

Ativismo judicial x convenção nº 169 da OIT: análise do caso Raposa Serra do Sol

Judicial activism x ILO convention 169: analysis of the Case Raposa Serra do Sol

Tháís Silva Filgueiras

Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas.

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Professora da Universidade Estadual do Amazonas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.94.3

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar a presença do ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de julgamento da Ação Popular nº 3388, popularmente conhecida como caso Raposa Serra do Sol, especificamente no que tange ao direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, garantido pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Utilizou-se como base o método indutivo, partindo-se da leitura aprofundada sobre o tema, pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. Primeiramente, são feitas algumas considerações acerca da postura ativista por parte do Poder Judiciário, sendo apresentada sua origem, como essa começou a ganhar forma em nível nacional, bem como a discursão em torno de sua conceituação. Ato contínuo, disserta-se sobre a Convenção nº 169 da OIT, dando-se ênfase ao direito à consulta prévia, livre e informada conferido por esse documento às comunidades indígenas e tribais. Por fim, empreende-se à análise da decisão na Ação Popular nº 3388. O estudo demonstrou que a Suprema Corte adotou um comportamento ativista ao julgar o caso Raposa Serra do Sol, atuando como legislador positivo, optando, na maioria das condicionantes por ela impostas, por ignorar o direito de consulta aos povos indígenas afetados pelas medidas, contrariando as disposições presentes no tratado internacional e configurando em verdadeiro retrocesso na proteção dos direitos dos índios.

Palavras-chave: ativismo judicial – convenção nº 169 da OIT – direito à consulta – caso Raposa Serra do Sol.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the presence of judicial activism by the Supreme Federal Court (STF) at the trial of Popular Action No. 3388, popularly known as the Raposa Serra do Sol case, specifically with regard to the right to prior, free and informed consultation of indigenous peoples, guaranteed by Convention 169 of the International Labour Organization (ILO). The inductive method was used as a base, starting from the deepening on the theme, bibliographic research and jurisprudential analysis. Firstly, considerations about the activist posture by the Judiciary are made, considering its origin, how it started to take shape at the national level, as well as the discourse around its conception. Immediately thereafter, discourses about the ILO Convention No. 169, with emphasis on the right to prior, free and informed consultation conferred by this document to indigenous and tribal communities. Finally, the Popular Action No. 3388 decision is analyzed. The study showed that the Supreme Court adopted an active behavior when judging the Raposa Serra do Sol case, acting as a positive legislator, opting, in most of the conditions imposed by it, for ignoring the right of consultation to the indigenous peoples affected by the measures, contrary to the provisions of the international treaty and constituting a real setback in the protection of the rights of the indigenous peoples.

Keywords: judicial activism – ILO convention 169 – right to consultation – Raposa Serra do Sol Case

INTRODUÇÃO

Com origem na jurisprudência norte-americana, a figura do ativismo judicial foi ganhando projeção nos corredores forenses à medida que foram sendo judicializadas questões políticas

que antes eram resolvidas por outras esferas da sociedade. Através desse instituto, o Poder Judiciário se desvincula da figura estanque de mero aplicador da lei e passa a atuar com maior interferência no espaço de competência dos outros Poderes.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem assumindo relevante protagonismo no contexto político e social do país, adotando um papel ativista em seus julgados. Um dos casos em que se pode visualizar essa atuação ativista da Suprema Corte consiste no julgamento da Ação Popular 3388, popularmente conhecida como caso Raposa Serra do Sol, a qual tornou-se um *leading case* no que tange a demarcação de terras indígenas.

Em decisão, além de ter reconhecido o direito originário à terra dos povos que habitam a região questionada, o Pretório Excelso atuou como legislador positivo, criando 19 condicionantes referentes ao direito das comunidades indígenas sobre as suas propriedades.

Por tratar de direitos das populações indígenas, ao longo da apreciação do caso se fez menção à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), instrumento visionário na defesa dos direitos dos índios e grupos tribais. Nesse tratado, são estabelecidas uma série de disposições a respeito da participação dos povos indígenas e tribais nas decisões dos Estados que afetem sua organização social, terras, cultura e costumes. Dentre os preceitos nele presentes, destaca-se o direito à consulta prévia, livre e informada.

O objetivo desse artigo é analisar como se manifestou a conduta ativista por parte do STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, especificamente no que concerne ao direito à consulta prévia disciplinada pela Convenção nº 169 da Organização do Trabalho.

Quanto à metodologia empregada, foi adotada na fase de investigação o método indutivo, e as demais fases (tratamento dos dados e relatório dos resultados) foram compostas na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

ATIVISMO JUDICIAL

Segundo leciona Teixeira (2012, p. 38-39), o ativismo judicial (também intitulado “ativismo jurisdicional” ou “ativismo jurídico”) tem sua origem na jurisprudência americana¹, mais especificamente através do julgamento *Lochner v. New York*, onde a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei estadual de Nova York que estabelecia 60 horas como limite de jornada de trabalho semanal dos padeiros, por entender ser “‘irrazoável’, desnecessária e arbitrária” a referida limitação à liberdade individual de contratar. Além de representar a “Era Lochner” (1905-1937)², período no qual as intervenções do Estado no domínio econômico foram invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, o caso também foi considerado um dos primeiros em que se pode observar flagrantemente o exercício do ativismo jurisdicional por aquele Tribunal.

¹ O desenvolvimento do ativismo judicial nos EUA encontra-se intimamente relacionado à própria história da Corte Constitucional americana, posto que no país se estabeleceu, de acordo com o sistema do common law, contextos e mudanças sociais que culminaram em sua causa e consequência (CALIXTO et al., 2020, p. 50).

² Instaurou-se durante esse período um forte atrito entre a Corte Suprema e o Presidente Franklin Roosevelt. Em crítica à postura ativista do judiciário, o então presidente assim discursou: “Desde que surgiu o movimento moderno de progresso social e econômico através da legislação, a Corte tem, cada vez com maior frequência e ousadia, se valido do seu poder de vetar leis aprovadas pelo Congresso ou pelos legislativos estaduais... Nos últimos quatro anos, a boa regra de conceder-se às leis o benefício da dúvida razoável vem sendo posta de lado [...] A Corte, para além do uso apropriado das suas funções judiciais, tem se colocado impropriamente como uma terceira casa do Congresso — um superlegislativo [...]. Nós chegamos a um ponto em que a Nação deve tomar uma atitude para salvar a Constituição da Corte, e para salvar a Corte de si mesma” (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 50).

No que tange ao uso da expressão “ativismo judicial”, essa foi cunhada pela primeira vez em um artigo publicado na revista *Fortune* (intitulado *The Supreme Court: 1947*), assinado pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. O artigo de Schlesinger traçou o perfil de todos os nove juízes da Suprema Corte naquele momento e explicou as alianças e divisões entre eles:

Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de “ativistas judiciais” (judicial activists) os juízes Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de “campeões do autocomedimento” (champions of self-restraint), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em uma posição intermediária, o presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson, e o juiz Stanley F. Reed não seriam plenamente caracterizáveis como desse ou daquele lado. (TEIXEIRA, 2012, p. 39).

Tendo surgido com as constituições dos séculos XVIII, XIX e XX; o Constitucionalismo liberal teve como marca a defesa e proteção de um rol de direitos individuais relativos às garantias das liberdades, limitação da atuação estatal, controle da ação dos governantes e modelo de Estado firmado na separação dos poderes. Contudo, a partir da segunda metade do século XX, esse sistema começou a ser influenciado pela corrente pós-positivista (SACANATO, 2017, p. 954). Por consequência, o modelo positivista³, de mera aplicação da lei⁴, perde espaço para um processo mais interpretativo da norma e analítico quanto a sua compatibilidade com os princípios constitucionais (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 118-119).

Desta feita, o Poder Judiciário, que outrora somente detinha a função de julgar, reafirmando em seus julgados os ditames dos textos legislativos, passa a atuar de forma ativa na criação e aplicação das leis.

A nível nacional, o protagonismo do Poder Judiciário começou a ganhar forma com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988⁵, sendo favorecido pela judicialização da política, através da qual o magistrado passou a deter a função de promover a efetivação dos valores constantes nos princípios constitucionais, resultando em um processo mais interpretativo e, por via de consequência, uma interpretação crescentemente mais aberta do texto constitucional (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 120).

Diante de tais alterações na atuação do Poder Judiciário, a expressão ativismo judicial passou a ser empregada com frequência considerável nos meios doutrinários. Não obstante, salienta-se que ainda hoje não há um consenso entre os estudiosos acerca da conceituação da terminologia⁶.

Ramos (2015, p. 131) sustenta que por ativismo judicial deve-se compreender como sendo:

3 “O ideal positivista baseou-se na suficiência da lei para a solução de conflitos e, por isso, afirmou a existência de sistema jurídico completo (todas as respostas poderiam ser dadas pela lei) e coerente (haveria uma decisão correta para cada caso levado à Justiça), cabendo ao juiz tão somente aplicar a lei” (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 118).

4 Sacanato (2017, p. 954) faz a ressalva que “nos países oriundos do common law esta função do Poder Judiciário de aplicação literal da lei, sem emissão de juízo de valor, nunca teve repercussão, ao contrário dos países de origem romano-germânica”.

5 “[...] o protagonismo do Poder Judiciário ampliou-se pós-Constituição de 1988, com o enorme rol de direitos ali consagrados e a necessidade de implementá-los, e foi melhor instrumentalizado após a Emenda Constitucional n. 45, especialmente no que se refere à questões políticas (aborto, união civil, porte de armas, etc.) e implementação de políticas públicas, tradicionalmente discutidas nas esferas do legislativo e do executivo” (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 120).

6 Sobre o assunto, Campos (2014, p. 149) comenta que “não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que ‘quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado’”.

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

O autor alega ainda haver uma conotação negativa quanto às práticas ativistas, posto que importariam em uma “desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes” (RAMOS, 2015, p. 131).

Por sua parte, Barroso (2009, p. 6) afirma que o ativismo judicial está relacionado à uma postura proativa do Judiciário em defesa da concretização dos fins e valores constantes na Carta Magna, o que resultaria em uma maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes. Acrescenta ainda que tal postura se manifesta através de diferentes posturas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6).

Propondo pôr um fim à indeterminação conceitual do termo em apresso, Campos sugere uma abordagem multidimensional⁷ do ativismo judicial, o definindo como sendo um:

[...] exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (CAMPOS, 2014, p. 164)⁸.

Nas lições do referido autor, de um modo geral, o ativismo judiciário pode se apresentar através das seguintes dimensões: interpretação da Constituição; criação “legislativa”; deferência aos demais poderes; afirmação de direitos, políticas públicas e sociais; autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios; superação de precedentes; maximalismo; partidarismo e soberania judicial.

Para fins do presente estudo, dá-se especial ênfase à dimensão de “criação legislativa”⁹, sendo essa manifestada quando as Cortes, sobretudo as constitucionais e supremas, assumem competências legiferantes reservadas, via de regra, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Nesse âmbito, o ativismo judiciário não teria somente natureza judicial, como também se mostraria uma atividade quase legislativa, criando o direito ao invés de somente aplicá-lo. Sob essa perspectiva, “a atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa” (CAMPOS, 2014, p. 166).

Cumprido sublinhar que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem avançado no papel de legislador positivo e de criação judicial do direito (CAMPOS, 2014, p. 166).

⁷ A “multidimensionalidade do ativismo judicial” refere-se à como as decisões ativistas se manifestam. Essas apresentam diferentes dimensões, e não apenas uma única forma de manifestação, sendo, desse modo, multifacetadas. Por tal razão, Campos (2014, p. 163) explana que tal instituto não deve ser conceituado com base em critérios singulares de identificação. Segundo leciona o autor, “há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc”. Assumir essa perspectiva assegura uma identificação mais completa e segura da atividade em questão.

⁸ Definição de ativismo judicial adotada na presente obra.

⁹ A conceituação dessa dimensão assemelha-se a definição de “ativismo judicial” apresentada por Gomes (2009), qual seja: “ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição”.

O presente artigo propõe-se a analisar a presença dessa postura ativista pela Suprema Corte no controverso caso conhecido como Raposa Serra do Sol (Ação Popular nº 3388), especificamente no que tange ao direito protegido pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), qual seja, o direito à consulta prévia dos grupos indígenas. Para tanto, mister se faz um exame preliminar sobre o conteúdo desse importante documento internacional, marco na defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas e tribais.

CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT: DIREITO À CONSULTA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS E TRIBAIS

Por muitos anos, povos¹⁰ indígenas e tribais foram negligenciados por legislações internacionais e nacionais, sendo retratados nos documentos normativos como incapazes de tomar suas próprias decisões, ficando essas ao encargo da figura do Estado.

Sob a vigência da Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as práticas estatais detinham natureza integracionista¹¹, tendo como propósito a assimilação e integração progressiva desses grupos à sociedade nacional, consistindo, desta forma, em verdadeiro processo de invisibilidade da identidade étnica desses indivíduos.

A ruptura desse paradigma “tutelar” e “integracionista” surge com a ratificação da Convenção nº 169 da mesma OIT. Adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em sua 76ª Sessão em 1989, em cooperação com o sistema das Nações Unidas, esta visa disciplinar uma nova relação, mais simétrica e respeitosa, entre os Estado e as suas comunidades indígenas e tribais, substituindo o paradigma de integração pelo respeito à diversidade étnica e cultural, vindo a reforçar a liberdade expressiva desses povos (DUPRAT, 2014, p. 52-53).

Acerca dessa “ruptura paradigmática” na atuação estatal, Duprat (2014, p. 71) sintetiza:

A Convenção 169 da OIT é seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico. Se, por um lado, tornou visíveis grupos historicamente deslocados para as margens da sociedade, por outro, tratou dos mecanismos necessários para lhes garantir domínio de suas próprias vidas e espaço no cenário público. O reforço de suas liberdades expressivas é o principal deles.

Constituindo no primeiro instrumento internacional vinculante sobre os direitos das populações indígenas e tribais, essa emergiu sob um contexto histórico de necessidade de afirmação dos direitos fundamentais de terceira geração¹² face à opressão do período histórico que a pre-

10 A utilização do termo “povos” não tem igual sentido do conferido pelo Direito Internacional. Aqui, refere-se à uma categoria antropológica, que remete ao sentimento de identificação com um grupo étnico, não se confundindo com os laços jurídicos e políticos necessários à constituição de um Estado soberano. Para fins do presente estudo, será utilizado de forma indistinta os termos comunidades, populações, povos e grupos indígenas e tribais.

11 Este paradigma integracionista: “[...] além de influenciar a Convenção 107, orientou também a implementação do Programa Andino que postulava a ideia de que os povos etnicamente diferenciados deveriam ser incluídos numa sociedade (leia-se aqui o conjunto de países latino-americanos em desenvolvimento) que se modernizava cada vez mais. Compreende-se por inclusão social a inserção dos indígenas na economia de mercado, o acesso deles aos bens de consumo, a educação formal (sem recorte étnico), entre tantas outras coisas que os inserissem no chamado modo de vida moderno, pois o mote era fazer com que eles deixassem de ser indígenas e se tornassem trabalhadores camponeses e/ou urbanos. Para participar desse avanço modernizador, era preciso intervir no modo tradicional de viver dos indígenas. [...] Porém, no contexto latino-americano, incluir significava integrar, no sentido de que as ações estatais e as das agências multilaterais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a OIT eram orientadas para desenvolver a ‘produtividade econômica’ dos indígenas, tornando-os trabalhadores urbanos e/ou rurais, enfim, cidadãos dos estados a que pertenciam, produzindo a invisibilidade da identidade étnica e também do modo de vida tradicional” (OLIVEIRA e TORRES, 2014, p. 2).

12 Segundo Sarlet (2012, p. 48): “também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

cedeu e como resposta da OIT aos desmandos perpetrados contra estes grupos¹³.

Essa visa garantir que os grupos indígenas e tribais desfrutem de direitos humanos sem discriminação, exerçam controle sobre seu próprio desenvolvimento e participem nos processos de tomada de decisão que afetam suas vidas.

O referido instrumento internacional tem como principais parâmetros:

[...] o respeito aos povos indígenas na qualidade de comunidades de sujeitos políticos, a promoção de seus direitos em igualdade aos demais membros da população de um determinado Estado e a garantia da integridade de suas práticas culturais tradicionais, introduzindo como princípios a garantia de sua participação na formulação de políticas públicas e o direito a serem consultados previamente à tomada de decisões com potencial de afetá-los diretamente. (DINO, 2014, p. 497-498).

O documento tutela o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e tribais, dispondo que os sujeitos interessados deverão ser consultados pelos governos sempre que forem previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente, seja de forma positiva ou negativa (GARZÓN *et al.*, 2016, p. 8).

A disciplina da consulta das comunidades indígenas e tribais está prevista nos artigos 6º e 7º da Convenção nº 169 nos termos seguintes:

ARTIGO 6º

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;

[...]

2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado.

ARTIGO 7º

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente. [...]. (OIT, 1989, p. 21-23).

De acordo com os apontamentos de Yamada e Oliveira (2013, p. 11), por “prévio” deve-se compreender que a consulta deve ocorrer antes de uma tomada de decisão a respeito de um projeto específico. Por sua vez, o termo “livre” diz respeito à ausência de qualquer pressão, controle, restrição ou impedimento na exposição das informações. Por fim, “informada” se refere à necessidade de que se apresente, aos grupos interessados, todos os elementos para conheci-

¹³ Sobre o tema, o documento destinado à compreensão da Convenção assim pontua: “The histories of indigenous peoples have been marked by discrimination, marginalization, ethnocide or even genocide and, unfortunately, violations of their fundamental rights still occur. Hence, Convention No. 169 reaffirms that indigenous and tribal peoples are entitled to the same human rights and fundamental freedoms as all other human beings” (ILO, 2013, p. 3).

mento completo sobre o assunto.

Insta sublinhar que esta obrigação não depende de regulamentação estatal ou qualquer medida legislativa para que venha a ser cumprida, sendo, portanto, autoaplicável (GLASS, 2019, p. 42). Destarte, é descabido o argumento de falta de normatização para justificar sua inobservância.

Sobre o modo de efetivação do direito à consulta, Garzón *et al.* (2016, p. 37) aponta que essa “pressupõe que as autoridades estatais sejam capazes de conversar, ouvir e considerar a presença, os planos de vida e os direitos de populações culturalmente diferenciadas”.

Outro direito norteador da Convenção refere-se à autodeterminação. Ao ser aplicado aos “povos indígenas e tribais”, assegura que os esses grupos possam decidir livremente sobre seus destinos, territórios e recursos naturais.

No que diz respeito à dimensão subjetiva do instrumento, não obstante inexista um conceito universal das terminologias “povos indígenas” e “povos tribais”, o tratado fornece um conjunto de critérios subjetivos e objetivos, que são aplicados em conjunto para identificar quem são essas comunidades em um determinado país. Tais orientações encontram-se no art. 1º do documento, que assim dispõe:

ARTIGO 1º

1. A presente Convenção aplica-se a:

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção. (OIT, 1989, p. 17-18).

Da leitura da passagem, dois aspectos se destacam. O primeiro que se observa é que a definição de ambos os grupos é bastante aberta, concentrando-se em uma única vertente: “organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente” (DUPRAT, 2014, p. 59).

Outro ponto que se acentua diz respeito ao critério subjetivo de autoidentificação, consistente na consciência de identidade pelo grupo étnico. Nas palavras de Duprat (2014, p. 60), “há aqui um efeito real e simbólico de dimensões impressionantes: devolvem-se aos diversos grupos as expressões com que foram cunhados pelo Estado nacional/colonial, para que delas se apropriem e as ressignifiquem”. Logo, é possível concluir que somente caberia a estes grupos definirem se se enquadram ou não nos termos “povos indígenas” ou “povos tribais”.

No âmbito jurisprudencial, no julgamento do caso povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos (CADH)¹⁴, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) definiu o direito à consulta como “*principio general del Derecho Internacional*” (Corte IDH, 2012, p. 49).

Insta sublinhar que, consoante extrai-se da leitura da Convenção, não caberiam hipóteses de exclusão do direito à consulta nos casos que versem sobre medidas com potencial de afetar as populações interessadas, suas terras e seus direitos; nem de restrição em virtude de interesse público ou mesmo diminuição do escopo da consulta por mera negociação de mitigações e compensações (GARZÓN *et al.*, 2016, p. 22).

Segundo leciona Garzón *et al.* (2016, p. 22), haverá violação da Convenção nº 169 da OIT quando houver:

[...] interpretações que restrinjam o alcance da consulta ou estabeleçam exceção às hipóteses de incidência. A “urgência” ou o “interesse público” que supostamente subjazem a uma medida não autorizam o governo a deixar de consultá-la, mesmo porque estas exceções não estão previstas nas normas internacionais.

Em sentido similar é o magistério de Scabin (2020, p. 35-36):

Os tratados internacionais, como a Convenção nº 169 da OIT, condicionam a atuação do Estado, tanto no sentido de reservar seu objeto de proteção, no sentido de que o Congresso, por exemplo, não poderá legislar de maneira contrária ao disposto no compromisso adotado internacionalmente, mas também estabelece uma série de expectativas, para que o Estado venha cumprir e demandar seu cumprimento. A ratificação de um tratado internacional, como a Convenção nº 169 da OIT, é entendida como uma aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado. O Brasil não poderia, em um eventual processo de consulta, alegar ou negar um fato ou direito disposto na Convenção, já que tal conduta estaria em desacordo com a conduta descrita no compromisso internacional e previamente adotada, por meio de seu processo de ratificação.

Até final de 2020, 23 países ratificaram o documento da OIT (ILO, 2020), incluindo dentre esses o Brasil. O referido instrumento internacional ingressou no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto Legislativo nº. 143/2002 e entrou em vigor em 25 de julho de 2003 por meio do Decreto Executivo nº. 5.051/2004. Posteriormente, esse último foi revogado para que todas as disposições da OIT fossem reposicionadas em uma única normativa, agora encontrando-se no Decreto 10.088/19. Até o momento, nenhuma mudança no texto ou em seus direitos foi constatada.

O direito à consulta dessas comunidades indígenas e tribais veio a ser confirmado por meio da Resolução nº 5, de 12 de março de 2020 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, como uma das diretrizes para assegurar os direitos humanos dos ditos povos diante de atuações empresariais¹⁵, demonstrando assim, ser indispensável na manutenção dos direitos dos povos tradicionais.

No que tange ao status da Convenção no ordenamento brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, mediante voto do Ministro Luiz Fux, exprime que o dito documento foi incorporado à legislação pátria com “*status*

14 “Artigo 21. *Direito à propriedade privada*

1. *Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.*

2. *Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.*

3. *Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.” (OEA, 1969).*

15 “Art. 6º No tratamento e prevenção de violações de Direitos Humanos cometidos por empresas deve-se:

[...] X - *Promover a consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas e comunidades quilombolas e tradicionais impactadas pela atividade empresarial, assegurando o direito de emitir ou negar consentimento em relação ao empreendimento, respeitados eventuais protocolos existentes;” (BRASIL, 2020, p. 6).*

supralegal” através do Decreto nº 5.051/04 (BRASIL, 2018, p. 307).

Em sentido similar leciona Piovesan (2013, p. 113-151), sustentando que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos subscritos pelo Brasil (como é o caso da Convenção em apresso) detém natureza materialmente constitucional, consoante denota-se do §2º do art. 5º da Carta Magna¹⁶.

Em face da natureza especial da Convenção, toda medida legislativa infraconstitucional deverá estar em conformidade com suas disposições, bem como servirá de vetor interpretativo para as normas constitucionais.

Não obstante o reconhecimento do direito à consulta através da ratificação da Convenção nº 169 da OIT pelo Estado brasileiro, a imperatividade e aplicabilidade imediata do documento, o referido direito dos povos indígenas e tradicionais é sistematicamente negado em práticas políticas, administrativas e judiciais.

Embora apresente avanços no reconhecimento desse instituto através de decisões judiciais, o Brasil apresenta algumas contradições no âmbito do próprio Poder Judiciário, inclusive por meio do ativismo judicial da Suprema Corte.

No tópico a seguir, analisar-se-á o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, tido como caso emblemático no território nacional em matéria de direitos humanos (GARZÓN *et al.*, 2016, p. 10) e demarcação de terras indígenas. Será examinado como o ativismo judicial se manifesta nesse julgado, especificamente no que tange ao direito à consulta prévia, livre e informada das comunidades indígenas e tribais.

ANÁLISE DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

A Reserva Indígena Raposa Serra do Sol está localizada na região nordeste do Estado de Roraima, na fronteira com a Venezuela e a Guiana, possuindo uma população estimada de cerca de 26 mil índios, distribuídos entre os povos Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana (TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL, 2019). Seu território “estende-se por áreas de campos e de serras, o que influencia a forma de utilização da terra, além de refletir sobre a distribuição geográfica e a estrutura social dessas comunidades” (MOTA e GALAFASSI, 2009, p. 77).

O processo de demarcação dessa área como território indígena perdurou por anos, remontando ao ano de 1917, quando o Governo do Amazonas editou a Lei nº 941, destinando as terras compreendidas entre os rios Surumu e Cotingo para ocupação e usufruto dos índios das etnias Macuxi e Jaricuna (SILVA, 2012, P. 55), consistindo em indubitável tentativa de garantir a soberania brasileira sobre aquela área.

Não obstante, somente em 1977 foi iniciado de fato o processo demarcatório da área correspondente à Raposa Serra do Sol, quando a presidência da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) assinou a portaria GM/111, designando um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para realizar a demarcação da Terra Indígena. Desse trabalho resultou o relatório preliminar, o

¹⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

qual indicava uma área de aproximadamente 1,33 milhão hectares como correspondentes ao território da Raposa Serra do Sol (FERREIRA, 2016, p. 73).

A partir de então, inicia-se uma série de conflitos entre povos indígenas, instituições indigenistas, representantes do agronegócio e o próprio Estado de Roraima, questionando-se sobretudo a extensão territorial da demarcação.

Diante de diversas controvérsias, o Ministério da Justiça à época, Márcio Thomaz Bastos, em 13 de abril de 2005, emitiu a Portaria nº 534/2005 delimitando a área contínua de 1,74 milhão de hectares e declarando aos grupos indígenas Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana a posse permanente sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Em 15 de abril do mesmo ano, o ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, assinou o decreto (não numerado) que homologou a demarcação do território indígena, após 28 anos da instauração do procedimento administrativo (NÓBREGA, 2011, p. 100-101).

Sem embargo, mesmo os referidos documentos consolidando a situação fundiária do local, os conflitos entre as partes interessadas na região não findaram. Pelo contrário, constatou-se a intensificação do embate (NÓBREGA, 2011, p. 100-101).

Inconformado com a forma que se deu a demarcação da Terra Raposa Serra do Sol, em 20 de maio de 2005, o Senador da República pelo Estado de Roraima, Augusto Affonso Botelho Neto, através de seu advogado, propôs junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma ação popular (sob a insígnia de Petição nº 3388/RR) com pedido de efeito suspensivo liminar contra a União em face da Portaria n. 543/2005 do Ministro da Justiça e do decreto homologatório do Presidente da República.

Na petição apresentada, a parte autora alegou a existência de vícios irremediáveis no processo administrativo, que a reserva em área contínua traria prejuízos para o Estado roraimense sob aspectos comercial, econômico e social; como também comprometeria a segurança e a soberania nacionais (CAMILO, 2010, p. 3329).

Após longo e conflituoso embate judicial, em 19 de março de 2009, o STF julgou a PET nº 3388/RR¹⁷, não conhecendo a ação popular por ter pretensões autorais de exclusão de áreas demarcadas que já haviam sido excluídas, com pedidos já contemplados ou com matéria estranha a demanda ajuizada. Ato contínuo, declarou a inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório da terra indígena, reconhecendo a constitucionalidade e a legalidade da Portaria n.º 534 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial homologatório, sendo devida a totalidade da área demarcada. O Pretório Excelso foi além e estabeleceu 19 “condicionantes” (ou “salvaguardas institucionais”)¹⁸ ao exercício dos direitos ao usufruto exclusivo e à posse permanente dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, quais sejam:

¹⁷ Essa ação tornou-se um caso paradigmático quando se trata de demarcação de terras indígenas. Conforme declarou o Min. Gilmar Mendes em discussão no plenário, “não estamos a falar apenas deste caso, como já ficou demonstrado, mas definindo, de alguma forma, o quadro demarcatório que deve vigor a partir desta decisão” (BRASIL, 2009, p. 557 – 558). Yamada e Villares (2010, p. 149) comentam que o caso se destacou em decorrência de, pela primeira vez, se fez crer que o STF analisaria a fundo o mérito da questão de terras indígenas no país (YAMADA e VILLARES, 2010, p. 149).

¹⁸ Cumpre mencionar que a Ação Popular nº 3388 não exigiu condicionantes, nem mesmo fez referência a necessidade de estabelecimento de regras. Contudo, por um voto-vista do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, com um debate de algumas sessões entre os Ministros e sem que fosse oportunizada a sustentação oral para comentar os novos elementos, as 19 condicionantes foram registradas em ementa. Foram consideradas como operacionalização da decisão por meio de uma “técnica criativa e inteligente” (BRASIL, 2009, p. 748).

(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, §2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, §6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e 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; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) 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 e independentemente de consultas às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) 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 educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o 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; (xiii) 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 público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, §1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo da riqueza naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, §3º, da CF/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, CF/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observadas a fase que se encontrar o procedimento. (BRASIL, 2009, p. 879-880).

As salvaguardas acima elencadas resultaram em uma série de discursões no âmbito doutrinário e judicial. Isso porque, segundo Yamada e Villares (2010, p. 147), “as 19 ressalvas pretensiosamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente”, no entanto, algumas delas se encontram para além da normatividade estabelecida na Constituição ou em qualquer outro documento normativo de caráter infraconstitucional. Ao assim proceder, a Suprema Corte atuou como legislador positivo, encontrando-se aqui sua postura ativista.

Nesse sentido também entendeu o Melo e Burckhart (2020, p. 132):

O caso em questão neste trabalho – Raposa Serra do Sol – é um evidente exemplo de uma forma de ativismo judicial no qual a Corte atuou como legislador ativo, mesmo sem haver qualquer pedido juridicamente formulado na Petição Inicial.

O ativismo judicial apontado foi confirmado pelo Min. Joaquim Barbosa, que durante a prolação da decisão assim se manifestou:

Ministro Menezes Direito, creio que nós estamos aqui embrenhando numa seara na qual o Supremo Tribunal Federal não tem nenhuma experiência. Nós estamos adentrando o campo do que se chama judge-made law. É o tipo de atividade típica de países em que o Poder Judiciário faz o direito. (BRASIL, 2009, p. 864).

Ao dissertar sobre a atuação da Corte Constitucional, Souza Neto e Sarmento (2012, p. 360) asseveram que um dos papéis de maior importância do STF consiste na proteção dos direitos da minoria em face dos abusos cometidos pela maioria. Entretanto, os autores apontam que, ao estabelecer as “condicionantes” no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Pretório Excelso acabou por limitar de forma grave os direitos fundamentais da minoria étnica residente no território, constituindo em “hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável” (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 360-361)¹⁹.

Ainda sobre o tema, Souza Neto e Sarmento (2012, p. 394-395) alegam que “o Tribunal agiu como um autêntico legislador, aparentemente por entender que existiriam supostos abusos do governo na demarcação de terras indígenas”.

Corroborando com esse entendimento, ao analisar o julgamento da Suprema Corte no caso Raposa Serra do Sol, Cardoso (2017, p. 706-707) igualmente identifica a postura ativista por parte do Tribunal, tendo essa despertado na medida em que trouxe inovações normativas que deixaram em segundo plano garantias constitucionais direcionadas aos povos indígenas.

Identificado o ativismo judicial no estabelecimento de condicionantes no julgado, cumpre-se observar quais dessas reservas relacionam-se ao previsto na Convenção nº 169 da OIT, especificamente no que tange ao direito de consulta prévia das comunidades indígenas.

Estritamente no que diz respeito ao objeto deste estudo – realização de consulta aos grupos indígenas – dentre as 19 condicionantes, três mencionaram diretamente o tema em análise (condicionantes 5, 6 e 9) e seis indiretamente (condicionantes 1, 2, 3, 7, 10 e 11).

A condicionante I leva a entender que o direito pelas populações indígenas ao usufruto das riquezas pertencentes em suas terras pode ser relativizado sempre que houver “o interesse público da União na forma de lei complementar”, não prevendo em sua redação qualquer necessidade de consulta às comunidades indígenas afetadas.

Por sua vez, as condicionantes II e III relacionam-se ao previsto no art. 231, § 3º da Constituição Federal²⁰. Entretanto, na construção dos ditos enunciados, foi omitido uma importante parte presente no dispositivo constitucional, o qual assegura a oitiva dos povos indígenas

¹⁹ Entendimento compartilhado por Melo e Burckhart (2020, p. 133), para os quais as condicionantes detêm conteúdo “claramente restritivo aos direitos constitucionais de povos indígenas”. Os autores vão além e entendem não haver legitimidade quando o STF atua se desenvolve na linha de negar direito, sobretudo quando está se discutindo direitos de minorias étnicas, por meios de interpretações restritivas (MELO e BURCKHART, 2020, p. 134).

²⁰ “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.

[...]
§ 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.” (BRASIL, 1988)

nos casos em que ocorram intervenções gravosas nas terras por eles ocupadas²¹, afrontando, dessa forma, o entabulado no art. 6º da Convenção nº 169 da OIT.

De forma mais direta, nas condicionantes V e VI é explícito o desinteresse em consultar as comunidades indígenas diretamente envolvidos. A Suprema Corte suprimiu esse direito presente na Convenção e escolheu subjugar os interesses dos povos indígenas à percepção do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional, estabelecendo à política de defesa nacional uma carga valorativa e normativa superior ao usufruto dos índios.

Em se tratando da condicionante VII, essa viola a Convenção por não prever de modo expresso que a instalação dos equipamentos nela discriminados deve ser precedida de consulta às comunidades indígenas. Essa é igualmente omissa no que tange ao direito de compensação e mitigação sempre que houver dano aos direitos indígenas.

De modo favorável ao direito de consulta prévia, a condicionante IX reduz a restrição imposta na condicionante que a antecede, determinando em seu dispositivo que deve haver audição da comunidade indígena na administração da unidade de conservação pelo Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio)²².

Por seu turno, as condicionantes X e XI preveem a possibilidade de acesso a áreas indígenas por não índios, ingresso esse que detém potencial de interferir nos interesses e direitos dos povos ali residentes. Não obstante, novamente não há previsão para a participação das comunidades étnicas no ato de decidir quem pode ou não transitar na terra demarcada.

Face à sistemática exclusão do direito à consulta prévia pelas ressalvas estabelecidas na decisão, Yamada e Villares (2010, p. 152) endossam ser inviável falar-se em democracia sem que seja observado o direito à informação e participação popular nas decisões políticas, principalmente da parcela que é diretamente afetada pelas medidas. Acrescentam:

[...] Os índios merecem, por sua cultura e diferenciado entendimento do mundo, ser informados e participar das decisões e ações do Estado que atingem sua vida. Esse direito lhes é conferido pela Constituição, no § 3º do art. 231, no art. 6º da Convenção 169 da OIT, e no art. 2º da Lei n. 6.001/1973. São normas voltadas aos povos indígenas que garantem procedimentos apropriados de consulta através de suas instituições representativas sobre políticas e ações governamentais. A participação e o consentimento dos povos indígenas implicam decisões com maior consenso e, portanto, com mais legitimidade. (YAMADA e VILLARES, 2010, p. 152).

Cumprir mencionar que as violações aos dispositivos da Convenção nº 169 da OIT foram objetos de embargos declaratórios, tendo os embargantes apontado: (i) questionou-se “à exigência de prévia consulta às comunidades indígenas, quanto à condicionante”; (ii) indagou-se “à necessidade de prévia consulta ou autorização, por parte dos índios quanto ao ingresso, trânsito e permanência de não-índios que não sejam autoridades públicas no exercício de suas funções(-condicionante I)”; e (iii) alegou-se “que o julgado teria violado diversos dispositivos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho ao afastar a consulta aos índios em algumas hipóteses, ou ao dar-lhe um caráter meramente opinativo” (BRASIL, 2013, p. 20-21).

No acórdão de julgamento dos embargos, o STF entendeu por reafirmar a decisão profe-

²¹ As duas condicionantes implicaram, portanto, em uma redução no texto constitucional sem qualquer fundamento jurídico, social ou antropológico.

²² Ao comentar essa condicionante, Nóbrega (2011, p. 262) explica: “pode-se interpretar o item no sentido do dever do ICMBio de considerar a participação indígena e a forma com que os índios usam a área de sobreposição, partindo da discussão sobre gestão compartilhada e participativa. Ou então, em conjugação com a condicionante anterior, interpretar a oitiva das comunidades indígenas apenas como um fator a ser sopesado pela autoridade ambiental”.

rida em 2009, assinalando que o direito a consultas dos povos indígenas não é absoluto:

Mas esse direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A defesa nacional é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas.

[...]

Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção nº 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional. (BRASIL, 2013, p. 46-48).

Acerca dos efeitos jurídicos da decisão, considera a sua força não vinculante, embora reconheça o seu poder persuasivo, por ter sido proferida pelo Órgão de Cúpula do Poder Judiciário:

A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões. (BRASIL, 2013, p. 2).

Nesses termos, sublinha-se que embora não tenha natureza vinculante aos demais casos que venham a tratar da questão demarcatória, o julgado “vislumbra um caminho a ser seguido pelos juízes de primeiro grau” (CAMILO, 2010, p. 3331).

A decisão acima foi objeto de novos embargos, opostos no dia 17 de fevereiro de 2014. Em julgamento, por maioria dos votos, o Tribunal negou provimento ao recurso, sendo determinado o trânsito em julgado da decisão independentemente da publicação do acórdão, diante de seu caráter “manifestamente protelatório”, nas palavras do Ministro Relator Roberto Barroso (BRASIL, 2018, p. 96).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial, cuja origem remonta à jurisprudência norte-americana, mostra-se uma realidade no Poder Judiciário brasileiro. Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem apresentado uma postura ativista, sobretudo em razão da crescente judicialização de questões políticas. Uma das facetas desse ativismo se dá com a Corte Constitucional assumindo o papel de legislador positivo, criando o direito em seus julgados.

Um dos exemplos onde é possível vislumbrar essa atitude ativista por parte da Suprema Corte consiste no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, onde o Tribunal agiu como verdadeiro legislador, não somente se atendo a julgar constitucional as medidas que determinavam a demarcação da terra indígena, como trouxe inovações na disciplina da matéria, estabelecendo 19 condicionantes ao processo de delimitação territorial.

Ao se fazer um paralelo entre as ressalvas determinadas e o direito à consulta prévia das comunidades indígenas disposto na Convenção nº 169 da OIT, conclui-se que, em sua maioria, a decisão optou por ignorar esse direito, limitando em muito a participação desses grupos em

questões que indubitavelmente afetam ou tem potencial de afetar seus interesses e direitos, contrariando o entabulado no art. 6º do documento internacional.

Isto posto, observa-se que o julgado do caso Raposa Serra do Sol fragilizou a aplicação do tratado internacional e com ela se mostra incompatível, contrariando com as suas “salvaguardas” o texto do documento incorporado no ordenamento jurídico pátrio com status supralegal, podendo-se, com isso, entender-se pela inconstitucionalidade do *decisum*.

A Corte agiu em dissonância com seu papel fundamental de proteger os direitos das minorias, assumindo um comportamento ativista que vai de encontro ao conceito positivo da terminologia, posto que, ao invés de assegurar os direitos fundamentais e promover os valores contidos nos princípios constitucionais, limitou de forma grave os direitos de povos indígenas, retrocedendo os avanços obtidos na proteção aos índios com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 17 de out. de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília – DF, 01 de julho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACedocID=630133>. Acesso em: 17 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição 3.388/RR. Rel. Min Roberto Barroso, DF, 23 de outubro de 2013. Diário da Justiça, Brasília – DF, 04 de fevereiro de 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPedocID=5214423>. Acesso em: 16 de out. de 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR. Rel. Min. Roberto Barroso, DF, 14 de setembro de 2018. Diário da Justiça, Brasília – DF, 17 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20180914_194.pdf. Acesso em: 16 de out. de 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2018. Diário da Justiça, Brasília – DF, 01 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPedocID=749028916>. Acesso em: 16 de out. de 2020.

_____. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Resolução nº 5, de 12 de março de 2020. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Diário Oficial da União, Brasília, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/03/>

Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf. Acesso em: 17 out. 2020.

CALIXTO, A. J.; AMORIM, R. A.; CARVALHO, L. C. de. Controle de convencionalidade e ativismo judicial: o papel do Judiciário como garantidor de direitos humanos. In: Revista Videre. Dourados: v. 12, n. 23, p. 36 a 59, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11120/5921>. Acesso em: 17 out. 2020.

CAMILO, A. S. F. O STF, a condicionante nº 17 do caso “raposa serra do sol” e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: v. XIX, p. 3327-3336, 09-12 jun. de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

CAMPOS, C. A. de A. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARDOSO, G. M. Ativismo judicial – O STF como protagonista de uma aparente revolução constitucional. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Lisboa, nº 4, p. 683-712, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0683_0712.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

Corte IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Mérito e Reparaciones. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. 2020.

DINO, N. A. Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática. In: Boletim Científico ESMPU. Brasília: a. 13, n. 42-43, p. 481-520, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/entre-a-constituicao-e-a-convencao-n-169-da-oit-o-direito-dos-povos-indigenas-a-participacao-social-e-a-consulta-previa-como-uma-exigencia-democratica>. Acesso em: 15 de out. 2020.

DUPRAT, D. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: RCJ - Revista Culturas Jurídicas. Rio de Janeiro: vol. 1, núm. 1, p. 51-72, 2014. Disponível em: <http://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>. Acesso em: 15 de out. 2020.

FERREIRA, E. F. F. Análise comparativa sob a perspectiva de gadamer da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol e da Corte Interamericana de Derechos Humanos no caso Mayagna Awas Tingni: direito ao acesso às terras indígenas. Dissertação (Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro Universitário do Pará (CESUPA). Belém, 2016.

GARZÓN, B. R.; YAMADA, E.; OLIVEIRA, R. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades Tradicionais. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

GLASS, V. (org.). Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

GOMES, L. F. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. In: Revista Jus Navigandi. Teresina: v. 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 17 out. 2020.

ILO, International Labour Organization. Understanding the Indigenous and Tribal People Convention, 1989 (No. 169). Handbook for ILO Tripartite Constituents / International Labour standards Department.

Geneva: International Labour Organization, 2013.

_____. Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). International Labour Organization (ILO), 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314. Acesso em: 16 de out. 2020.

MELO, M. P.; BURCKHART, T. O caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir do procedimentalismo democrático de Habermas e Nino. In: Prisma Jurídico. São Paulo, v. 19, n. 1, p. 119-137, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/12350/8257>. Acesso em: 19 de out. 2020.

MOTA, C., GALAFASSI, B. A demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: Macunaíma grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

NÓBREGA, L. N. “Anna pata, anna yan – nossa terra, nossa mãe”: a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OEA, Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 16 de out. 2020.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. Genebra: 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao169-pl.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2020.

OLIVEIRA, R.; TORRES, M. A. Convenção 169 da OIT em disputa: consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas. Natal: Anais da 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, 2014.

RAMOS, E. da S. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, L. B. A. da; BARBOSA, C. M. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília: v. 5, número especial, 2015, p. 115-133

SACONATO, T. E. A teoria dos precedentes e o controle do ativismo judicial: segurança jurídica e estabilidade nas decisões judiciais. In: Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. Marília: v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1227>. Acesso em: 17 out. 2020.

SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCABIN, F. (org.). Parâmetros para a consulta e para o respeito dos direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais atingidas por empreendimentos de infraestrutura. São Paulo: FGV Direito SP - CeDHE - Relatórios Técnicos, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29649>. Acesso em: 16 out. 2020.

SILVA, M. I. da C. Raposa Serra do Sol: agentes políticos, conflitos e interesses. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2012.

SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: Revista Direito GV. São Paulo: v. 8, n. 1, p. 37-58, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 15 out. 2020.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 2019. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3835>. Acesso em: 18 out. 2020.

YAMADA, E. M.; OLIVEIRA, L. A. A. de. (orgs.). A Convenção nº 169 da OIT da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada. Brasília: Funai/GIZ, 2013.

_____; VILLARES, L. F. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. In: Revista Direito GV [online]. 2010, vol. 6, n. 1, p. 143 – 157. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/08.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.