

Revisitando o julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol à luz da teoria do direito¹

Revisiting the judgment of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land in the light of the Theory of Law

Dailor Sartori Junior²

Resumo

Este artigo analisa o legado e a decisão do caso Raposa Serra do Sol pelo STF a partir de elementos de teoria do direito, tanto a versão exclusiva do positivismo de Joseph Raz quanto teorias interpretativistas, sobretudo a contribuição de Ronald Dworkin. Com alto grau discricionário e influências sobre outros casos, tal decisão possibilita avaliar a ausência de posicionamento do positivismo exclusivo sobre a forma como a Corte Constitucional brasileira opera em alguns casos difíceis. Ao mesmo tempo, percebe-se que teorias interpretativas parecem não se abster deste enfrentamento, contribuindo para aprimoramento das decisões judiciais a partir do constrangimento epistêmica às más decisões.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica; Positivismo exclusivo; Raposa Serra do Sol; Supremo Tribunal Federal; Teoria do direito.

¹ Recebido em: 5/3/2021. Aprovado em: 26/12/2021.

² Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (bolsa CAPES/PROEX). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (bolsa CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Ética e Educação em Direitos Humanos pela UFRGS. Advogado. E-mail: dailorjunior@gmail.com

Abstract

This article analyzes the legacy and decision of the Raposa Serra do Sol case by the STF based on elements of law theory, both the exclusive version of Joseph Raz's positivism and interpretive theories, especially the contribution of Ronald Dworkin. With a high degree of discretion and influences on other cases, this decision makes it possible to assess the lack of positioning of exclusive positivism on the way the Brazilian Constitutional Court operates in some difficult cases. At the same time, it is clear that interpretive theories do not seem to abstain from this confrontation, contributing to the improvement of judicial decisions based on the epistemic constraint on bad decisions.

Keywords: Exclusive positivism; Federal Court of Justice; Legal hermeneutics; Raposa Serra do Sol; Theory of law.

Introdução

A partir da caricatura traçada por Dworkin do positivismo de Hart nos anos 70 e das suas críticas quanto à insuficiência de uma postura descritiva do direito, uma vez que os sistemas jurídicos contemporâneos não seriam meros modelos de regras, mas atuaria, nos casos difíceis, com princípios jurídicos vinculantes que passavam ao largo do teste de pedigree³, o positivismo se reinventou e voltou a ser a corrente teórica preponderante do direito. Dentre as suas reformulações, destaca-se a versão exclusiva formulada sobretudo por Joseph Raz, em constante diálogo e contraste com Dworkin.

O positivismo exclusivo aposta em uma versão *hard* da tese das fontes sociais⁴, pois, para estes autores, critérios morais nunca fariam parte dos critérios jurídicos de validade do que é o direito, somente os fatos sociais. Para outra corrente formulada no mesmo contexto, o positivismo inclusivo, critérios morais até poderiam fazer parte do sistema, desde que incorporados por uma fonte social autorizada.

Embora seja uma reformulação densa e importante, a versão exclusiva, por ser meramente descritiva e não prescritiva, não se debruça sobre a prática dos sistemas jurídicos contemporâneos, que é justamente a resolução dos conflitos em sociedade pela atuação dos tribunais. André Coelho menciona que

³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 181.

a incorporação de critérios morais é *conceitualmente* impossível, por conta do que é o direito⁵, e que normas e casos que apresentam argumentos morais são provas empíricas, que não afetam conceitualmente o direito como separado da moral⁶.

De qualquer forma, são inúmeros os casos julgados no Supremo Tribunal Federal (STF) que demandam uma compreensão mais comprometida da teoria do direito, e os positivismos, sobretudo o exclusivo, parecem se abster deste debate. Já concepções interpretativistas do direito, à exemplo de Dworkin, aparentam oferecer bases conceituais e epistêmicas mais adequadas para a compreensão da jurisprudência do STF e da atividade jurisdicional da Corte e, em última instância, às particularidades do direito brasileiro.

Dentre estes casos, há um julgado de 2009 que vem gerando efeitos concretos na atuação de tribunais em casos semelhantes em todo o país e tem influenciado inclusive a atividade de outros poderes, e será “revisto” a partir de 2020 em julgamento de ação dotada de repercussão geral sobre mesmo tema⁷. Trata-se do conhecido julgamento da constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

O julgamento da Petição nº 3.388/RR é considerando o atual *leading case* sobre o tema, pois, na oportunidade, os Ministros interpretaram com profundidade e de forma inédita os elementos do art. 231 da Constituição de 1988 e acabaram por definir suas bases hermenêuticas de aplicação a casos futuros⁸.

Entretanto, os Ministros também cunharam teses que não encontram amparo implícito ou explícito no texto constitucional ou em qualquer outra norma

⁵ Segundo Raz, o direito reivindica autoridade, que não poderá ser encontrada na moral, pois altamente subjetiva e ampliadora dos desacordos sociais. O direito seria expresso por razões excludentes do balanço de razões individuais dos indivíduos, por isso restringindo os desacordos sociais. RAZ, Joseph. **Razón práctica y norma**. Trad. de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro Estudios Constitucionales, 1991, p. 40.

⁶ COELHO, André Luiz Souza. **Raz**: Razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-razoes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>> Acesso em: 16.07.2020.

⁷ Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC.

⁸ MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo [et. al]. **Makunaima grita: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009, p. 76.

sobre o tema. Assim, parece que a Corte exerceu verdadeira atividade legislativa para, nas palavras de alguns Ministros, “colocar uma pá de cal nos conflitos” e “encerrar de vez as disputas” fundiárias com indígenas⁹. Dentre tais conceitos, encontram-se dezenove condicionantes ou diretrizes abstratas para futuras demarcações incluídas no dispositivo do acórdão e, principalmente, a polêmica e restritiva tese do marco temporal¹⁰, inovações que foram replicadas em outras ações judiciais, incorporadas em projetos de lei do Congresso e em normas do Poder Executivo Federal.

Inúmeras análises dos efeitos do caso Raposa Serra do Sol e do marco temporal foram desenvolvidas do ponto de vista dos direitos indígenas e dos seus significados jurídicos, culturais, sociais e políticos, que certamente são as perspectivas primeiras e mais relevantes sobre o tema. Apesar disso, o papel desempenhado pelo STF neste caso denota uma questão outra, de teoria do direito e de teoria decisória que, além de se somar aos discursos possíveis e já existentes sobre o conteúdo da decisão, também toma a decisão apenas como exemplo para o campo da teoria do direito em si.

Assim, diante do efeito provocado por uma decisão judicial altamente discricionária, o que tem a dizer a teoria do direito, sobretudo nas concepções “rivais” do positivismo exclusivo e do direito como conceito interpretativo?

Pretende-se demonstrar como o positivismo, no caso o exclusivo, não possui as melhores condições para explicar a atuação do STF e o julgamento dos *hard cases*, o que é justamente a condição de existência do direito: a resolução de casos difíceis em sociedade. Por outro lado, outras abordagens do direito parecem apreender melhor este funcionamento, interpretando e inclusive

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 – RR, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. 01 jul. 2010, p. 137.

¹⁰ A tese do marco temporal afirma que o direito à demarcação somente seria garantido se a comunidade indígena reivindicante se encontrasse ocupando a área na data da promulgação da Constituição, ou seja, 5 de outubro de 1988, ou ao menos que tivesse sido retirada contra sua vontade.

prescrevendo posturas¹¹, não se abstendo do necessário constrangimento epistêmico às más decisões, que é também papel da doutrina¹²

1. A resposta ao positivismo jurídico: direito como conceito interpretativo

O positivismo jurídico pode ser compreendido, resumidamente, como um paradigma teórico, originado do positivismo científico do século XIX, que sustenta a ideia de que o direito é um fato social posto pela razão humana¹³. Apesar disso, encontra posições profundamente heterogêneas entre si e versões que se atualizaram durante todo o século XX e agora no século XXI.

Sendo fato social, é possível ao jurista descrevê-lo, explicá-lo e apresentar as características que lhe conferem validade dentro de um sistema jurídico específico, separando as valorações, as opiniões e os argumentos morais, que não fazem parte deste sistema. Assim, logo nas primeiras frases da Teoria Pura do Direito, Kelsen, que inaugurou a fase pós-exegética, define seu estudo como uma tentativa de criar uma teoria científica e neutra do direito como ele é de fato observado nas sociedades contemporâneas, e não como supostamente ele deveria ser criado ou modificado para o futuro¹⁴.

Sua origem está marcada por uma postura epistêmica que procurou afastar o direito e a regulação da conduta humana em sociedade das posições metafísicas e antidemocráticas do paradigma anterior pré-moderno da Idade Média. Neste sentido, o direito também se modificou por conta do paradigma científico e racionalista da Modernidade, e a “[...] verdade tornou-se somente aquilo que poderia ser comprovado num processo empírico de observação e experimentação. Do exterior passou-se ao ‘interior’, lugar do sujeito moderno”¹⁵.

¹¹ Contrapondo-se ao positivismo excludente e seu caráter descritivo, e oferecendo bases interpretativistas ao fenômeno jurídico, também será abordada, eventualmente, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Streck. Além disso, a CHD possui debate convergente com Dworkin, que também será aproveitado nesta análise, sobretudo nas ideias de integridade e coerência do direito.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b, p. 162.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**, p. 160.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**, p. 166.

Mesmo o positivismo passou por reformulações por conta dos paradigmas epistêmicos que modificaram outras formas de ver o mundo, não apenas o direito. Assim, o positivismo primevo, ou exegético, também foi questionado pelo excesso de racionalismo que carregava e “[...] conceitos como sensibilidade, intuição, vontade e subjetividade assumem relevância”¹⁶.

Com a atuação da Suprema Corte Norte-Americana nos casos difíceis, o positivismo kelseniano passou a ser contestado por concepções menos descritivas e neutras do direito. No livro *Modelo de Regras I*, Dworkin traça uma caricatura do positivismo de Hart, para em obras posteriores apresentar suas teses sobre os desacordos morais, a coerência e a integridade do direito.

O positivismo seria um modelo de regras que não dá conta da fluidez do direito nos sistemas contemporâneos. A existência de princípios jurídicos vinculantes refutaria a teoria positivista, especialmente a discricionariedade resultante (pois, mesmo quando não há regras, os juízes estão vinculados a princípios) e a tese do pedigree (ou das fontes sociais – pois os princípios não se tornam parte do direito em virtude de um teste social de validade estipulado em uma regra de reconhecimento), conforme a estrutura escalonada de Kelsen¹⁷.

Dworkin entende que nunca os juízes possuem discricionariedade em suas decisões; nunca haveria a simples escolha de um caminho dentre vários possíveis por conta da suposta indeterminação semântica das normas jurídicas. Sempre será possível encontrar a resposta correta para os casos difíceis do direito, utilizando princípios. Em vez de os juízes legislarem nos casos difíceis, como entendia Hart, para Dworkin os juízes construiriam *argumentativamente* a única resposta possível para o caso concreto.

A decisão *Brown Vs. Board of Education*¹⁸ de 1954 inaugura um período de ativismo progressista e liberal da Suprema Corte Americana. Ainda, após a II Guerra houve fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como um valor a ser observado pela comunidade jurídica internacional, principalmente com a criação institucional dos direitos humanos internacionais. Deste modo,

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**, p. 176.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 246.

¹⁸ Este caso discutiu o papel dos princípios morais no sistema jurídico norte-americano, ao proibir a segregação racial nas escolas.

Dworkin está inserido nesta cultura de protagonismo do Judiciário e sua teoria legitima a atuação da Suprema Corte Norte-Americana, pois leva o trabalho dos juízes à sério, ou seja, entende que sua atuação é pela busca da resposta correta nos casos difíceis, não a mera escolha de uma decisão possível. Em suas palavras:

A antiga imagem do direito visto como simples matéria de fato, apresentada no primeiro capítulo deste livro, dizia para não tomarmos ao pé da letra os votos proferidos pelos juízes nos casos difíceis; essa nova imagem tem o mérito notável de nos permitir, mais uma vez, acreditar no que dizem nossos juízes¹⁹.

Dworkin desenvolve esta concepção percebendo que nos casos difíceis enfrentados pela Suprema Corte, principalmente, não seriam questões de fato que definiriam as dificuldades de tais casos, mas questões sobre a própria aplicação do direito. Assim, dando um passo atrás, percebe que o direito não pode ser entendido apenas como um conceito *criteriológico* ou *semântico*, mas *interpretativo*. A conceituação nunca é neutra ou puramente observacional sobre o preenchimento dos supostos requisitos do que seria um sistema jurídico moderno como entendia Kelsen e Hart, mas sempre carrega uma projeção daquilo que se espera que a coisa seja, sempre buscará fazer de uma coisa o melhor exemplo possível do que ela se propõe a ser. Como diz sintetiza Francisco José Borges Motta:

Dworkin, como Hart, acredita que se entendem melhor a prática e os fenômenos jurídicos a partir do próprio conceito de direito; mas, para o autor norte-americano, o estudo conceitual não tem como ser meramente descritivo; estudar um conceito é interpretá-lo e, no caso do direito, é fazer alegações substantivas (morais e éticas) para fundamentar essa interpretação²⁰.

A visão *arquimediana*, ou neutra, sobre as discussões envolvendo conceitos políticos como liberdade, democracia e direito ignoram o modo como estes mesmos conceitos funcionam na argumentação jurídica. Ou seja, a

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 112.

²⁰ MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática. 2014. 292 f. **Tese** (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014, p. 115.

discussão teórica neutra e descritiva seria inútil para Dworkin, pois se afasta da realidade jurídica. Assim, toda “[...] teoria afirmativa sobre a natureza de conceitos políticos (liberdade, igualdade, democracia) é não apenas descritiva, mas *normativa*, no sentido de que *toma partido* na discussão”²¹.

Mas qual o seu entendimento sobre o direito? Na obra “O império do direito” Dworkin apresenta a proposta do *direito como integridade*. Resumidamente, a integridade no direito é a coerência de princípios morais dentro de um sistema jurídico específico; é compreender e interpretar o direito como se fosse produto de um mesmo ator, a comunidade personificada ou uma comunidade de princípios, e por isso representaria a concepção moralmente íntegra e coerente do sistema jurídico.

A integridade seria um princípio moral fundamental de determinada comunidade política, juntamente com justiça e equidade. Ela estaria subdividida em dois subprincípios: a) Legislativo: pede aos legisladores que tentem tornar o sistema de leis moralmente coerente; b) Jurisdicional: demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido²². Uma comunidade de princípios, que vê a integridade como parte fundamental de sua política, apresenta uma melhor defesa da legitimidade política do que os outros modelos. Segundo Dworkin:

A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar o seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania²³.

Pela integridade o direito não seria sempre o mesmo, repetindo decisões ruins, a partir de uma coesão mecânica: há separação dos conceitos de integridade e de coerência em sentido estrito. Na integridade de Dworkin, o Juiz não está condenado a repetir mecanicamente as decisões tomadas no passado: o direito pode ser alterado, desde que se mantenha íntegro.

²¹ MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática, p. 116.

²² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 213.

²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 230.

Algumas vezes o juiz irá se apartar das decisões anteriores, justamente para se manter fiel aos princípios adotados pelo sistema jurídico. Ele modifica o direito adotando princípios e valores que são coerentes com o sistema. A decisão não será coerente nesse sentido mecânico, porque será diferente do passado, mas a integridade estará respeitada. Logo, a “[...] integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas judiciais distintas e, particularmente, do modo como os nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais”, oferecendo uma melhor interpretação da prática jurídica²⁴.

A prática jurídica seria uma política em desenvolvimento, por isso os juízes não descobririam tampouco inventariam o direito, mas o interpretariam construtivamente. Ao interpretar o passado jurídico dentro de uma comunidade política específica, tal tarefa se torna também crítica, pois se busca tornar o direito a melhor experiência possível dele próprio; uma tarefa que não se revela cética como o convencionalismo (a partir da discricionariedade), mas objetivista sobre o produto desta interpretação. A argumentação, portanto, promove a integridade moral do sistema e legitima a coerção oficial.

Dworkin leva o debate sobre a moral às últimas consequências, pois acredita que é isso que os juízes realmente fazem com a argumentação: buscam herculeamente a resposta certa para os *hard cases*. O argumento vencedor de um debate jurídico permeado por princípios morais de uma comunidade política é tão forte que reduz a subjetividade – e a discricionariedade – e vira quase que um argumento objetivo.

Assim, não haveria “escolhas dramáticas”: haveria objetividade adquirida pela argumentação e busca pela integridade, harmonizando princípios potencialmente rivais em uma comunidade e sistema jurídico. A dramaticidade estaria no processo, não na decisão final, pois neste paradigma interpretativo que aceita a integridade, os juízes “[...] decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade²⁵.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 261.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 305.

2. A reformulação contemporânea do positivismo exclusivo e a ausência de teoria decisória

Finalmente, a partir dos anos 80, a resposta contemporânea à Dworkin originou as duas vertentes mais atuais do positivismo, a inclusiva e a exclusiva, esta última radicalizando alguns preceitos do positivismo que sucumbiram no século XX justamente pelo enfrentamento proposto por Dworkin.

Autores identificam algumas características que permitem identificar correntes positivistas do direito: a) a adoção da tese dos fatos sociais, pois o direito fruto da produção humana; b) a tese da descrição como papel da teoria do direito, e não a valoração ou prescrição de como o direito deveria ser ou funcionar; c) a tese das fontes, a qual diz que só conta primariamente como direito aquilo que tiver sido produzido por fonte social autorizada; e, por fim, d) a tese da separação entre direito e moral, que pode assumir maior ou menor grau, mas que sempre está presente no juspositivismo.

Todas elas são adotadas pelo positivismo exclusivo. Ocorre que esta vertente assume a versão forte da tese das fontes sociais, separando – agora sim, o que não havia em Kelsen – direito e moral. Alguns teóricos afirmam que somente as metarregras – anteriormente as regras secundárias, ou seja, as regras que instituem os modos de se fazer regras – deveriam obrigatoriamente ser geradas por uma fonte social autorizada. Já as regras primárias poderiam incorporar critérios extrajurídicos como válidos em um sistema. No positivismo exclusivo, ambas derivam de fatos sociais²⁶.

André Coelho alerta que a versão exclusiva separa direito e moral apenas no plano da validade, reconhecendo a vinculação entre ambos nos planos do *conteúdo* do direito (produção de normas e jurisprudência), no *propósito* (inclusive perceber o direito como razões excludentes que evitam desacordos morais é dizer que isso é melhor) e na *decisão* (todos os julgadores decidem com critérios morais e subjetivos, sendo impossível a separação neste plano)²⁷.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**, p. 181.

²⁷ COELHO, André Luiz Souza. **Raz**: Razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-razoes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>> Acesso em: 16.07.2020.

Mas por que a separação radical entre direito e moral como critérios de validade do direito? Porque o papel do direito seria fechar os desentendimentos de cada comunidade jurídica, o que seria impossível a partir da ideia valorativa que cada indivíduo possui, e tal objetivo é alcançado com a ideia de preempção.

A preempção, segundo Raz, significa o *cancelamento* das razões individuais dos indivíduos para determinada conduta e a *substituição* por razões chamadas de segunda ordem, as razões do direito, que decorrem da autoridade reivindicada pelo direito e da sua obrigatoriedade. Porém, a autoridade é reivindicada, não significando uma obediência incondicional. Somente a autoridade legítima.

Razões morais são de primeira ordem, pois competem entre si em um balanço realizado pelo indivíduo, e podem ser discutidas racionalmente por qualquer pessoa. São razões para a ação, e podem tomar, a partir de prós e contras, diversos caminhos práticos. Já as razões do direito são consideradas de segunda ordem, pois não são razões para a ação, mas razões sobre razões, porque cancelam o balanço e operam uma diferença prática na conduta. Mesmo tendo razões individuais para tomar certa conduta, o direito forçará o cumprimento de conduta diversa. Se isto é o direito, então é conceitualmente impossível que critérios morais façam parte desse sistema, senão não haveria a substituição dos balanços de razões de cada pessoa. Razões morais são perpetuamente abertas ao escrutínio racional do destinatário. Se o critério é jurídico, a discordância moral não implica tomar outra atitude, mas atender à autoridade legítima²⁸.

Além de Raz, e de forma mais recente, Scott Shapiro também oferece reformulação do positivismo a partir de uma versão exclusiva, mas, aqui, adota a ideia de que a) normas jurídicas são planos e de que b) a atividade jurídica é uma atividade de planejamento²⁹.

Sua ideia central é de que a natureza última do direito, ou a juridicidade (como no título do seu livro, “Legality”), diz respeito a uma atividade compartilhada de planejamento, ou a fixação de planos deliberados

²⁸ RAZ, Joseph. **Razón práctica y norma**, p. 40.

²⁹ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

coletivamente em sociedade e vinculantes sob as condutas individuais, com vistas ao futuro. Veja-se que, em um primeiro momento, tal ideia parece se aproximar à coerência e integridade de Dworkin. Ocorre que Shapiro também promove separação de direito e moral no plano da validade: é melhor mantermos os planos traçados por fonte social autorizada para se evitar dissensos morais futuros. Há, inclusive, a preempção de Raz nesta formulação. Os planos fixados obrigatórios não incluem critérios morais porque justamente reabririam as discussões sobre questões delicadas enfrentadas pelas sociedades modernas.

Assim, o propósito do direito seria o de diminuir incertezas, fixar uniformidades e resolver desacordos de modo mais eficaz do que conseguiríamos por deliberação moral tópica. E, sendo os planos definidos coletivamente para o futuro a partir de problemas complexos, exige-se que o poder de planejar fique à cargo de poucos atores, sobretudo o Poder Legislativo.

Shapiro ainda discorre sobre os desenhos institucionais das democracias constitucionais que alocariam poderes e responsabilidades equilibradas, no que chamou de “economia da confiança”³⁰. Haveria maior confiança alocada ao legislativo, que possui maior poder de formular e reformular os planos sociais vinculantes, participando os cidadãos na escolha dos seus representantes legitimados. Já o Judiciário teria menor confiança alocada, conseqüentemente menor poder e menor controle.

Por fim, Shapiro argumenta que a teoria interpretativa de Dworkin incorreria em dois problemas: primeiro, atribuiria à competência e ao caráter dos juízes mais confiança do que o princípio da separação de poderes de fato fez, violando a economia da confiança das democracias constitucionais; segundo, permitiria a revisão dos planos por parte dos juízes, nos termos (morais) da controvérsia que os planos visavam justamente solucionar, violando a chamada “lógica simples dos planos”³¹.

³⁰ SHAPIRO, Scott. **Legality**.

³¹ SHAPIRO, Scott. **Legality**.

3. O julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo STF

Após décadas de conflitos, ações judiciais e morosidade estatal no processo demarcatório da área ocupada por cinco povos indígenas, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol obteve a sua segunda e definitiva Portaria Declaratória em 2005, reconhecendo a ocupação tradicional e reestabelecendo os limites físicos da área.

Porém, no mesmo ano, os Senadores Augusto Affonso Botelho Neto (PT) e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB), ambos do Estado de Roraima, propuseram ação popular perante o Supremo Tribunal Federal, a Petição nº 3.388, suscitando a nulidade da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial de homologação s/n, por entenderem que a demarcação contínua e em faixa de fronteira atentava contra a defesa nacional e ao direito de propriedade de agricultores que deveriam deixar suas terras.

Relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que se posicionou favorável à demarcação, o processo teve o julgamento iniciado em agosto de 2008, sendo retomado em dezembro do mesmo ano, após pedido de vista do Ministro Menezes Direito. Apresentando seu voto-vista, que concordava em parte com o do Relator, o Ministro Menezes Direito também propôs à Corte a inclusão das 19 condicionantes³², ou “salvaguardas institucionais” no dispositivo da decisão, o

³² As 19 condicionantes são as seguintes: “1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei. 4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra

que foi acolhido posteriormente pela maioria dos Ministros e Ministras com poucas modificações. Em suas palavras:

[...] os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance³³.

As salvaguardas representariam a exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis, sendo extraídas do próprio texto constitucional como parâmetros de interpretação e aplicação da normativa infraconstitucional para a demarcação das terras indígenas e para o uso das mesmas pelos índios. Funcionariam, portanto, como condicionantes de aplicação da Constituição, a partir da técnica da “interpretação conforme”³⁴.

Tais condicionantes foram criadas como enunciados de caráter geral visando ao relacionamento futuro do Estado com os povos indígenas, ou seja,

indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>> Acesso em: 16.07.2020.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 – RR, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. 01 jul. 2010, p. 257-258.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388.

sem que houvesse relação direta de todas elas com o caso concreto da Raposa Serra do Sol, sem as discussões necessárias com a sociedade e, principalmente, sem atender ao instituto da consulta prévia, como previsto na Convenção nº 169 da OIT ratificada pelo Brasil.

Houve, em verdade, a tentativa de “ponderação” entre direitos indígenas, meio ambiente, direito de propriedade e defesa nacional, a partir de posicionamentos políticos e critérios morais dos próprios Ministros:

As 19 ressalvas pretensamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente. Algumas são interpretações ou repetições do texto constitucional e legal (as de número 1, 2, 3, 4, 14, 15, 16, 18), outras, comandos contrários aos já estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (5, 6, 7), e em regulamentação infralegal (8, 9 e 10). Ainda, a criação de enunciados normativos pelas ressalvas 11, 12, 13, 17 e 19³⁵.

Por conta desta posição heterodoxa adotada pelo órgão jurisdicional, nitidamente de caráter antidemocrático, Anjos Filho afirma que as inovações foram “[...] simplesmente impostas sem qualquer diálogo intercultural, por um órgão jurisdicional sem poderes constituintes, reformadores ou ao menos legislativos, e mediante violação das leis processuais”³⁶.

Apesar de propostas como regras gerais a serem aplicadas a futuras demarcações, o relator acolheu as “salvaguardas institucionais” apenas como “[...] diretivas para a execução desta nossa decisão por parte da União”³⁷. Mesmo assim, a Advocacia-Geral da União (AGU) foi rápida em editar a Portaria nº 303/2012³⁸ que, sob pretexto de regulamentar a atuação dos advogados públicos e procuradores em processos judiciais envolvendo a demarcação e uso de terras

³⁵ YAMADA, Erika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, 2010, p. 147.

³⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e o Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **STF e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 39-40.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388, p. 370.

³⁸ Posteriormente suspensa, foi substituída pelo Parecer vinculante da AGU nº 001 de 2017, que também acabou suspenso, em 2020, desta vez pelo Ministro Edson Fachin na medida cautelar incidental no Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, dotado de repercussão geral.

indígenas, incorporou todas as condicionantes como se fossem etapas oficiais do procedimento de demarcação presente no Decreto nº 1.775 de 1996.

Além das condicionantes, incluídas no dispositivo, o subtítulo denominado “conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas”, presente no corpo do texto, também foi alvo de críticas, pois incluiu a afirmação de que a data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, seria o marco temporal insubstituível para a verificação da ocupação tradicional indígena e para a efetiva demarcação.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a data representaria uma espécie de “fotografia” do momento, enquanto o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, chamou-a de “chapa radiográfica” da situação de ocupação. Assim, a chamada teoria do indigenato, há décadas seguida pelo STF como paradigma do reconhecimento dos direitos originários indígenas, parecia estar sendo relativizada para a adoção de uma “teoria do fato indígena”.

Apesar disso, não há referências implícitas ou explícitas de uma data certa para o início do direito à demarcação, até porque esse direito existe ao menos desde a Constituição de 1934, sendo a de 1988 mero, mas importante, aprimoramento e continuidade histórica³⁹.

Posteriormente, a possibilidade de vinculação do caso foi minimizada de forma retórica pela decisão tomada em 2013 no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelas comunidades indígenas e pelo Ministério Público Federal, o que inclusive ajudou na suspensão da Portaria da AGU. O Ministro Barroso afirmou que a PET 3.388 não possuía efeitos vinculantes a outros casos, o que, em termos práticos, não impediu a utilização do acórdão como se vinculante fosse, pelo Judiciário e pelo Executivo.

A ausência de força vinculante do acórdão, por conta da natureza jurídica da ação, não foi suficiente para impedir que a Segunda Turma do STF aplicasse a tese do marco temporal e condicionantes para fundamentar anulações de

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf> Acesso em: 16.07.2020.

terras indígenas, o que foi seguido em inúmeros processos em Varas Federais e Tribunais Regionais Brasil afora⁴⁰.

Nestes casos, os Ministros da Segunda Turma foram ainda além do estabelecido no acórdão do caso Raposa: afirmaram que o marco temporal somente seria desconsiderado se a comunidade indígena estivesse efetivamente reivindicando seu retorno à área reivindicada, preferencialmente através de “conflito instaurado” ou de demanda possessória ajuizada:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para configuração do esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada⁴¹.

Vale destacar que antes da Constituição de 1988 vigia o regime tutelar e a impossibilidade de os indígenas, individual ou coletivamente, levarem as suas demandas ao Poder Público sem o aval e a intermediação do órgão oficial indigenista, a FUNAI⁴².

O julgamento, portanto, atestou a constitucionalidade da demarcação contínua e reafirmou os elementos do art. 231 da Constituição, afastando argumentos como ameaça à defesa nacional e demarcação descontínua em ilhas. Entretanto, significou, também, a relativização das normas constitucionais, sob o pretexto moral de remediar conflitos fundiários históricos.

Esta atitude política e ativista deu-se a partir da criação de regras inexistentes no ordenamento, como o marco temporal da ocupação e as “salvaguardas institucionais”, que hoje constituem o fundamento jurídico para

⁴⁰ No STF, o Mandado de Segurança nº 29.087, anulação da TI Guyraroká, no MS, e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462, anulação da TI Limão Verde, também no MS, a ACO 1.100/SC, que discute anulação de parte da TI Ibirama, dos Xokleng de SC. No TRF4, a APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5010204-72.2015.4.04.7201/SC, anulação de 4 Terras Indígena Guarani em SC.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 – DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. 13 nov. 2015, p. 1.

⁴² Esta é justamente uma das grandes modificações trazidas pela Constituição no marco normativo da pluriethnicidade e do reconhecimento do direito à diferença: o fim do regime tutelar e a capacidade civil plena para os povos indígenas se relacionarem diretamente com o Estado brasileiro (art. 232, CF).

anulação de demarcações, cujas consequências são o acirramento de conflitos fundiários violentos e o despejo de grupos sociais altamente vulneráveis.

4. Análise da decisão à luz da teoria do direito: discricionariedade e integridade

A partir do caso Raposa Serra do Sol e da sua aplicação como se fosse um “precedente”, bem como a utilização das inovações pelos demais Poderes, uma série de perguntas teóricas se apresenta: ao justificar as condicionantes e o marco temporal pela necessidade de “pacificar” conflitos indígenas, sem correspondência normativo-constitucional e sem debate democrático, estariam os Ministros atuando com discricionariedade, incorporando critérios morais e aleatórios na decisão? O paradigma normativo inaugurado pela Constituição de 1988 e os aportes internacionais não formam uma tradição de garantia de direitos a ser seguida pelo tribunal constitucional, drasticamente rompida na oportunidade? Ao entender que eram necessários critérios morais para fixar as futuras demarcações, estariam os Ministros se aproximando de um realismo jurídico e, portanto, antidemocrático?

Para responder tais questões, são necessárias algumas ponderações sobre o tema enfrentado pela Corte Constitucional. A promulgação da Constituição Federal de 1988 significou a mudança do paradigma normativo da questão indígena, pois reconheceu a pluriétnicidade da sociedade brasileira e o direito dos povos indígenas a viverem de acordo com seus costumes e tradições, superando concepções integracionistas e o regime tutelar. Sobre o território que ocupam, a Constituição manteve o direito à demarcação pelo critério antropológico da tradicionalidade e reafirmou a Teoria do Indigenato, ou seja, reconheceu o caráter originário desse direito, que preexiste à formação do Estado brasileiro e, por isso, anula qualquer forma de titulação posterior⁴³.

⁴³ Art. 231, § 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.

Apesar de tais inovações, a Constituição não sobreveio em um vácuo normativo: ela acompanhou outras reformas constitucionais por que passaram países latino-americanos no período de suas transições de regimes autoritários à redemocratização, sobretudo nos anos 80. Assim, a Constituição inaugurou no Brasil o que Raquel Yrigoyen Fajardo nomeou para a América Latina de período do “constitucionalismo multicultural”⁴⁴.

Disto se seguiu uma série de incorporações normativas nacionais e internacionais da questão indígena, além de outros temas relativos ao direito à diferença e questões raciais, de gênero e sexualidade, por exemplo. Ainda, o Estado brasileiro ratificou a Convenção nº 169 da OIT, documento internacional protetivo dos direitos indígenas, e anos mais tarde, em 1996, editou o Decreto nº 1.775, que trouxe as etapas do procedimento de demarcação de terras indígenas.

O resultado da adoção de tal paradigma normativo inclusivo e baseado na garantia de direitos humanos e no direito à diferença foi a demarcação de dezenas de terras indígenas pelo critério da tradicionalidade, a partir um processo administrativo conduzido por equipe multidisciplinar e garantidos o contraditório e a ampla defesa dos proprietários de imóveis afetados. Construiu-se, portanto, uma tradição protetiva sobre tal direito, e bases interpretativas que não limitavam temporalmente a reivindicação na data aleatória de promulgação da Constituição.

O que parece, aqui, é que houve modificação do direito por parte do poder de Estado não legitimado a reformular o plano estabelecido coletivamente e racionalmente para a deliberação de casos futuros envolvendo demarcação de terras indígenas, no sentido de Shapiro⁴⁵. Ou ainda, conforme Dworkin, ao adotar a tese do *maro temporal*, mudando de posição, o STF reescreveu a tradição decisória do tema sem a coerência necessária para manutenção da integridade do direito, modificando a matéria em sentido completamente diverso do paradigma normativo indigenista e das próprias normas constitucionais. Ou seja,

⁴⁴ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **El Derecho en América Latina**: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 141.

⁴⁵ SHAPIRO, Scott. **Legality**.

os Ministros romperam a escrita do direito enquanto um “romance em cadeia”, cunhando novos conceitos opostos ao enredo protetivo original.

A própria Constituição, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 67, definiu a obrigação do Estado em concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos após a sua promulgação, o que nunca ocorreu, em grande medida por omissão estatal e desinteresse político⁴⁶.

Além disso, em entrevista ao Instituto Socioambiental (ISA), os ex-Deputados constituintes José Carlos Saboia, Fábio Feldmann e Luís Carlos Sigmaringa Seixas afirmaram que não houve na época intenção de incluir limite temporal para os direitos territoriais indígenas no texto da Constituição, colocando em dúvida a afirmação do STF, no caso Raposa Serra do Sol, de que a Constituição “trabalhou com data certa” e de que a data de 5 de outubro de 1988 seria o “marco objetivo insubstituível”. Destacam-se os seguintes trechos de suas falas:

[...] ISA - O entendimento de que as Terras Indígenas só poderiam ser demarcadas se estivessem ocupadas pelos índios na data da promulgação da Constituição não é um preceito constitucional, então? Feldmann – Não é um preceito constitucional. Até teve a discussão – que envolveu basicamente a questão mais emblemática – dos Yanomami, que foi a questão da peregrinação indígena. Essa questão tem que ser colocada nesse contexto. Essa permanência tem que ser relativizada pelo fato de que – e o caso dos Yanomami é o mais emblemático – você tem um território grande, que é ocupado, mas é ocupado através de fluxos. Mas a Constituição não fixou isso. [...] ISA - Houve intenção dos constituintes em estabelecer um limite temporal à vigência dos direitos territoriais dos índios? Sigmaringa Seixas - Para os que pensavam em termos de integração, inclusão, assimilação, esta ideia era compatível, ou seja, a partir de sua integração não haveria mais necessidade de uma legislação protetora específica. Mas o pensamento majoritário aderiu à ideia de uma espécie de soberania indígena, de integração, sem necessariamente assimilação. Nestes termos, não fazia sentido se pensar em prazos, mas, sim, em princípios.”⁴⁷.

⁴⁶ Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

⁴⁷ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Constituintes de 1988 reafirmam caráter permanente dos direitos indígenas**. 2017. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/constituintes-de-1988-reafirmam-carater-permanente-dos-direitos-indigenas>> Acesso em: 16.07.2020.

Esta mudança baseou-se em critérios morais e discricionários, na necessidade autoatribuída pelo STF de encerrar conflitos fundiários violentos entre comunidades indígenas reivindicantes da demarcação e eventuais ocupantes dessas terras, com títulos de propriedade concedidos, muitas vezes, pelo próprio Estado em políticas de reforma agrária sobre áreas falsamente devolutas. Em outras palavras, a histórica omissão do Poder Executivo em atuar sobre tais conflitos transferiu ao Judiciário falsa legitimidade para atuar como legislador positivo, altamente influenciado por argumentos morais.

Ocorre que tal decisão, mesmo sem força vinculante, por se tratar de Ação Popular, vem sendo replicada como se fosse norma de caráter geral e abstrato por diversos Tribunais inferiores. Além disso, as condicionantes estabelecidas foram incorporadas pela Advocacia-Geral da União em parecer vinculante como se fossem regras obrigatórias do procedimento demarcatório do Decreto de 1996:

I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas. II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)⁴⁸.

Além do parecer da AGU e da jurisprudência subsequente, o Poder Legislativo também se engajou em aproveitar o acórdão do caso para promover a revisão das garantias constitucionais dos direitos territoriais indígenas. O marco temporal passou a incorporar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 215, originalmente de 2000, que busca transferir a competência da demarcação do Poder Executivo para o Poder Legislativo.

Ou seja, a alegada ausência de princípios vinculantes para a decisão do caso, pois seriam critérios morais incompatíveis ao positivismo exclusivo,

⁴⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União. PARECER N. 001/2017/GAB/CGU/AGU. Brasília, DF, 19 de julho de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. 20 jul. 2017.

resultou em alto grau discricionário por parte do STF, cuja decisão, em um segundo momento, transformou-se no direito positivo a ser descrito pelos teóricos do direito da vertente exclusivista, acriticamente.

Assim, destacam-se os seguintes elementos da análise deste caso à luz da teoria do direito: a) incorporação de critérios morais para a resolução do caso, afastando-se da aplicação da Constituição; b) condicionantes de caráter abstrato estabelecidas como se fossem regras aplicáveis a casos futuros; c) critérios morais transformaram-se em direito positivo quando incorporados em parecer normativo e vinculante da AGU e quando aplicados por outros tribunais; d) a tese criada pelo STF do marco temporal contraria a tradição construída sobre os direitos indígenas; e) Deputados Constituintes entrevistados negam indicativo de data certa para a demarcação de terras indígenas, afastando uma possível vinculação histórica do instituto jurídico.

Anos depois, a partir de 2017, o próprio STF passou a rever tais posicionamentos e sua jurisprudência⁴⁹ refletiu parcial abandono das teses pretensamente vinculantes do caso Raposa Serra do Sol, o que ainda não foi acompanhado pelas instâncias inferiores. Ainda mais significativo foi a atribuição unânime em fevereiro de 2019 de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.017.365 de Santa Catarina, pelo qual será definido o estatuto jurídico-constitucional das terras indígenas com força vinculante. Nas palavras do Ministro Edson Fachin, relator do caso, no julgamento da PET 338 a Corte intentou assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional. Porém, o caráter de correção e revisão do legado do caso Raposa Serra do Sol é nítido, quando o Ministro afirma que “Nada obstante, a matéria não se encontra, a despeito da expressa previsão constitucional, pacificada na sociedade e nem mesmo no Poder Judiciário, compreendendo-se assim a relevância e a imperiosidade de que esta Corte⁵⁰.

⁴⁹ Vide a relativização do marco temporal nas ACOs 362 e 366 de 2017, bem como em decisões parciais mais recentes, como as tomadas na ACO 1.100 e no RE 1017365.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1017365/SC. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Brasília, DF, 22 fev. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. 10 abr. 2019, p. 23.

Considerações Finais

A transformação por que passou o positivismo, vindo a radicalizar a tese das fontes sociais na versão exclusiva e a justificar que seria mais interessante, para a tomada de decisões práticas, desconsiderar critérios morais, parece não apreender o que de fato ocorre na prática jurídica dos Tribunais, que, principalmente, interpretam a Constituição, assumindo limites e abrindo caminho para um juízo discricional.

O positivismo reformulado, portanto, não percebe a necessidade de se colocar de forma justaposta o problema da teoria do direito e as questões políticas, oriundas da teoria democrática. Ou seja, as propostas do positivismo que se pretendem renovadoras “[...] não contribuem para a solução do verdadeiro dilema do direito contemporâneo que é, exatamente, a superação da discricionariedade judicial a partir de uma teoria da decisão”⁵¹.

A teoria do direito que possui limitações explicativas das más decisões não está necessariamente errada; a questão não é seu descarte ou exclusão. Algumas vertentes apenas não explicam adequadamente o que acontece no direito brasileiro em termos de *hard cases* e direitos fundamentais. Também não se trata de naturalizar que o STF produza más decisões; apenas é de se considerar teorias que mais a dizer sobre essa prática, seja ela correta ou não.

Neste sentido, a suposta indeterminação semântica, ou a existência de lacunas dos direitos territoriais indígenas, não dão ao intérprete a discricionariedade de cunhar novos conceitos e regras que julga adequados; há todo um quadro normativo, um compromisso assumido internacionalmente pelo Estado brasileiro na ratificação de normas internacionais que apontam em um determinado caminho e tradição a serem preservados na atividade jurisdicional.

Como resultado, atores sociais interessados na relativização dos direitos territoriais indígenas aproveitam-se da ausência de compreensão teórica sobre o direito e a Constituição, como é o caso dos projetos de lei incorporando as salvaguardas institucionais do acórdão da PET 3.388 e a judicialização das demarcações de terras indígenas por parte de latifundiários e grileiros de terras.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 27.

Assim, destacam-se os seguintes elementos: a) incorporação de critérios morais para a resolução do caso, afastando-se da aplicação da Constituição; b) condicionantes de caráter abstrato estabelecidas como se fossem regras aplicáveis a casos futuros; c) critérios morais transformaram-se em direito positivo quando incorporados em parecer normativo e vinculante da AGU e quando aplicados em outros tribunais; d) a tese criada pelo STF do marco temporal contraria a tradição construída sobre os direitos indígenas; e) Deputados Constituintes entrevistados negam indicativo de data certa para a demarcação de terras indígenas.

O escrutínio da atuação do Tribunal, da forma como decide casos difíceis e de suas bases teóricas, assumidas ou não, torna-se extremamente relevante, pois os resultados acabam por influenciar desde a atividade dos demais Poderes até o ensino jurídico que se baseia em grande medida no que dizem os juízes sobre a Constituição, tomando isto como o direito. O caso Raposa Serra do Sol, por tudo isso, constitui-se exemplo privilegiado para a discussão sobre a importância da teoria do direito e da decisão judicial no Brasil, principalmente sobre a insuficiência da teoria mais aceita hoje, o positivismo na sua versão exclusiva.

Mesmo porque o próprio STF atribuiu repercussão geral em 2019 ao Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC para literalmente revisar o legado do acórdão do caso Raposa Serra do Sol, admitindo que as soluções discricionárias adotadas, contrárias à tradição que vinha sendo construída sobre a garantia dos direitos indígenas, não obtiveram o resultado nem político nem jurídico de pacificação de conflitos, muito pelo contrário.

Agora, com o aguardado julgamento do mérito do RE nº 1017365/SC, talvez a tradição seja retomada, a discricionariedade abandonada e os efeitos do futuro acórdão corretamente aplicados a casos semelhantes, pois dotado de repercussão geral.

Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e o Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **STF e direitos fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 – RR, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. 01 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 – DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. 13 nov. 2015.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. PARECER N. 001/2017/GAB/CGU/AGU. Brasília, DF, 19 de julho de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1017365/SC. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Brasília, DF, 22 fev. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. 10 abr. 2019.

COELHO, André Luiz Souza. **Raz**: Razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-razoes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>> Acesso em: 16.07.2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Constituintes de 1988 reafirmam caráter permanente dos direitos indígenas**. 2017. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/constituientes-de-1988-reafirmam-carater-permanente-dos-direitos-indigenas>> Acesso em: 16.07.2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 5. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo [et. al]. **Makunaima grita**: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática. 2014. 292 f.

Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

RAZ, Joseph. **Razón práctica y norma**. Tradução de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro Estudios Constitucionales, 1991.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf> Acesso em: 16.07.2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

YAMADA, Erika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **El Derecho en América Latina**: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.