaz de implementar uma mudança social relevante e assegurar a proteção de DESCs dos povos indígenas, conforme previsto na Constituição Federal, em observância com as atuais promessas do Estado Constitucional e da atual teoria da efetivação de direitos fundamentais, passa-se a análise dos efeitos da decisão judicial em questão, através de mapeamento sintético do posicionamento institucional dos agentes envolvidos.

3.3 Os efeitos da Petição 3.388/RR: uma análise das condicionantes²³

Inicialmente, cabe o registro, como forma de explicitar e justificar a aplicação da teoria e da tipologia de Rodríguez-Garavito ao caso *Raposa Serra do Sol*, que o referido julgado guarda semelhanças com a sentença paradigmática T-025²⁴ (2004), haja vista que ambas se inscrevem na tendência internacional de protagonismo judicial na concretização de direitos sociais (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 16).

Outra aproximação conceitual entre a Petição 3.388/RR e a T-025 decorre do enquadramento da primeira nas classificações *macro sentença*²⁵ e *caso estrutural*²⁶, propostas

²³ Acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre a Petição 3.388-4 Roraima (Anexo A da comunicação dos petionários recebida em 4 de dezembro de 2009). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20%203388>>. Acesso em: 10 fev 2014.

²⁴ A sentença T-025 (2004) tutelou o direito de aproximadamente 1150 famílias (5 milhões de pessoas) em situação de despejo forçado em área de plantação de coca, decorrente de grave conflito armado colombiano que perdurou por 25 anos. Cf. Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento (CODHES). **¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010**. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fb3e9c4f-9ea0-4948-8dc5-19cf6e877993/CODHES%20informe%202010%20-consolidacion%20de%20qu%C3%A9-.pdf>>. Acesso em 15 fev 2014.

²⁵ Rodríguez-Garavito (2010, p. 14) classificou a T-025 (2004) de *macro sentença* em razão do seu alcance, principalmente: 1) pelo tamanho da população beneficiada; 2) a gravidade das violações de direitos humanos que pretende resolver; 3) os numerosos atores estatais e sociais envolvidos e 4) a ambição e a duração do processo de implementação das ordens da decisão, que leva seis anos e segue aberto.

²⁶ Conforme se observa na nota 9, a Ação Popular PET 3.388-4 preenche os requisitos supra, haja vista que: 1) atualmente, no Brasil, segundo dados do Censo IBGE 2010 (Cf. <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2>>), a população indígena é de 817.963 pessoas. Especificamente, os povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana conhecidos como “povos indígenas da Raposa” representam uma população conjunta de 18.000 índios, organizados em 167 comunidades; 2) implicou o envolvimento de diversos agentes

pelo autor colombiano, quando do esboço da sua perspectiva analítica e metodológica para examinar a implementação das decisões judiciais da Corte Constitucional Colombiana – CCC.

Passando-se para a análise dos efeitos da decisão judicial (PET 33888/RR), têm-se que na referida decisão, além de confirmados a Portaria (Portaria No. 534/05) e o Decreto de Homologação, fora declarada a constitucionalidade da demarcação contínua do território indígena da Raposa Serra do Sol, sempre e quando se observem as 19 cláusulas condicionantes, indicadas nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Menezes Direito e Gilmar Mendes²⁷, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena que viesse a ser homologada no Brasil (Vide *Tabela 2*).

Tabela 2. Condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol - STF

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, § 6º, da Constituição Federal, o relevante interesse público da União na forma de Lei complementar.
2 – O usufruto dos índios não abrange a exploração 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 de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-lhes a participação nos resultados a lavra, na forma da lei.
4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira.
5 – O usufruto dos índios fica condicionado 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 (Ministério da Defesa e o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.
6 – A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas ou 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 educação.
8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade 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 deverá ser ouvida, levando-se 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 de Conservação da Biodiversidade.
11 – Devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e 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.

estatais e institucionais na questão e 3) acarretou remédios estruturais, especificamente, as 19 condicionantes indicadas nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

²⁷ O Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, afirmou que as condicionantes deverão servir como "estatuto da demarcação de terras indígenas. Cf. SELIGMAN, Felipe. Procurador-geral questiona STF no julgamento da Raposa. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 mar 2009, Poder. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2103200916.htm>>. Acesso em 18 fev 2014.

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 ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, <i>caput</i> , Lei no. 6.001/1973)
15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, parágrafo 1º da Lei no. 6.001/1973).
16 — As terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI e 231, §3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43, da Lei no. 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros.
17- vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.
18 – Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).
19- É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase que se encontra o procedimento.

Segundo argumentação constante nos votos do julgamento em tela, as referidas condicionantes seriam estipuladas com fim declaratório, no intuito de balizar as demarcações de terras indígenas, com base na exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis, assegurada a interpretação conforme (CAMARGO *et al.*, 2010). Todavia, estas evidenciaram verdadeira natureza mandamental²⁸, típica de decisões ativistas, inovando o ordenamento jurídico.

Com a finalidade de esclarecer o alcance da presente decisão, cujo acórdão possui mais de 600 páginas, foram opostos sete Embargos de Declaração sobre as condicionantes, tendo por relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Em seu voto, aprovado por unanimidade, entendeu-se que a despeito do acórdão embargado representar decisão da mais alta Corte do país, a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, não se estendendo os fundamentos ora adotados a outros processos de demarcação de terras indígenas. Assim sendo, as 19 condicionantes institucionais tiveram a sua validade restrita ao caso Raposa Serra do Sol²⁹.

²⁸ O estabelecimento de condicionantes não foi unânime entre os Ministros do STF. Os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau questionaram o fato de não ter havido oportunidade para manifestação das partes sobre o seu conteúdo. Registra-se ainda as críticas constantes no Parecer do Ministério Público Federal – MPF, dentre outras: a de que o STF não pode traçar parâmetros abstratos de conduta; não houve discussão prévia na sociedade, o que viola as regras legais concernentes aos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada (CPC, arts. 469 e 472, art. 18 da Lei nº 4.717/65) e aos princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e da Separação de Poderes (art. 2º, CF); e de que houve ofensa à garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), sob o argumento de que referidas condições não guardam relação com o objeto específico da lide.

²⁹ Nas palavras do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso: “Foi uma decisão atípica e ousada. Até nem acho que esse deva ser o padrão, mas se o tribunal não tivesse feito como fez, a decisão não seria cumprida”. Cf. CANÁRIO, Pedro. Decisão da Raposa Serra do Sol não tem efeito vinculante. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 23 out 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/decisao-raposa-serra-sol-nao-cria-normas-abstratas-define-stf>>. Acesso em: 14 fev 2014.

Retornando para a tipologia de efeitos das decisões judiciais de César Rodríguez Garavito, adotada neste estudo, observa-se que seis efeitos principais decorreram da decisão paradigmática T-025, quais sejam: a) de desbloqueio; b) de coordenação; c) de política pública; d) participativo; e) setorial e f) de enquadramento. Todavia, da análise das condicionantes estipuladas pelo STF na PET 3.388/RR pode-se apontar a existência de apenas dois efeitos principais decorrentes dessa decisão judicial, representados na *Tabela 3*:

Tabela 3. Efeitos da decisão judicial no caso *Raposa Serra do Sol* (PET 33888/RR)

	Direto	Indireto
Material	Desbloqueio	
Simbólico		Enquadramento

Fonte: RODRIGUEZ-GARAVITO (2011, p. 15, modificada)

1. Efeito de desbloqueio: a ruptura da inércia institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, haja vista o atraso injustificado de 32 anos (1977-2009) na resolução do processo administrativo de demarcação do território indígena³⁰ e inexistência de disposições legais posteriores à Constituição Federal de 1988 que garantam a devida normatização dos direitos territoriais indígenas³¹. Trata-se de um efeito material-direto da decisão.

³⁰ Em seu artigo 67, a Constituição de 1988 afirma que a União deveria concluir a demarcação de terras indígenas cinco anos após a promulgação da Carta, ou seja, até 1993. No entanto, Há demarcações pendentes – algumas há décadas – em quase todos os Estados. A questão é especialmente crítica em Mato Grosso do Sul e nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste. Em boa parte dos casos, as demarcações estão paralisadas por processos judiciais movidos por Estados, municípios ou agricultores que seriam desalojados pelas ações. Em outros 21, elas dependem apenas do aval do Ministério da Justiça e/ou da Presidência da República. Cf. FELLET, João. Indígenas protestam contra mudança na demarcação de terras. **BBC Brasil**, Brasília, 1 out 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/10/131001_indigenas_protesto_congresso_brasilia_jf_mm.shtml>. Acesso em: 11 fev 2014.

³¹ Segundo dados do Instituto SocioAmbiental, há um verdadeiro “vazio legislativo”, o qual pode ser evidenciado pelo fato da última legislação especial sobre a temática datar de 1973, o Estatuto dos Povos Indígenas (Lei Federal nº 6.001/73), o chamado “Estatuto do Índio”. O “novo” Estatuto ainda aguarda aprovação no Congresso Nacional. Disponível em: <<http://piib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/introducao>>. Acesso em: 12 fev 2014.

2. Efeito de enquadramento: O STF auxiliou no enquadramento da demarcação de terras indígenas como um problema de direitos humanos, devendo ser tratado no plano constitucional, distinguindo-se do instituto jurídico da posse do Direito Civil. Ainda, registra-se a influência da opinião pública, decorrente da ampliação da discussão da temática indígena na sociedade em geral, expandindo-a para além dos grupos de interesse diretamente envolvidos, através da cobertura da imprensa do julgamento. Trata-se de efeito simbólico-indireto da decisão.

Em contrapartida, tendo em vista a atuação do STF no caso em tela, através de mapeamento sintético do posicionamento institucional dos agentes envolvidos, observou-se a ausência dos demais efeitos elencados por Rodríguez-Garavito. Senão vejamos:

- a) Efeito de coordenação: apesar do julgamento da PET 3.388/RR pretender explicitar diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena envolvendo uma gama de instituições relevantes para o desenho, o financiamento e a execução de política pública destinada à população indígena brasileira, evidenciou-se a ausência de colaboração entre os agentes interessados, bem como “superposições institucionais”³²;
- b) Efeito de política pública: a decisão judicial em tela, até a presente data, não ensejou a elaboração de uma política nacional de longo prazo para a população indígena, nem mesmo mecanismos para executá-la, financiá-la e monitorá-la³³;

³² No âmbito do Legislativo, tramita desde 2000 na Câmara dos Deputados Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215, defendida por parlamentares da bancada ruralista, que pretende condicionar à aprovação do Congresso Nacional qualquer demarcação de território indígena não concluída. Cf. inteiro teor da Proposta de Emenda à Constituição n° 215/2000 e a notória agilidade em sua tramitação após a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo STF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 15 fev 2014. Já no âmbito do Executivo, a Advocacia Geral da União, através do Ministro Luís Inácio Adams, informou à imprensa, logo após o julgamento dos Embargos de Declaração na PET 33888/RR que deverá reeditar a Portaria 303/2012, atualmente suspensa, que pretende estender as condicionantes do presente caso aos demais processos de demarcação de terras indígenas. Cf. STF decide que condicionantes só são obrigatórias para TI Raposa Serra do Sol (RR). **Instituto Socioambiental – ISA**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/stf-decide-que-condicionantes-so-sao-obrigatorias-para-ti-raposa-serra-do-sol-rr>>. Acesso em: 10 fev 2014. A íntegra da Portaria n° 303, de 16 de julho de 2012 encontra-se disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=596939>>.

³³ Cabe o registro como única iniciativa promovida, em nítida resposta à atuação judicial, a aprovação de plano de reestruturação da FUNAI, por meio do Decreto Presidencial n° 7.056, de 28 de dezembro de 2009. Todavia, este fora revogado, tendo os seus efeitos produzidos apenas a partir da publicação de novo Decreto (n° 7.778, de 27 de julho de 2012). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Decreto/D7778.htm#art8>. Acesso em: 10 fev 2014.

- c) Efeito participativo: tanto o julgamento da PET 3.388/RR - acórdão e condicionantes - como o de seus Embargos de Declaração versaram sobre a participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetassem seus interesses e direitos. Todavia, ambas relativizam o direito de consulta prévia, previsto na Convenção 169, da OIT. Assim, “interesses estratégicos” também protegidos pela Constituição poderiam excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia, ficando a cargo do Poder Judiciário o exercício de ponderação dos princípios constitucionais em eventual conflito. Salientou-se que a relevância da consulta às comunidades indígenas não significaria que as decisões dependessem formalmente da aceitação dessas comunidades como requisito de validade³⁴⁻³⁵;
- d) Efeito setorial: a população indígena, segmento social alvo da referida decisão judicial sobre DESCs, continua em situação sócio-econômica desfavorável no Brasil, não se evidenciando significativas alterações no quadro anterior objeto da lide³⁶. Persiste a falta de recursos humanos e financeiros para atender as demandas indígenas; a lentidão no processo de demarcação e regularização de terras indígenas; o intenso processo de deslegitimação e criminalização das organizações indigenistas; a depopulação constatada nos altos índices de mortes por desnutrição e doenças infecciosas e intestinais, decorrentes da falta de assistência médica,

³⁴ Confira a síntese do voto do relator dos Embargos de Declaração na versão eletrônica do Informativo STF nº725. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_outubro_2013.pdf>. Acesso em 16 fev 2014.

³⁵ A “atuação coadjuvante” dos índios e suas comunidades a que faz referência o voto do Ministro Relator da PET 33888/RR, Carlos Ayres Britto, p. 51, representa ofensa ao direito de consulta das comunidades indígenas, haja vista tratar-se de desconsideração de condição para o exercício de legislar. Neste sentido, qualquer intervenção em área indígena, exige além de autorização do Congresso Nacional, mediante lei, de consulta prévia dos povos indígenas interessados (DALLARI, 2009).

³⁶ De acordo com o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) intitulado *A situação dos povos indígenas do mundo* (2010), produzido pelo Secretariado do Fórum Permanente sobre Questões Indígenas das Nações Unidas e divulgado simultaneamente no Rio de Janeiro, Nova York, Bruxelas, Canberra, Manila, México, Moscou, Pretoria e Bogotá, dos 750 mil índios - números do Censo de 2000 - cerca de 285 mil (38%) vivem em extrema pobreza no Brasil. Segundo o cenário apresentado, os povos indígenas enfrentam considerável risco de extinção. O estudo aponta também que a mortalidade infantil é 70% superior em comunidades indígenas de países latino-americanos. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/SOWIP_web.pdf>. Acesso em: 13 fev 2014. Ainda, de acordo com o relatório *Violência contra os Povos Indígenas no Brasil*, divulgado em 2012 pelo Conselho Indigenista Missionário - CIMI, houve piora na situação sócio-econômica dos povos indígenas em vários aspectos: o aumento do número de assassinatos de índios (Em 2012, foram registradas 60 vítimas, contra os 51 casos ocorridos em 2011. Nos últimos 10 anos, os levantamentos do CIMI mostram que pelo menos 563 indígenas foram assassinados no país. Uma média anual de 56,3 indígenas). No que tange à degradação ambiental, os indicadores também pioraram, em função da cobiça pelos minérios, madeira, biodiversidade, pela agropecuária e pela exploração de energia elétrica. Enquanto em 2010 o CIMI relatou 33 casos de invasões de propriedades indígenas e de exploração ilegal de recursos naturais, no ano passado foram 42 casos. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/viol/viol2012.pdf>>. Acesso em: 15 fev 2014.

saneamento básico e segurança alimentar adequados, os suicídios, principalmente entre os adolescentes e jovens, em função da falta de perspectivas de futuro e do aumento dos conflitos fundiários, expressam o desespero dos povos indígenas diante da omissão do Poder Público.

Ainda, resta evidenciado nas condicionantes estabelecidas pelo STF que houve a mitigação do instituto do *indigenato*, consagrado nos artigos 231 e 232, da Constituição Federal, o qual reconhecia os direitos territoriais indígenas como direitos originários. A nova interpretação definiu como marco inicial para toda e qualquer posse indígena o dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, descaracterizando a dimensão ancestral e cultural das terras indígenas tradicionalmente ocupadas, bem como fortalecendo o argumento das ações judiciais que pleiteiam a revogação das reservas indígenas já asseguradas.

Por fim, outra evidência de esvaziamento dos direitos constitucionais indígenas foi a fragilização do reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo também expressa nas condicionantes. Assim sendo, tem-se que enquanto parcela das salvaguardas institucionais estabelecidas reproduziram meramente os preceitos constitucionais, reforçando-os, outras limitaram o usufruto das terras indígena a partir de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, inviabilizando o pleno gozo dos direitos constitucionais indígenas.

4. Conclusão

A partir do *constitucionalismo brasileiro da efetividade*, o qual atribuiu normatividade plena à Constituição, houve o aumento gradativo das funções e da importância política dos tribunais constitucionais, sendo-lhes concedido papel relevante na efetivação dos valores e dos direitos constitucionais: o de “última instância” para a concretização desses direitos dos DESCs.

No âmbito da teoria dos direitos fundamentais e da teoria constitucional, o Poder Judiciário, sem dúvidas, apresenta-se como um ator destacado da defesa e garantia de direitos fundamentais. Todavia, em sociedades complexas e pluralistas não se pode atribuir estaticamente a apenas um Poder Constitucional a definição do sentido da constituição, bem como desconsiderar a dimensão prática do funcionamento e do comportamento das instituições políticas, seus processos decisórios e seus rebatimentos em outras esferas de interesse.

Na atual quadra do constitucionalismo brasileiro a questão que deve nortear o debate não deve ter como parâmetro a abordagem decisional acerca de “quem decide” (parlamentos ou cortes), típicas das “teorias da última palavra”. Portanto, pontua-se que para a necessidade de uma “vidara epistemológica” no estudo da efetividade das decisões judiciais: passando-se do foco no plano teórico-normativo da consagração de direitos para o plano prático-institucional, em uma abordagem interdisciplinar.

A partir de uma análise empírica e crítica dos dados levantados, particularmente das 19 condicionantes propostas no acórdão da Petição 3.388/RR e do julgamento dos Embargos de Declaração, aponta-se que o STF não é capaz de implementar uma mudança social relevante e assegurar a proteção de direitos sócio-econômicos (DESCs), especificamente no caso em tela, da população indígena.

Referida observação decorre do fato do STF ser apenas mais um ator dentro de um arranjo institucional complexo, o qual demanda interações diversas com outros agentes institucionais envolvidos, bem como da referida decisão ter-se derivado poucas obrigações diretas que impactem o comportamento institucional dos demais atores políticos institucionais.

Ressalte-se, que a afirmação ora desenvolvida de que a atuação ativista do STF por si só não representou impacto relevante na efetividade dos direitos fundamentais indígenas, bem como que o STF não deve ser considerado como o epicentro de produção de efeitos garantidores da efetividade dos DESCs, não o invalida enquanto agente promotor dos avanços alcançados no plano da eficácia normativo-constitucional dos direitos fundamentais.

Espera-se, por fim, ter alcançado o objetivo do presente trabalho, qual seja, lançar luzes sobre a incipiente discussão na doutrina constitucional brasileira acerca dos impactos do ativismo judicial, a partir da análise dos efeitos das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal – STF sobre os direitos sócio-econômicos (DESCs).

5. Referências

ALMEIDA, Maíra V.; RANGEL, Henrique. Os Efeitos Sistêmicos na Teoria Institucional. In: **Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, 2012, Rio de Janeiro. Anais do Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação - 2012.2, 2012.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Gilberto Bercovici. São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, Tomo III, pp. 61-77.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Município de Porto Alegre *v.s* Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, Acórdão de 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337/SP. Município de São Paulo vs. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, Acórdão de 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe ; VIEIRA, J. R. ; TAVARES, R. S. ; RE, M. C. ; CARVALHO, F. M. ; PAIVA, C. ; SOARES, B. ; GAMA, F. A prática institucional e a representação argumentativa no Caso Raposa Serra do Sol. Primeira parte. In: **Revista Forense** (Impresso), v. 408, p. 02-19, 2010. Segunda parte. *Revista Forense* (Impresso), v. 409, p. 231-269, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2010. Relatório Nº. 125/10. Petição 250-04. Povos indígenas da Raposa Serra do Sol. Brasil. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2010port/BRAD250-04PO.doc>>. Acesso em: 19 jan 2014.

CANÁRIO, Pedro. Decisão da Raposa Serra do Sol não tem efeito vinculante. **Revista Consultor Jurídico**, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/decisao-raposa-serra-sol-nao-cria-normas-abstratas-define-stf>>. Acesso em: 14 fev 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003.

CARDOSO, Evorah L. Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. In: **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja** - Año V, Número Especial, 2011.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos humanos dos índios. In: MIRAS, Julia Trujillo [et all] (org.). **Makunaima Grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

DIDIER Jr. Fredie; ZANETI Jr, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Volume 4, Processo coletivo, Salvador, JusPodivm, 4ª edição revisada, atualizada e ampliada, 2009.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª edição revista, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. In: **Texas Law review**, Vol. 89, 2011, pp. 1-30.

_____. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Vol. 14 (diciembre), 2013, pp. 1-27.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. **Processo civil de interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SELIGMAN, Felipe. Procurador-geral questiona STF no julgamento da Raposa. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 mar 2009, Poder. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2103200916.htm>>. Acesso em 18 fev 2014

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.