

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS DAS MINORIAS NO
BRASIL: OS CASOS ELLWANGER E DA DEMARCAÇÃO DA TERRA
INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

*LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN
BRASIL: LOS CASOS ELLWANGER Y DE LA DEMARCACIÓN DE LA TIERRA
INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL*

Luciana Nogueira Nóbrega

Raquel Coelho Lenz Cesar

RESUMO: Nos últimos anos, temos observado que o Poder Judiciário brasileiro tem sido cada vez mais provocado a decidir sobre temas extremamente relevantes para a sociedade, temas esses intimamente relacionados ao reconhecimento e à concretização de direitos fundamentais. Algumas dessas ações põem na centralidade do debate direitos que foram conquistados por grupos sociais identificados como minoritários, tais como povos indígenas e negros, colocando essas conquistas, muitas vezes, em cheque. Nesse contexto, a presente pesquisa se insere visando identificar a postura do Supremo Tribunal Federal na resolução de conflitos envolvendo temáticas relativas aos direitos dos povos indígenas e outras minorias no Brasil. Para tanto, a partir de uma pesquisa teórica, buscamos delimitar o sentido de minorias, propondo a compreensão desses grupos como “novos sujeitos de direitos”. Posteriormente, a partir do estudo de caso da Ação Popular que discutia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Petição n. 3388) e o caso Ellwanger (Habeas Corpus n. 82.424/RS), constatamos que o Supremo Tribunal Federal não adota uma posição sempre a favor dos novos sujeitos de direito, superando a exclusão e a subordinação. O fato de essa Corte, nos últimos anos, ter se tornado um foro importante para as questões relativas a esses novos sujeitos de direitos não significa a certeza de decisões voltadas à afirmação dos direitos desses grupos, a indicar que o ativismo judicial nem sempre tem um viés tão democrático.

PALAVRAS-CHAVE: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; DIREITOS DE MINORIAS; ATIVISMO JUDICIAL

RESUMEN: En los últimos años, hemos observado que la justicia brasileña ha sido sacado a decidir sobre cuestiones de gran importancia para la sociedad, estos temas estrechamente relacionados con el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales. Algunas de estas acciones situar el debate sobre la centralidad de los derechos que fueron conquistados por los grupos sociales identificados como minorías como los pueblos indígenas y negros, la colocación de estos logros, a menudo bajo control. En este contexto, la presente investigación se inserta para identificar la posición de la Corte Suprema en la resolución de los conflictos relacionados con las cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas y otras minorías en Brasil. Para ello, a partir de una investigación teórica, se busca definir el significado de las minorías, ofreciendo una comprensión de estos grupos como "nuevos sujetos de derechos". Más tarde, como el estudio de caso de la Acción Popular discutir la demarcación de la Raposa Serra do Sol (petición n ° 3388) y el caso Ellwanger (82.424/RS No Habeas Corpus), nos encontramos con que la Corte Suprema de no adoptar un posición siempre a favor de nuevos sujetos de derecho, la superación de la exclusión y la subordinación. El hecho de que esta Corte en los últimos años, se han convertido en un importante foro para las cuestiones relativas a estos nuevos sujetos de derechos no significa la certeza de decisiones encaminadas a la defensa de los derechos de estos

grupos, lo que indica que el activismo judicial no siempre tiene un sesgo democrático.

PALABRAS CLAVE: Corte Suprema de Justicia; Derechos de las minorías; Activismo Judicial

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, temos observado que o Poder Judiciário pátrio está sendo cada vez mais instado a decidir sobre temas extremamente relevantes para a sociedade brasileira, temas esses intimamente relacionados ao reconhecimento e à concretização de direitos fundamentais. União homoafetiva, interrupção da gravidez em caso de anencefalia, demarcação de terras indígenas, pesquisas com uso de células-tronco, progressão de regime em crimes hediondos e outras questões estão na pauta de discussões dos Tribunais mais importantes do país.

Algumas dessas ações põem na centralidade do debate direitos que foram conquistados por grupos sociais identificados como minoritários, tais como povos indígenas e negros, colocando essas conquistas, muitas vezes, em cheque.

Nesse contexto, a presente pesquisa se insere visando identificar a postura da Corte mais importante do país, a quem compete a guarda da Constituição, na resolução de conflitos envolvendo temáticas relativas aos direitos dos povos indígenas e outras minorias no Brasil. Para tanto, a partir de uma pesquisa teórica, buscamos identificar esses grupos e seus direitos, tomando como base os estudos desenvolvidos em torno do tema das minorias. Posteriormente, foram tomadas duas ações que tramitaram perante o STF, a Ação Popular que discutia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Petição n. 3388) e o caso Ellwanger (Habeas Corpus n. 82.424/RS), a partir das quais identificamos o posicionamento da Corte acerca dos direitos dos grupos minoritários no Brasil.

2 De minorias a novos sujeitos de direitosⁱ

O processo de construção de direitos atinentes às minorias enovela-se em reflexões diversas, as quais traduzem a dificuldade de se estabelecer um consenso acerca de uma definição amplamente aceita de minorias. É o que constata O'Donnell, para quem a aplicação dos direitos das minorias “*también se dificulta por la falta de una definición clara y universalmente aceptada del término minoría*”.ⁱⁱ

No âmbito internacional, as questões relativas ao reconhecimento dos direitos culturais das minorias étnicas, dos povos indígenas e de outros grupos historicamente

excluídos e discriminados só começou a ganhar força na agenda dos direitos humanos em meados dos anos de 1960, ainda que a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas tenha criado, há mais de uma década antes desse período, uma Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minoriasⁱⁱⁱ.

Um dos primeiros documentos internacionais de direitos humanos que previu expressamente os direitos de minorias foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos^{iv}, que consagrou um dispositivo importante no caminho do reconhecimento desses novos direitos. Trata-se de seu art. 27, o qual estabelece que:

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Com base nesse dispositivo, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, em um esforço pioneiro na definição de minorias, sugeriu que o termo significasse, dentro de um conjunto populacional, apenas os grupos não dominantes que possuíssem e desejassem preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas do resto da população, devendo ser leis ao Estado do qual sejam nacionais. Corroborando com essa idéia, Francesco Capotorti elaborou, em seu estudo sobre o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, um conceito para minorias, o qual foi amplamente aceito pela doutrina clássica. Para este autor minoria é:

A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.^v

Pela definição de Capotorti, são elementos constitutivos do conceito de minoria: o elemento numérico (“*a group numerically inferior to the rest of the population of a State*”), o elemento de não-dominância (“*in a non-dominant position*”), o elemento da cidadania (“*whose members – being nationals of the State*”) e o elemento da solidariedade entre os membros da minoria (“*and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language*”).

Adotando, em parte, a definição de Capotorti, Will Kymlicka^{vi}, um importante teórico do Multiculturalismo^{vii}, defende que o termo minorias compreende apenas as **minorias nacionais**, que correspondem aos grupos humanos que gozavam de autogoverno e estavam concentrados territorialmente em um Estado maior; e os **grupos**

étnicos, entendidos como os grupos que surgiram da imigração individual ou familiar. Neste sentido, o conceito proposto por Kymlicka não difere substancialmente do conceito de minorias como grupos numericamente inferiores e que possuem características religiosas, étnicas ou linguísticas diferentes da maioria da população.

Esse conceito, no entanto, parece não abarcar todas as situações em que grupos humanos têm privados os seus direitos em decorrência de sua condição minoritária. É o caso, por exemplo, dos(as) negros(as) durante o regime do *apartheid* que vigorou na África do Sul. Naquele país, a maioria numérica negra foi submetida, por anos, a um sistema de opressão e intolerância levado a cabo por uma minoria branca. Se seguirmos a conceituação de Capotorti, é possível afirmar que os(as) negros(as) não mereceriam a proteção do art. 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, pois, naquelas circunstâncias, faltava-lhes um elemento essencial para serem caracterizados como minorias, qual seja, o elemento numérico, já que não constituíam uma minoria populacional.

Ademais, outro ponto importante para caracterização das minorias não foi suficientemente destacado por Capotorti. Trata-se de um critério subjetivo que se relaciona ao sentimento de pertença do indivíduo ao grupo considerado. A posição adotada por Capotorti, de conferir mais importância aos elementos objetivos que subjetivos para conceituação de minoria, foi incorporada pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, para quem pertencer a uma minoria era muito mais uma questão de fato que de vontade. Pires aponta que:

No que respeita ao elemento subjectivo da noção de minoria, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional rejeitou o argumento segundo o qual a declaração de pertença a uma minoria era o único factor que condicionava a possibilidade de exercício dos direitos previstos pelos Tratados [...]. O Tribunal declarou que as minorias eram definidas por elementos objectivos, como a raça ou a religião e não por simples declaração de vontade das pessoas. Esta declaração deve constituir a constatação de um facto e não a expressão de uma vontade, o que excluía assim o elemento subjectivo da noção de minoria.^{viii}

Discordando da posição deste Tribunal, Bakatola^{ix} defende que o critério subjetivo, consistente na auto-declaração, é o instrumento mais adequado para identificar o indivíduo como membro de uma determinada minoria. Seu entendimento parece ter prevalecido nos últimos anos, a partir das declarações e convenções internacionais que se seguiram, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho^x e da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas^{xi}, nas quais a auto-afirmação da identidade e o sentimento de pertença a um

grupo passaram a ser critérios para que um indivíduo seja identificado como membro de uma minoria.

Outro problema que decorre do conceito de Capotorti relaciona-se à exigência de que os grupos minoritários apresentem características étnicas, religiosas ou linguísticas que possam diferenciá-los do resto da população. Nos termos do conceito proposto por Capotorti não seriam compreendidos como minorias as mulheres, os idosos, as crianças, por exemplo, porque não apresentam diferenças linguísticas, étnicas ou religiosas que justifiquem sua categorização como grupos minoritários.

Essas dificuldades decorrentes da adoção do conceito de minorias proposto levaram alguns(mas) doutrinadores(as) a defender que o termo *minorias* pode fazer referência a diversos grupos humanos, segundo a sociedade na qual se encontrem inseridos, sendo um tema intimamente ligado à cultura^{xii} de cada povo.

Rompendo com o pensamento tradicional de Capotorti e Kymlicka, Andrea Semprini advoga a tese de que minorias:

[...] são mais movimentos sociais, estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com frequência é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem, ao contrário, como possuidores de valores comuns e a se perceberem como um grupo à parte [...].^{xiii}

A posição de Semprini é corroborada por autores(as) brasileiros(as) que compreendem que o termo *minorias* deve ser entendido como um conceito cujo elemento numérico não seja essencial. Em verdade, para esses(as) pensadores(as), minorias seria todo grupo humano excluído do exercício de algum direito pelo simples fato de constituir um grupo diferente do que foi estabelecido como padrão.

Reforçando essa compreensão, podemos conceituar minorias como aqueles grupos sociais dos quais é subtraída, em virtude de discriminação, a competência para tomar decisões que alterem os rumos da sociedade, tendo dificuldades em ocupar espaços de poder, embora possam representar a maioria populacional. São grupos humanos cujos direitos são frequentemente negados, embora possam estar assegurados formalmente. Nesse sentido, para Carmen Lúcia Antunes Rocha

[...] não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detêm o poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada

base de pesquisa. [...]. Assim, o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos por *minorias*, mas que representam maior número de pessoas na globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.^{xiv}

Sob esse enfoque, Andrea Semprini^{xv} esclarece que a problemática dos direitos das minorias (conceito político e não numérico) em relação à maioria (idéia que aqui também assume um viés político, significando aqueles grupos humanos que detém poder para definir os rumos da sociedade) pode ser analisada sob duas vertentes: a partir de uma interpretação política e a partir de uma interpretação cultural.

Pela interpretação da Ciência Política, a reivindicação dos direitos das minorias é analisada no contexto de um Estado Nacional. O objetivo dessas reivindicações seria a conquista de direitos específicos e diferenciados, sejam eles individuais, políticos ou sociais. Como exemplo de minorias para a interpretação política, Semprini menciona os índios nos Estados Unidos ou os catalães na Espanha, os quais surgiram por meio de um processo de conquista ou incorporação.^{xvi}

De acordo com a interpretação cultural^{xvii}, o conceito de minorias relaciona-se não somente com a questão dos direitos das minorias nacionais ou daquelas que tenham necessariamente uma base étnica ou política, mas abrange outros segmentos sociais que, por possuírem valores semelhantes, como, por exemplo, um sentimento de exclusão, unem-se em grupos sociais. Nesse sentido, fazem parte do conceito de minorias, não só índios(as), mas negros(as), mulheres, crianças, idosos, homossexuais, dentre outros.^{xviii}

Concebendo-se cultura como uma tessitura que se desenvolve em contextos político-econômico-sociais, não estática, dinâmica em uma pluralidade, traduzida em diversas dimensões, que se comunicam, hibridizam-se e concretizam-se em perspectivas diversas, podemos afirmar que uma mulher jovem, negra, desempregada, mãe, nordestina e brasileira tem em si diversas dimensões culturais (e entrecruzamento de grupos minoritários, tais como: negra, mulher e jovem), as quais precisam ser consideradas na afirmação, promoção e concretização de seus direitos.

Dentre as possíveis classificações para as minorias, uma merece atenção especial, para fins do presente artigo. Ela se relaciona aos objetivos do grupo social considerado, classificando as minorias em “*minorities by force*” e “*minorities by will*”.^{xix}

As minorias “*by force*” são aquelas que se encontram em uma posição de inferioridade na sociedade em que vivem em virtude da discriminação que sobre elas pesam. Pleiteiam não a adoção de novos direitos, mas apenas a efetivação e a

concretização de direitos já assegurados nos diplomas jurídicos. Objetivam, portanto, não serem discriminados pelo restante da sociedade. Sem discriminação, estaria aberto o caminho para a inclusão social.

As minorias “*by will*”, no entanto, exigem, além da não discriminação, a adoção de medidas especiais as quais lhes permitam conviver com o restante da população nacional em igualdade de condições, sem que isso implique em assimilação. Em outras palavras, propõem não a inclusão, mas a modificação de estruturas sociais que reproduzem a desigualdade e a exclusão, a partir de medidas concretas de efetivação da igualdade. Gabi Wucher menciona que as minorias “*by will*”

Ao exigirem a adoção, por parte do Estado, de medidas especiais em seu benefício, sua problemática torna-se consideravelmente mais complexa e difícil do que as minorias “*by force*”, cujas aspirações já encontram respaldo, no campo normativo-conceitual, no tradicional princípio da não-discriminação.^{xx}

Embora a classificação seja importante para identificarmos quais as consequências jurídicas das reivindicações dos grupos minoritários, é preciso destacar que, no caso do Brasil, ela tem pouca aplicabilidade prática. Isso porque, na ambiência brasileira, os grupos identificados como minorias ora se comportam como minorias “*by force*”, ora se comportam como minorias “*by will*”, ficando difícil categorizá-los em um ou em outro tipo.

Exemplifica-se. As mulheres brasileiras, durante as primeiras décadas do século XX, passaram a exigir mais veementemente o direito de votar e serem votadas (movimento sufragista). Esse movimento buscava assegurar que os direitos reconhecidos aos homens fossem estendidos às mulheres, afastando-se o preconceito e a discriminação que as mantinham no espaço doméstico, privado. O objetivo não era a adoção de direitos diferenciados, mas apenas permitir a inclusão das mulheres na política institucional. Neste sentido, as mulheres poderiam ser classificadas, naquele momento histórico, como minorias “*by force*”.

Contudo, os movimentos de mulheres e feministas perceberam que o asseguramento do direito ao sufrágio universal na legislação eleitoral e a declaração da igualdade entre os sexos diante da lei (formal-estatal) não foram suficiente para permitir uma paridade^{xxi} nos espaços de poder, em especial no Poder Legislativo e no Executivo^{xxii}; e para viabilizar a construção de relações materialmente igualitárias entre os sexos^{xxiii}.

Diante disto, as mulheres passaram a lutar pela adoção de direitos diferenciados, em especial, por medidas que visassem a acabar ou minorar os efeitos das desigualdades socialmente construídas entre homens e mulheres, promovendo a igualdade nos espaços de poder. Em resposta, o Estado brasileiro adotou um sistema de cotas para ampliar a representatividade feminina no Parlamento^{xxiv}. O sistema de cotas eleitorais por gênero é definido por Drude Dahlerup como um: “*simply a type of affirmative action that forces the political parties and other nominating bodies to recruit, nominate, and selected a certain number of percentage of women for political positions*”^{xxv}.

Com base no exposto, pelo segundo exemplo, podemos classificar as mulheres como minorias “*by will*”. É possível, dessa forma, perceber que um mesmo grupo minoritário pode, a depender do que pleiteia perante o Estado e perante os demais membros da sociedade, ser classificado como minoria “*by force*” ou minoria “*by will*”.

Assim, devido a tantas controvérsias que envolvem o termo *minorias* e considerando o fato de que os grupos identificados como minoritários estavam cada vez mais ocupando espaços de participação, mesmo informais, para reivindicar direitos, é que entendemos ser necessária uma revisão desse termo. Para além de um preciosismo terminológico, o que propomos é a reconceituação desses grupos e sua identificação como *novos movimentos sociais ou novos sujeitos de direitos que trazem para a arena pública, o debate sobre identidade, diferença, igualdade, desigualdade, e interculturalidade, sendo suas reivindicações um exercício legítimo na busca pela concretização de uma Democracia plural, solidária, justa e participativa*. Aproximamo-nos, desse modo, das ideias de Antonio Carlos Wolkmer para quem esses novos movimentos sociais seriam novos sujeitos históricos, os quais:

[...] são situados como identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora e igualitária.^{xxvi}

Compreendendo-se como novos movimentos sociais, esses grupos, anteriormente denominados de minoritários, passaram a obter vitórias legislativas, fruto de suas lutas por direitos, conseguindo abrir fissuras e caminhos no âmbito da juridicidade oficial em prol de um novo direito, mais aberto àqueles que foram e são discriminados, mais aberto à democracia plena.

No que se refere aos povos originários, a principal vitória do movimento indígena está expressa na Constituição de 1988, nos arts. 231 e 232^{xxvii}. Esses dispositivos foram reflexos da intensa mobilização de lideranças dos mais diversos povos indígenas que se dirigiram à Brasília, durante o período constituinte para tentar “escrever” e fazer valer os seus direitos. Como documenta Rosane Lacerda sobre as vésperas da Assembléia Nacional Constituinte:

A maioria [dos índios], entretanto, passava a afirmar uma certeza: a grande lei dos brancos estava para ser escrita pelos políticos “lá em Brasília”, e se os índios não poderiam participar de sua elaboração com as próprias mãos, lutariam para que, pela primeira vez, em 500 anos, a lei dos “brancos” fosse escrita considerando a opinião e a vontade dos povos indígenas.^{xxviii}

As mobilizações indígenas resultaram em um texto constitucional que atendeu aos itens fundamentais apresentados pela União das Nações Indígenas – UNI à Assembléia Nacional Constituinte e que representava a base de um programa mínimo. Tais itens, conforme enuncia Sílvio Coelho dos Santos explicitavam a necessidade de:

- a) reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas, como primeiros habitantes do Brasil;
- b) demarcação e garantia das terras indígenas;
- c) usufruto exclusivo, pelos povos indígenas, das riquezas naturais existentes no solo e no subsolo de seus territórios;
- d) reassentamento, em condições dignas e justas, dos posseiros pobres que se encontram em terras indígenas;
- e) reconhecimento e respeito às organizações sociais e culturais dos povos indígenas, com seus projetos de futuro além das garantias de plena cidadania.^{xxix}

Em observância a esse programa mínimo, o art. 231 da Constituição Federal de 1988 reconhece aos povos indígenas não somente os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, mas igualmente – e mesmo antes disso – “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, enfim sua cultura. Com isso, a norma que emana do texto constitucional possibilita a afirmação de que, pelos menos com relação à questão indígena, o Estado Brasileiro adotou o pluralismo jurídico, conceituado por Antonio Carlos Wolkmer como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”^{xxx}. Para além do reconhecimento do pluralismo jurídico, a Constituição reconhece claramente a constituição cultural dos índios, isto é, a sua imersão em uma cultura distinta daquela que, por exemplo, se revela na própria Constituição, sendo o direito originário dos índios sobre suas terras decorrência desse reconhecimento, objetivando, portanto, garantir a sobrevivência coletiva, a sobrevivência dos indígenas como integrantes de povos culturalmente constituídos.

No que se refere aos negros, são comuns os questionamentos da existência deles no Brasil e de direitos específicos que comumente são reivindicados, em especial no que se refere às ações afirmativas nas Universidades. Recorre-se frequentemente ao mito da miscigenação para afirmar que no país não há necessidade de se propor direitos específicos, não havendo racismo nem práticas discriminatórias fundadas no elemento raça a ensejar a adoção de ações afirmativas.

Muitos desses direitos assegurados na Constituição e em outros instrumentos legais, entretanto, passaram a ser questionados perante o Poder Judiciário, em especial, perante o Supremo Tribunal Federal, que tem fornecido decisões importantes, em uma perspectiva voltada ao ativismo judicial. Para Luís Roberto Barroso, “a idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.^{xxxii}

Nesse contexto, elegemos dois julgamentos que trazem debates importantes para esses novos movimentos sociais.

2. Os direitos territoriais indígenas e o caso Raposa Serra do Sol perante o Supremo Tribunal Federal

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com cerca de 1.743.000 hectares, localiza-se no nordeste do Estado de Roraima, fazendo fronteira com a Venezuela e a Guiana. Integrando essa área, encontra-se o Parque Nacional do Monte Roraima. A esse território físico e geográfico se sobrepõe um território social e cultural definidor de seus marcos, cujos usufrutuários e guardiães são os povos indígenas Macuxi, Wapixana, Patamona, Ingarikó e Taurepang.

Para esses povos, o Monte Roraima não é um mero acidente geográfico, mas está associado ao centro indiferenciado e primordial do universo. De acordo com as narrativas indígenas, a atual configuração do mundo foi forjada pelos irmãos Macunaíma e Insikiran que cortaram a grande árvore da vida, isto é, a árvore Wazaká, onde cresciam todas as plantas conhecidas. Uma vez cortados, os galhos da Wazaká espalharam-se pelos locais onde crescem as árvores atualmente. O tronco da árvore da vida, que remanesce no solo, é precisamente o Monte Roraima, situado na serra Pacaraima. Desse tronco jorrou, a partir de então, uma torrente de água que deu origem aos rios atuais, nitidamente o Maú (Ireng), o Contigo, o Miang, o Surumu e Tacutu, que atravessam o território indígena. A relação com Makunaimí é tão forte que os povos da

Raposa dizem que no território que eles habitam há marcas, que eles reconhecem, deixadas pelo seu ancestral, para indicar o lugar em que seus filhos e netos poderiam viver.^{xxxii}

Para resguardar esse território, no início da década de 1970, os trabalhos oficiais de demarcação da terra indígena foram iniciados pela Funai que editou a Portaria n. 77/P, de 4 de fevereiro de 1975. O grupo de trabalho constituído pela portaria, entretanto, não concluiu as investigações antropológicas. Muitos outros grupos de trabalho, após esse, foram criados, sem que houvesse uma conclusão final do órgão sobre a dimensão do território a ser demarcado. Até que, em 1992, foi criado um grupo de trabalho interinstitucional, pela Portaria n. 1141/92, composto por membros da Funai, das Universidades, INCRA, representantes indígenas, do CIMI, da Diocese de Roraima e do Governo do Estado de Roraima.

Esse grupo de trabalho entregou relatório circunstanciado conclusivo da área ocupada pelos povos indígenas Macuxi, Taurepang, Wapixana, Ingarikó e Patamona. Após várias diligências, inclusive assegurando-se o contraditório ao Estado de Roraima, o relatório foi aprovado pelo Ministro da Justiça que editou a Portaria Declaratória n. 820/1998, declarando de posse permanente e usufruto exclusivo dos índios a Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), com superfície aproximada de 1.678.800 hectares. A Portaria foi submetida ao Presidente da República para a homologação da demarcação por decreto.

Após alguns reveses judiciais que suspenderam os efeitos da Portaria declaratória, nova Portaria foi editada, a n. 534/2005, que além de declarar de posse permanente dos índios a área correspondente à TIRSS, estabeleceu a exclusão da área demarcada lotes de terra relativos ao 6º Pelotão Especial de Fronteira do Exército, aos equipamentos e instalações públicos existentes, ao núcleo urbano da sede do município de Uiramutã, às linhas de transmissão de energia, aos leitos das rodovias estaduais e federais, estabelecendo, além disso, a dupla afetação entre a TIRSS e o Parque Nacional do Monte Roraima. Fundamentado nessa Portaria, o Presidente da República editou o Decreto homologatório de 15/04/2005.

Nesse contexto, passamos à análise da temática perante o STF no conhecido caso da Ação Popular n. 3388, a qual tramitara perante a Corte Máxima em virtude das Reclamações n. 2833 e 3331, que fixaram a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar questões relativas à demarcação da TIRSS, por envolver conflito federativo entre União e Estado.

Em 20 de abril de 2005, o então Senador da República pelo Estado de Roraima, Augusto Affonso Botelho Neto, propôs uma ação popular em face da Portaria n. 543/2005, do Ministro da Justiça, e Decreto de 15 de abril de 2004. Diversos sujeitos atuaram no processo, passando a constituir dois grandes pólos: os que eram favoráveis à demarcação nos moldes instituídos (Funai, União e comunidades indígenas) e os que eram contrários à demarcação contínua (políticos, Estado de Roraima, Municípios e produtores rurais).

No mês de março de 2009, o STF concluiu o julgamento, entendendo a maioria dos Ministros que o modelo de demarcação estabelecido na Portaria declaratória n. 534/2005 e do Decreto homologatório de 15/04/2005 era constitucional. Além disso, a Corte Máxima fixou o que chamou de “estatuto jurídico das terras indígenas”, um conjunto de 19 “salvaguardas institucionais” a serem adotadas, aplicadas e implementadas não só para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inserindo traços característicos do processo objetivo em um processo que discutia uma questão concreta, o STF firmou 19 diretivas para a interpretação e concretização dos direitos territoriais indígenas no Brasil, ampliando, portanto o espectro de incidência da decisão.

O julgamento da Ação Popular n. 3388 representa um marco na jurisprudência constitucional brasileira, tendo sido o primeiro momento em que o Supremo Tribunal Federal debruçou-se tão a fundo na compreensão sobre os direitos territoriais indígenas, pós Constituição de 1988. Nesse quadro de possibilidades, a decisão de mérito na ação consignou perspectivas muito importantes para os povos indígenas no Brasil. Vejamos:

a) pela primeira vez, um caso de demarcação de terras indígenas mobilizou o país inteiro, ganhando um espaço na mídia nunca antes visto, tornando popular um tema tão complexo;

b) definiu que o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é constitucional, devendo ser encaminhado pelo Poder Executivo da União e não pelo Poder Legislativo;

c) definiu a possibilidade de demarcação de terras contínuas;

d) assentou a possibilidade de demarcação de terras indígenas em áreas de fronteira;

e) adotou o regime de dupla afetação em casos de sobreposição entre terras indígenas e unidades de conservação, considerando que os direitos originários dos índios sobre suas terras e os direitos ambientais são conciliáveis;

f) afirmou os direitos indígenas são originários, sendo o marco para a aferição da ocupação a data da promulgação da Constituição de 1988;

g) consignou o entendimento de que a demarcação de uma terra indígena não constitui lesão ao patrimônio público, não inviabilizando a existência de unidades da federação nem comprometendo o seu desenvolvimento econômico.

Não obstante a esses “ganhos”, a Ação Popular também impingiu amarga derrota. Assim, faz-se necessário tecer comentários mais detidos sobre o conteúdo da decisão acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

As dezenove condicionantes foram construídas com base na técnica legislativa, prescrevendo o STF condutas, regulamentações e vedações típicas de leis. Quanto ao conteúdo, algumas das “salvaguardas institucionais” são reproduções atualizadas de dispositivos que já constavam no ordenamento jurídico aplicável às terras indígenas (Constituição Federal de 1988, Lei n. 6.001/73), enquanto outros representam verdadeiras inovações normativas, criadoras de restrições aos direitos indígenas as quais não constavam de nenhum texto legal.

Essa técnica de mesclar e inovações com reproduções jurídicas representam a intenção da Corte de atribuir o mesmo valor normativo a todas as condicionantes, como se o STF não estivesse fazendo um trabalho de criação, mas apenas de esclarecimento do querer constitucional, como se atuasse apenas para ser “a boca da lei”^{xxxiii}, enunciando a interpretação literal do texto constitucional.

Destaque-se que as questões abordadas nas condicionantes não foram objeto específico da lide, não guardando relação com os limites traçados para a procedência ou não de uma ação popular. O mais grave, contudo, é que sobre essa técnica jurídica, que inovou ao desenhar um arcabouço normativo denominado “estatuto jurídico para as terras indígenas”, não se estabeleceu o contraditório. As partes, os diversos grupos e instituições afetadas pelas medidas consignadas não puderam se manifestar e influir na elaboração das citadas condições.

A inovação da técnica jurídica, que, como afirma Ana Paula Caldeira Souto Maior^{xxxiv}, refletiu as pressões sofridas pela Corte, consignou dispositivos que ofendem o direito à terra e a autonomia na gestão territorial pelos povos indígenas, conforme se verifica na análise de algumas das condicionantes:

2.1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre

que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar

A primeira condicionante adotada pelos Ministros no julgamento da Petição n. 3388 se refere ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. Embora a condicionante cite dois dispositivos constitucionais aplicáveis à matéria, ela inova ao afirmar que o usufruto dos povos indígenas *pode ser suplantado de maneira genérica*.

Isso significa que o conceito indeterminado “relevante interesse público da União” sempre terá prevalência sobre os direitos dos índios ao usufruto de rios, lagos e das riquezas do solo, tendo maior carga normativa que o capítulo que a Constituição abre aos índios. Podendo ser suplantado de maneira genérica, o direito ao usufruto deixa de ser “direito” para se tornar uma mera liberalidade do Estado, podendo ser excluído *a priori*, desde que haja relevante interesse público da União. Isso significa, além de negar força normativa ao art. 231 da Constituição Federal, que é prescindível realizar ponderação de interesses sempre que diante de um conflito entre relevante interesse Público da União e direito ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos reconhecidos aos povos indígenas.

A primazia incondicional do interesse da União a suplantará, de maneira genérica, os direitos indígenas representam, ainda, uma autorização geral ao Congresso para que, ao legislar sobre a matéria, estabeleça qualquer coisa como interesse legítimo da União.

2.2. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional

2.3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei

As condicionantes n. 2 e 3 são decorrentes do art. 231, §3º da Constituição Federal que assim dispõe: “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

Entretanto, na construção dos enunciados, foi suprimida uma parte importante do dispositivo constitucional que assegura a oitiva das comunidades indígenas nos casos

de realização dessas intervenções gravosas nas terras tradicionalmente ocupadas. As duas condicionantes implicaram, portanto, em uma redução no texto constitucional sem qualquer fundamento jurídico, social ou antropológico. Atuaram, nesse ponto, os Ministros como Poder Constituinte, arvorando-se na tarefa de reescrever a Constituição.

Destaco que há autores que entendem ser necessário, para que haja aproveitamento dos recursos hídricos, pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas, não só a autorização do Congresso Nacional, mas, antes disso, a prévia edição de lei complementar que definirá o relevante interesse público em favor da União.^{xxxv}

2.4. 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 (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai

Essa condicionante peca pelas mesmas razões que a condicionante n. 1, estabelecendo à política de defesa nacional uma carga valorativa e normativa superior ao usufruto dos índios, que, em qualquer hipótese, fica subordinado aos interesses daquela e dependentes das leituras sobre segurança nacional realizada por órgãos próximos às Forças Armadas. Ressalte-se que, pela redação da condicionante, ela é aplicável não só em terras indígenas localizadas em áreas de fronteira, mas a qualquer terra indígena.

A restrição imposta por essa condicionante se torna mais grave que a estabelecida no item 2.1., uma vez que expressamente menciona a imprestabilidade da consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai, no caso de instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, da expansão estratégica da malha viária, da exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e do resguardo das riquezas de cunho estratégico. Tais atividades serão implementadas apenas levando em consideração a manifestação do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional.

Ocorre que, conforme dispõe o art. 6º da Convenção n. 169/89 da OIT, é direito dos povos indígenas e obrigação dos governos consultar os povos interessados,

mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Essas consultas, conforme prevê o mesmo artigo no item 2, devem ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Como a Convenção n. 169/89 foi incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e do Decreto Presidencial n. 5051, de 19 de abril de 2004^{xxxvi}, o direito à consulta prévia tem plena aplicabilidade no ordenamento brasileiro, sendo um instrumento importante no diálogo com o Estado, sempre que medidas legislativas ou administrativas que pretendam ser implementadas por este venham a afetar os povos indígenas. Diante disso, fica o questionamento acerca da possibilidade de o STF simplesmente desconsiderar esse direito, submetendo os interesses dos indígenas exclusivamente ao entendimento do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional.

2.5. O usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação

Aqui a condicionante peca por não prever expressamente que a instalação desses equipamentos deve ser precedida de consulta às comunidades indígenas, devendo ser garantido, sempre que houver dano aos direitos indígenas, o direito à compensação e mitigação.

O direito à compensação e à mitigação já é observado nos casos de construção de estradas, instalação de redes elétricas em terras indígenas, uma vez que o dano por eles suportado corresponde à supressão territorial.

A consulta às comunidades indígenas é crucial nesses casos, uma vez que a instalação ou construção de equipamentos pode afetar de forma grave a dinâmica cultural e a organização social do povo indígena, devendo-se ter claro que a consulta deve prever também o direito de discordar do projeto.

No âmbito da América Latina, importa destacar a recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em 28 de novembro de 2007, condenou o Suriname por desconhecer direitos fundamentais do povo tribal Saramaka, na aprovação

da construção de uma hidrelétrica que afeta suas terras tradicionais. Dentre os principais argumentos trazidos na decisão, encontra-se a ofensa ao direito de consulta prévia sobre medidas administrativas para efeitos de autorização e construção da obra em território Saramaka.^{xxxvii} A decisão proferida pela Corte também consignou que:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.^{xxxviii}

2.6. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada

Esta condicionante é, certamente, a mais ofensiva aos direitos territoriais indígenas, não só por contrariar o dispositivo constitucional que garante serem imprescritíveis as terras indígenas, mas também por convalidar erros da Administração Pública em prejuízo dos índios, privilegiando uma suposta situação jurídica consolidada e a segurança jurídica, princípio esse que não tem correspondente nos usos, costumes e tradições indígenas.

Por não deixar claro a quem se dirige essa condicionante se a terras indígenas demarcadas antes da Constituição de 1988 ou somente depois dela, o item dá margem a interpretações de que a vedação se aplicaria a ambas as situações indistintamente.

Ocorre que o peso da limitação proposta é muito maior para os povos indígenas que tiveram suas terras demarcadas antes de 1988, uma vez que a Constituição operou mudança significativa na definição de terras indígenas, subordinando o conceito aos usos, costumes e tradições indígenas. Terras demarcadas ainda durante o regime do Serviço de Proteção ao Índio – SPI tinham dimensões diminutas e não correspondiam ao território indígena:

[O SPI] aldeava com o intuito de “favorecer” a integração dos indígenas na “comunhão nacional”. Esse objetivo, aliás, perdurou em vários setores do governo federal, até mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que além de ratificar os direitos dos povos indígenas varrendo a lógica “integracionista”, determinou a absoluta proteção de suas terras e lugares sagrados ocupados por eles, mantendo-os em seu habitat natural (art. 231 e parágrafos da CF). Na prática, a ação do SPI significou uma tentativa final de “limpar” as terras, para que colonizadores e outros interessados concluíssem a posse do território Guarani e Kaiowá.^{xxxix}

A citação menciona a demarcação do território Guarani Kaiowa e Nãndeva, no Estado do Mato Grosso do Sul, em que vivem indígenas em oito áreas delimitadas entre os anos de 1920 e 1930 pelo SPI, dividindo o espaço do seu território tradicional com fazendas, plantações de soja e gado.

Longe de ser uma realidade apenas dos Guarani, a demarcação em glebas diminutas fazia parte da rotina do órgão indigenista. Nesse sentido, João Pacheco de Oliveira narra:

A noção com que trabalhamos, atualmente, de “território indígena”, que está presente na legislação e que demanda dos antropólogos relatório técnicos de identificação e peritagens judiciais, é uma elaboração dos brancos e historicamente datada. A sua constituição ocorreu na década de 1950, por ocasião dos debates relativos à criação do Parque Indígena do Xingu^{xi}. A proposta final apresentada pelo SPI incorporava argumentos e sugestões de diversos antropólogos, como Darci Ribeiro, Roberto Cardoso de Oliveira e Eduardo Galvão. Nela tomava-se como dever do Estado, e finalidade explícita de uma política pública, a preservação das culturas indígenas estabelecidas pelo menos há mais de um século na região dos formadores do rio Xingu, mantendo uma relação simbiótica com aquele nicho ecológico, sem permitir a implantação de empreendimentos mercantis e de colonos brancos, mas desenvolvendo técnicas próprias de convivência e relações internas estáveis. Pela primeira vez, propunha-se a destinação, aos índios, de uma parcela bastante extensa do território nacional, e o argumento utilizado para justificar tal proposta, bem como os limites geográficos ali estabelecidos, era que os recursos naturais ali existentes seriam os necessários e suficientes para garantir aos índios a plena reprodução de sua cultura e do seu modo de vida. Foi esse padrão de definição de terra indígena que veio a estar presente na Emenda Constitucional de 1969 e na Constituição de 1988, fundamentando, ainda, os critérios que subsidiam os atuais processos de reconhecimento de áreas indígenas. As iniciativas anteriormente colocadas em prática pelo SPI pretendiam justificar-se por argumentos exclusivamente humanitários [...]. Por sua vez, as terras destinadas aos índios [...] eram de dimensões bem mais modestas, correspondendo a glebas e fazendas menores. Imbuído de uma perspectiva evolucionista e contribuindo para a regularização do mercados de terras nas regiões de fronteira, por meio de sua ação pacificadora, o SPI não costumava verbalizar a intenção de preservação cultural, nem estabelecia uma conexão necessária entre uma cultura indígena e um dado meio ambiente. As terras que eram atribuídas pelo SPI a populações indígenas que foram objeto de um processo de pacificação – e conseqüentemente sedentarização e tutela – eram muito menores que a região onde construíam seus aldeamentos (sazonais ou com periodicidade mais extensa) e transitavam com certa regularidade.^{xii}

A citação, embora extensa, demonstra que a atuação do SPI ao demarcar terras indígenas era voltada muito mais para a liberação de áreas para expansão da fronteira econômica, do que efetivamente de reconhecimento de direitos dos índios sobre um território, que além de morada, é o espaço físico e simbólico onde eles desenvolvem sua existência diferenciada.

Nesse sentido, ao impedir que essas situações sejam revistas, o STF reduziu a proteção do direito das populações indígenas sobre suas terras, consolidando demarcações inconstitucionais.

Além disso, mesmo para aquelas demarcações que foram realizadas com fundamento na Constituição de 1988, é possível que um aumento populacional considerável ou outros fatores tornem necessário o aumento da área demarcada. Negar

isso a priori, sem uma análise de cada caso, é condenar as sociedades indígenas a ficarem estáticas no tempo. A realidade dessas sociedades, como de qualquer outra sociedade humana, não é estática no tempo, mas dinâmica, o que se reconhece que essas sociedades tem história!

3. A questão racial no âmbito do STF

Tradicionalmente no Brasil, a lei tem sido usada pelo rico contra o pobre. Pesquisas mostram que os pobres são desproporcionalmente “negros e pardos”, os quais o censo oficial denomina de “brasileiros mais escuros”. A estreita fronteira entre classe e raça faz com que os problemas raciais sejam sufocados pelos problemas sociais. No entanto, a importância de se defender os direitos básicos dos cidadãos, incluindo o direito de não ser discriminado, juntamente com o direito ao desenvolvimento econômico, têm sido reconhecidos como um objetivo fundamental do Milênio, conforme definido pela Declaração do Milênio das Nações Unidas, adotada pelos 191 estados membros, inclusive o Brasil, no dia 8 de setembro de 2000.

Dentro desse contexto de avanço democrático-institucional, a questão racial ganhou novo tratamento com a promulgação da nova lei de combate à discriminação racial^{xlii}. No entanto, mais de quatro mil queixas judiciais foram arquivadas desde esta data. Na verdade, sabe-se ainda muito pouco sobre como a nova legislação de combate ao racismo tem respondido a estas demandas. O conhecimento desta matéria representa um crucial aspecto no uso de direitos e desenvolvimento da obrigatoriedade da lei. Muitas questões têm surgido desde então: quais das queixas, por exemplo, têm prosperado e por quê? Até que ponto as diferenças de resultados em cada caso refletem a proteção do aparato legal, a amplitude do caso, o papel do juiz, o poder relativo das partes, a ideologia judicial, e/ou a ampla política social nacional?

Por outro lado, o Brasil também tem implementado mais de cem novas políticas de ação afirmativa desde 2001. Somente no campo da educação pública, 28 universidades têm implementado programas de inclusão para grupos sub-representados na história política do país. Pela primeira vez na história do Brasil, estudantes carentes, negros, mulheres e índios têm sido lembrados na distribuição de bens, direitos e recursos públicos. Se por um lado, nota-se uma ampliação do conceito de cidadania, condizente com os objetivos da Constituição de 1988, por outro lado, o Judiciário tem sido chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de tais medidas inclusivas.

O primeiro sistema de reserva de vagas implementado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2003, culminou com a impetração de mais de 300 mandados de segurança, por parte de candidatos insatisfeitos com o sistema, que buscavam uma segurança de seus direitos individuais no Judiciário. No plano abstrato, duas representações de inconstitucionalidade foram propostas perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e uma ação direta de inconstitucionalidade foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Até então, a ADIn proposta no tribunal máximo brasileiro tem recebido várias manifestações via *amicus curiae*, e, mais recentemente, a própria academia tem sido chamada a apresentar pareceres técnicos que ajudem ao STF a proferir uma decisão mais justa sobre o tema.

Assim é que o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel fundamental na construção desses direitos a partir do julgamento de casos referentes sobre esses temas. Dentre esses casos, está um que, embora não se tratasse especificamente da situação dos negros no Brasil, foi extremamente importante para a definição do conceito de raça pelo STF, superando o tabu de que no nosso país não há racismo. Trata-se do *caso de Sigfried Ellwanger*, julgado pelo STF em 2003.

Outros casos estão na agenda do STF para julgamento, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186, o Recurso Extraordinário-RE 597.285/RS, os quais se referem à construção dos direitos raciais. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 foi proposta contra atos administrativos que resultaram na utilização de critérios raciais para programas de admissão na Universidade de Brasília – UnB. No que concerne ao Recurso Extraordinário n. 597.285/RS, este foi interposto contra acórdão que julgou constitucional o sistema de reserva de vagas (sistema de “cotas”) como forma de ação afirmativa estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e meio de ingresso em seus cursos de ensino superior.

A problemática atinente ao acesso às universidades públicas por meio das cotas consubstancia-se na constitucionalidade do sistema de reserva de vagas, baseado em critérios raciais, como modelo de ação afirmativa de inclusão no ensino superior. A questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico e social, uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, o uso de critérios raciais nos programas de admissão das universidades brasileiras. Além disso, evidencia-se a repercussão social, porquanto a solução da controvérsia em análise

poderá ensejar relevante impacto sobre políticas públicas que objetivam, por meio de ações afirmativas, a redução de desigualdades para o acesso ao ensino superior.

A repercussão prática da sofisticação das discriminações raciais no Brasil está no pensamento solidificado de que se não há ódio racial, então, não pode haver racismo; ou, se a sociedade é miscigenada, não há que se falar em negros, ou em discriminação racial. Se não há discriminação racial, é muito pouco provável que haja qualquer outro tratamento diferenciado nas relações sociais entre afro-brasileiros e brancos. Desse modo, não há que se questionar sobre qualquer desigualdade que possa ser abrigada pelo Direito pátrio.

No entanto, recentemente, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre um caso que envolveu questões raciais, trouxe expectativas que parecem romper com a história ao inaugurar a análise constitucional sobre o elemento 'raça'. Em sua decisão, o STF trouxe, acima de tudo, a mensagem de que nem toda cultura é etérea, e que nem todo o direito prende-se às tradições culturais.

3.1. O caso de Sigfried Ellwanger

Em 1993, o editor Siegfried Ellwanger Castan foi condenado por difamação e injúria pela 27^a Vara Criminal de São Paulo, sendo proibida a circulação em todo território nacional de livros que negassem o holocausto e atribuíssem aos judeus, os males da humanidade, mensagem encontrada nos sete livros referidos no processo. Em 1995, o editor foi absolvido pela 8^a Vara Criminal de Porto Alegre, sob o argumento de que os seus livros constituíam um "exercício constitucional de liberdade". Em 1996, ele foi novamente condenado em grau de recurso pela 3^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a dois anos de prisão, com pena alternativa, por ser primário na época, de quatro anos com prestação de serviços à comunidade no primeiro ano e comparecimento trimestral ao juízo de execução no período subsequente.

No mesmo ano de 1996, membros do Movimento Judaico Independente flagraram, no stand da Editora Revisão, da qual Sigfried é sócio-diretor, exposta na Feira do Livro em Porto Alegre, livros que haviam sido objeto da sua condenação. Após comprarem os livros e de posse das respectivas notas fiscais, eles peticionaram ao Delegado de Polícia, juntando-se à denúncia o Movimento Popular Anti-Racismo - Mopar e o Movimento Negro.

Em 1997, Siegfried foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a dois anos de detenção e confisco de todos os exemplares dos livros mencionados

no processo. A condenação foi confirmada, em 2000, pelo Superior Tribunal de Justiça, no voto do Relator Ministro Gilson Dipp, que rejeitou a alegação da defesa de que "a imprescritibilidade do crime de racismo refere-se, em última instância, ao segregacionismo derivado da cor, característico do racismo brasileiro", impondo-lhe pena de dois anos de reclusão.

Em 2001, o STJ negou pedido de *habeas corpus* a Siegfried, logo após sendo o mesmo encaminhado ao Supremo Tribunal de Justiça. A defesa de Siegfried foi fundamentada na idéia de que o delito em causa não era o de racismo, mas apenas "contra os judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica". Como os judeus não se constituem um povo, não haveria que se falar em raça, e muito menos de racismo como crime inafiançável e imprescritível, previsto no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal do Brasil.

Na contestação elaborada pelo Ministério Público, surgiu a primeira contribuição à elucidação do conceito 'raça'. Segundo parecer do Sub-Procurador Geral da República, a defesa teria confundido a definição antropológica de raça com o seu significado jurídico. Este último serve para identificar quaisquer doutrinas segregacionistas, configurando-se como racismo qualquer discriminação ilegal em relação a grupo de pessoas. Embora o parecer tenha sido favorável à extinção da punibilidade contra Siegfried, ele foi importante por considerar que "não há como desprender o racismo do seu comportamento delituoso".

Finalmente, em 2003, o Supremo Tribunal Federal negou, por oito votos contra três, o pedido de *habeas corpus* encaminhado por Siegfried (HC n. 82.424/RS). Da análise dos votos, pode-se perceber uma pluralidade de intérpretes da Constituição, bem como a existência de processos hermenêuticos que combinavam interpretações lógico-sistemáticas com valores além da dimensão jurídica, como a sociologia, política e filosofia, na concretização da justiça igualitária sobre o caso concreto. A realização do justo muito dependeu de dois fatores importantes na construção da igualdade racial:

Primeiro, a necessidade de se fazer uma reflexão epistemológica sobre raça, racismo e discriminação. Essa diferenciação certamente foi tentada pelos argumentos da defesa que sustentou a não identificação da conduta de Siegfried com a prática de racismo. O seu crime teria sido contra judeus, e como os judeus não constituiriam uma raça, não poderia ter havido crime de racismo. Quando muito, poderia ter havido uma prática discriminatória, tese aceita pelo Relator do processo, Ministro Moreira Alves

que, acompanhado do Ministro Marco Aurélio, concluíram que não houve o crime de racismo, e sim, de prática discriminatória, já prescritos na época do julgamento.

Vê-se no caso, como a interpretação constitucional tendeu a uma base hermenêutico-concretista, mais na modalidade interpretativa de Peter Häberle^{xliii}. Se o caso consistia em saber se a prática do anti-semitismo subsumia-se à noção de racismo, para efeito de incidência ou não da cláusula da imprescritibilidade constante do art.5º, XLII da Carta da República, certamente, ao abordar o tema *racismo*, o Supremo Tribunal Federal estimulou a influência de outras áreas na decisão, chamando ainda para o processo, através de *amicus curiae*, a participação interpretativa e democrática de toda a sociedade.

Assim, no *amicus curiae* assinado por Celso Lafer, encontramos a tese de que não se pode interpretar o crime de prática de racismo a partir do conceito 'raça', principalmente, porque este tem sido definido segundo um ponto de vista biológico. Sob esse prisma, não haveria prática de racismo por não existir raça pura. No caso dos judeus, que também se aplica ao caso dos afro-brasileiros, uma análise correta exigiria a dimensão cultural e social inseridas nas relações de poder :

O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a expressão prevista no art.20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' - a espécie humana - e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito 'raça', como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõe a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento contrario *sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.^{xliv}

O que Celso Lafer estava elucidando, é que mesmo não existindo o conceito científico de raça pura, alguns grupos na sociedade ainda eram passíveis de sofrer discriminação. Era a hostilidade e o menosprezo dirigidos a pessoas ou grupos humanos cujas características físicas ou morais eram consideradas inferiores, portanto, condicionadas a um tratamento desigual, que caracterizava o racismo. Contra os judeus, o racismo baseava-se em condições ideológicas, psico-culturais e religiosas, enquanto contra os negros, a inferioridade moral da raça era sustentada pela diferença na aparência física e no histórico da escravidão.

Por sua vez, 'raça' era um conceito que não poderia ser definido segundo um conceito estritamente antropológico ou biológico. Ele precisava ser compreendido na dimensão cultural e sociológica concretizada nas relações humanas desiguais. Enquanto discriminar, juridicamente, é diferenciar o outro de modo que possa desigualá-lo para estabelecer uma relação de poder e domínio. Quando a diferença é motivada por critérios raciais, diz-se, então, que há uma discriminação racial, traduzida no ato de sujeitar uma pessoa com características raciais distintas a um tratamento moralmente inferior. No caso das edições dos livros por Siegfried, prevaleceu o estatuído no art.20 da Lei 7.716/89, com a incidência da cláusula da imprescritibilidade contida na Constituição Federal de 1988, inciso XLII, que dispõe sobre crimes de racismo.

Acompanharam essa decisão: a) o Ministro Nelson Jobim que considerou a matéria em julgamento um caso típico de fomentação do racismo: "Vejo nitidamente nas condutas traduzidas no acórdão e aquilo que está nos autos a evidente e clara destinação da prática daquilo que está coibido na Constituição"; b) a Ministra Ellen que rejeitou a afirmação antropológica de que não há raças, concluindo ser impossível "admitir-se a argumentação segundo a qual se não há raças, não é possível o delito de racismo"; c) o Ministro Celso de Mello, para quem "o estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal".

Essa definição torna-se fundamental para que o crime de racismo possa existir, possa finalmente ser reconhecido na sociedade. Se ele não existe, a liberdade de expressão passa a ter um valor absoluto na sociedade, agravando ainda mais as diferenças humanas e sociais...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado, nos últimos anos, um interesse cada vez maior de enfrentar questões relativas à cidadania, democracia e direitos dos “novos movimentos sociais” outrora identificados como grupos minoritários. Essa postura ativa da Corte Máxima tem sido analisada por diversos estudiosos que classificaram essa tendência de ativismo judicial.

Essa posição ativa do STF é de inegável importância para a defesa de direitos e garantias fundamentais, em especial, quando se tratar de grupos em desvantagem não só numérica, mas também de acesso aos espaços de poder, os quais, não raras vezes, veem suas pretensões e direitos serem desrespeitados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que essa posição ativa, esse ativismo judicial, nem sempre tem uma finalidade tão democrática. É o que aponta Boaventura de Sousa Santos, ao analisar essa tendência:

está em curso uma contrarrevolução jurídica em vários países latino-americanos. É possível que o Brasil venha a ser um deles. Entendo por contrarrevolução jurídica uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições.^{xlv}

No que tange ao caso Raposa Serra do Sol, vimos que as condicionantes adotadas no bojo do julgamento acerca da demarcação da terra indígena, ao restringirem o exercício dos direitos territoriais indígenas, retiraram toda a força pulsante da Constituição, neutralizando, pela via judicial, supostamente democrática, os avanços que a Constituição de 1988 consagrou sobre o tema, reduzindo seu potencial emancipatório^{xlvi}.

A Constituição, posta à prova, acabou subsumida a um campo menor ao que tinha sido conquistado pelo movimento indígena no desenho instituído, implicando, ainda, em limitações para o futuro. Ao encerrar o texto constitucional em uma versão menor do que ele mesmo consagra e, ainda, decretar uma imutabilidade *pro futuro*, os Ministros condenaram as gerações futuras dos povos indígenas ao momento presente, impossibilitando-as de, ao exercer em plenitude sua autonomia (o que inclui, o direito de ouvir e ser ouvido), encontrar outros caminhos na trilha aberta pelo Constituinte de 1988. Não se realizou apenas uma interpretação esclarecedora do texto constitucional, encerrou-se, sim, qualquer possibilidade de a norma constitucional se desenvolver junto com a sociedade múltipla e plural.

Em posição diversa, o STF consignou a importância do respeito à pluralidade da sociedade brasileira, ao mesmo tempo em que reconheceu a existência do racismo em

nosso país, na decisão do caso Ellwanger. Consolidando e efetivando direitos fundamentais, a Corte Máxima deixou claro que a discriminação não será tolerada, o que poderá repercutir nos outros casos que tramitam perante o Supremo, como são exemplos a ADPF 186 e o Recurso Extraordinário n. 597.285/RS.

Pela comparação entre os dois julgados resta evidente que o Supremo Tribunal Federal não adota uma posição sempre a favor dos novos sujeitos de direito, superando a exclusão e a subordinação. O fato de essa Corte, nos últimos anos, ter se tornado um foro importante para as questões relativas a esses novos sujeitos de direitos não significa a certeza de decisões voltadas à afirmação dos interesses deles. É preciso mobilização social e, acima de tudo, compreender que as mudanças sociais e as respostas que queremos para um mundo mais justo e plural talvez passem longe dos papéis que hoje tramitam na principal corte do país.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 de set 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e argumentação**: um contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO DOS SANTOS, Silvio. **Povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC/Movimento, 1989

DAHLERUP, Drude. Will gender balance in politics come by itself? In: KELLERMAN, Barbara. RHODE, Deborah L (ed.). **Women & Leadership**. The State of play and strategies for change. San Francisco: Jossey Bass, 2007.

DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. *Mana*, Rio de Janeiro, vol.14, no.2, Oct. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132008000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 Set 2009.

FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**: una teoría liberal de los derechos de las minorías. Tradução Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

LACERDA, Rosane. **Diferença não é incapacidade**: Gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

MOREIRA, Manuel Alberto Jesús. El concepto de cultura en el derecho. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt (orgs.). **Violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

NÓBREGA, Luciana Nogueira; MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. Os direitos das minorias à luz do direito fundamental à igualdade. In: Onelis Silva Guimarães. (Org.). **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Três teses equivocadas sobre o indigenismo (em especial sobre os índios do Nordeste). In: ESPÍRITO SANTO, Marco Antonio do. (Org.). **Política Indigenista: Leste e Nordeste Brasileiros**. Brasília: Funai/DEDOC, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, nº 33, 1996.

SANTILLI, Juliana. Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Fabris, 1993.

SANTILI, Paulo. **Pemongon Patá: território macuxi, rotas de conflito**. São Paulo: Ed. Unesp, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC, 1999.

SOUTO MAIOR, Ana Paula Caldeira. STF confirma a constitucionalidade da demarcação da TI Raposa Serra do Sol. In: VERÍSSIMO, Adalberto et al. (Orgs.). **Áreas Protegidas na Amazônia brasileira: avanços e desafios**. Belém: Imazon; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado**. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000.

ⁱ No artigo NÓBREGA, Luciana Nogueira; MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. Os direitos das minorias à luz do direito fundamental à igualdade. In: Onelis Silva Guimarães. (Org.). **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, tratamos da temática relativa dos direitos das minorias, à luz dos princípios da igualdade e da diferença.

ⁱⁱ O'DONNELL, Daniel *apud* WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000, p. 43.

ⁱⁱⁱ “Para compreender a ênfase atual que a UNESCO e outras agências internacionais dão ao papel positivo que a diversidade cultural pode desempenhar para o desenvolvimento social e econômico é preciso começar com uma breve descrição do papel histórico que a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CNUDH) teve no reconhecimento inicial dos "direitos culturais", inclusive os dos povos indígenas e de outras minorias étnicas e raciais. Em seguida à aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, a Comissão de Direitos Humanos criou especialmente uma Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias mas, apesar disso, foi só a partir de meados dos anos 1960 que a agenda internacional dos direitos humanos começou a sistematicamente incluir questões relativas ao reconhecimento dos direitos culturais das minorias étnicas, dos povos indígenas e de outros grupos historicamente excluídos e discriminados”. (DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. **Mana**, Rio de Janeiro, vol.14, no.2, Oct. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132008000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 Set 2009).

^{iv} Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554>. Acesso em: 03 set. 2009.

^v CAPOTORTI, Francesco *apud* WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 44.

^{vi} KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Tradução Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996, p. 26-29.

^{vii} O Multiculturalismo surgiu como uma teoria e como uma prática voltada à afirmação das diferenças, lançando a problemática dos direitos das minorias e esclarecendo que nenhuma cultura é superior ou inferior a outra, mas apenas diferentes entre si. Carlos Alberto Torres resume o pensamento do Multiculturalismo com a seguinte frase: “qualquer que seja a sua forma ou colorido, o multiculturalismo está relacionado com a política das diferenças e com o surgimento das lutas sociais contra as sociedades racistas, sexistas e classistas”. (TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, educação e multiculturalismo**:

dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 196). Sem desmerecer a importância político-histórica das reflexões multiculturais, ressalta-se, contudo, que, para fins deste artigo privilegiar-se-á uma perspectiva intercultural de direitos humanos, conforme será demonstrado adiante.

^{viii} PIRES *apud* WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 48.

^{ix} BAKATOLA *apud* WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 48.

^x Adotada pela 76ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no ano de 1989. Ratificada pelo Brasil em 2002 e incorporada à legislação brasileira por meio do Decreto nº 5.051/2004.

^{xi} Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007.

^{xii} Joaquim Herrera Flores considera que a “cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados”. (FLORES, Joaquim Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 363).

^{xiii} SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC, 1999, p. 44.

^{xiv} ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, nº 33, 1996, p. 285.

^{xv} SEMPRINI, Andrea. op. cit. 1999, p. 43.

^{xvi} Idem, 1999, p. 43-44.

^{xvii} Manuel Alberto Jesús Moreira chama atenção para o fato de que “la idea que prevalece en el universo del Derecho es que a la cultura es un producto de la evolución de la humanidad [...]”, “el principio fundamental era el progreso, que le hacía percibir que algunos pueblos habían avanzado más que otros”, assim, “la idea de progreso y evolución se conforma con patrones ideales que petrifican la justicia a la vez que facilitan la desigualdad”, “pero la Antropología Social se emancipa y decide cambiar sus paradigmas y rompe con el evolucionismo a partir de Franz Boas y sua mirada ‘particularista histórica’, cosa que no ocurre con el Derecho que extiende sus programas evolucionistas a todas las nuevas ramas jurídicas”. Ocorre que “la crisis del paradigma ocurre cuando irrumpen em el escenario nuevos derechos e ideas que deben explicar-se a luz de renovados esquemas conceptuales. Y que solo pueden aceptar-se mediante la intervención multidisciplinaria y constituirse a partir de categorías cuyos significados se oponen belicosamente a los aceptados tradicionalmente. Por exemplo ‘pluralidad cultural’, ‘derechos indígenas’, ‘pluralidad jurídica’ e ‘derechos colectivos’. Moreira conclui, então, que “no existen dudas que la creencias dominantes em el ámbito legal compartido por juristas, abogados y operadores judiciales se encuentran contaminadas por la idea evolucionista de la cultura. Pero paradójicamente los documentos, declaraciones de derechos y jurisprudência de los tribunales internacionales apuntan em dirección contraria. La contradicción permite suponer una anomia estructural porque se sigue pensando em el modelo anterior, pero dentro de um modelo pluricultural. Esta evidencia hace necessário revisar los programas de la cultura hegemônica que vacila y demora em aplicar la nueva legalidad”. (MOREIRA, Manuel Alberto Jesús. El concepto de cultura em el derecho. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt (orgs.). **Violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 469-470; 478).

^{xviii} SEMPRINI, Andrea. op. cit. 1999, p. 44.

^{xix} Essa classificação é mencionada por Gabi Wucher (WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 50-51), sendo igualmente adotada por Bakatola e Pires.

^{xx} WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 51.

^{xxi} No processo de construção da Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (Pequim/Beijing, 1995), desenvolveu-se o conceito de paridade, que reflete o fato de que pessoas de um e outro sexo são diferentes e, no entanto, iguais em direitos.

^{xxii} Os resultados do pleito brasileiro municipal de 2008, bem como os das eleições anteriores (municipais e federais), apontam que as mulheres são sub-representadas no campo da política. Essa situação não é exclusiva do Brasil. Há somente 18,2% de mulheres legisladoras no mundo. Segundo a ONU, no atual ritmo, a igualdade de participação entre os sexos em casas legislativas só será concretizada em cem anos. Informações disponíveis em: <www.cfemea.org.br/noticias/eleicoes_2008_mulheres_na_politica>. Acesso em 09 abr. 2009.

^{xxiii} Exemplifica-se: Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano, do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), divulgado em 1995 pela ONU, dois terços dos analfabetos do mundo são mulheres. Informação disponível em: <www.fhlch.usp.br/dlo/cej/gpd/mulher.html>. Acesso em 07 abr. 2009.

^{xxiv} Art. 10 da Lei nº 9.504/97 [...]. §3º. Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, **cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.** (grifos nossos).

^{xxv} DAHLERUP, Drude. Will gender balance in politics come by itself? In: KELLERMAN, Barbara. RHODE, Deborah L (ed.). **Women & Leadership.** The State of play and strategies for change. San Francisco: Jossey Bass, 2007, p. 228.

^{xxvi} WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 240.

^{xxvii} Constituição Federal de 1988, Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

^{xxviii} LACERDA, Rosane. **Diferença não é incapacidade:** Gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Brasília, 2007, volume II, p. 168. Narrando essa mobilização, Sílvio Coelho dos Santos reforça que: “as lideranças indígenas realizaram pressões e se tornaram presença constante no cenário político nacional. A sua estratégia foi centrada no emocionalismo dos constituintes e na visão romântica que sobre os índios tem as populações urbanas do país. Algumas dessas lideranças indígenas lograram atrair as atenções dos constituintes explicitando suas relações harmônicas com a natureza e/ou sua vontade de participar da vida política nacional. A imprensa, por seu lado, abriu espaços ponderáveis para as lideranças índias efetivarem suas reivindicações. Isto foi decisivo. Apesar da problemática relativa à concepção de um estado pluriétnico não ter sido tratada, não há dúvidas que ocorreram avanços”. (COELHO DOS SANTOS, Sílvio. **Povos indígenas e a Constituinte.** Florianópolis: Editora da UFSC/Movimento, 1989, p. 62).

^{xxix} COELHO DOS SANTOS, Sílvio. op. cit., 1989, p. 62. Destaco que a Constituição não incorporou todas as demandas do movimento indígena. Com relação às riquezas do subsolo, elas não foram expressamente contempladas como sendo de usufruto exclusivo indígena. Além disso, a proposta inicial das lideranças indígenas era que os constituintes inserissem a condição do Brasil como Estado pluriétnico, devendo ser previsto que o Estado brasileiro se organizaria através dos Estados federados, dos Territórios, do Distrito Federal e de comunidades indígenas. Essa tese encontrou forte resistência dos setores militares e de interesses econômicos ligados à grandes mineradoras, a indicar que a proposta inicial teve que ser alterada para um programa mínimo.

^{xxx} WOLKMER, Antonio Carlos. **op. cit.**, 2001, p. 219.

^{xxxi} BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 de set 2009.

^{xxxii} SANTILI, Paulo. **Pemongon Patá:** território macuxi, rotas de conflito. São Paulo: Ed. Unesp, 2001.

^{xxxiii} CAMARGO, Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e argumentação:** um contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65.

^{xxxiv} SOUTO MAIOR, Ana Paula Caldeira. STF confirma a constitucionalidade da demarcação da TI Raposa Serra do Sol. In: VERÍSSIMO, Adalberto et al. (Orgs.). **Áreas Protegidas na Amazônia brasileira**: avanços e desafios. Belém: Imazon; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011, p. 51.

^{xxxv} Nesse sentido, ver SANTILLI, Juliana. Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Fabris, 1993, p. 145-160.

^{xxxvi} Ainda que a Convenção n. 169/89 da OIT não tivesse sido incorporada no ordenamento brasileiro, a Corte Máxima, no julgamento do RE 466.343, em dezembro de 2008, entendeu pelo “status” privilegiado dos tratados de direitos humanos, divergindo quanto à hierarquia destes. Prevaleceu, por pequena maioria (5 a 4), a tese da supralegalidade e, pois, de eficácia paralisante de legislação infraconstitucional com eles incompatível.

^{xxxvii} A sentença, na íntegra, encontra-se disponível em http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/CIDH-Saramaka%20vs%20Surinam%20Derecho%20Consulta-%20Consentimiento.pdf.

^{xxxviii} Disponível em http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/CIDH-Saramaka%20vs%20Surinam%20Derecho%20Consulta-%20Consentimiento.pdf.

^{xxxix} Conselho Indigenista Missionário – Regional Mato Grosso do Sul; Comissão Pró-Índio de São Paulo; Procuradoria Regional da República da 3ª Região. **Conflitos de Direitos sobre as Terras Indígenas Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 59.

^{xl} Destaque-se que a demarcação de terras indígenas para a criação do Parque Indígena do Xingu foi alvo de ações judiciais. Na Ação Cível Originária n. 362/MT que tramitou perante o STF, o ministro Gilmar Mendes, na época Procurador da República, ofereceu, em nome da União Federal, a contestação, alegando que o preceito constitucional consignado no art. 231 não poderia ser reduzido ao conceito de posse do Direito Civil, pois abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, ‘toda área por eles habitada’, utilizada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural.

^{xli} OLIVEIRA, João Pacheco de. Três teses equivocadas sobre o indigenismo (em especial sobre os índios do Nordeste). In: ESPÍRITO SANTO, Marco Antonio do. (Org.). **Política Indigenista**: Leste e Nordeste Brasileiros. Brasília: Funai/DEDOC, 2000, p. 20.

^{xlii} O Estatuto da Igualdade Racional (Lei No.: 12.288, de 20/07/2010), que assim estabelece em seu art. 1º: “Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se: I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada; II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica; III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais; IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga; V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais; VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades”.

^{xliii} Vide HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

^{xliiv} LAFER, Celso. "Amicus Curiae", fls.120/122 fora citado no voto do Ministro Celso de Mello.

^{xlv} SANTOS, Boaventura de Sousa. **A contrarrevolução jurídica**. Disponível em <http://unisin.br/blog/ppgdireito/2009/12/05/a-contrarrevolucao-juridica/>. Acesso em 12 de mar. 2010.

^{xlvi} A utilização da expressão “potencial emancipatório” tem como finalidade destacar o modo como a Constituição Federal de 1988 abriu-se ao Outro, reconhecendo suas próprias limitações ao tentar inserir a vida e a dinâmica sociocultural dos povos indígenas dentro do seu guarda-chuva normativo. Emancipação aqui não tem o sentido de “um processo histórico da crescente racionalização da vida social, das instituições, da política e da cultura e do conhecimento com um sentido e uma direção unilineares precisos, condensados no conceito de progresso”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 31). Emancipação tem o seu conceito

reinventado e reconceitualizado, como sugere Boaventura de Sousa Santos, “para integrar as propostas emancipatórias de transformação social formuladas pelos diferentes movimentos e organizações que compõem a globalização contra-hegemónica e que tem muito pouco a ver, em termos objectivos, estratégias, sujeitos colectivos e forma de actuação, com aquelas que constituíram historicamente os padrões ocidentais de emancipação social”. (Idem. 2006, p. 41-42). Nessa transição conceitual e paradigmática, é preciso imaginar a emancipação social sem o recurso a uma teoria geral da emancipação social. De acordo com Boaventura, “em substituição da teoria geral da emancipação social proponho um procedimento de tradução entre os diferentes projectos parciais da emancipação social. O trabalho de tradução visa transformar a incomensurabilidade em diferença, uma diferença que torne possível a inteligibilidade recíproca entre os diferentes projectos de emancipação social sem que nenhum possa subordinar em geral ou absorver qualquer outro”. (Idem, 2006, p. 42).