

# **Breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a terra indígena Raposa Serra do Sol à luz da obra de Hans Kelsen**

Gabriela Moraes Kyrillos\*

## **1. Considerações Iniciais**

Refletir sobre o direito que existe no Brasil, parafraseando Tom Jobim, não é trabalho para principiantes. O sistema normativo do país é inúmeras vezes composto por elementos conflitantes e excludentes entre si, incorpora interpretações incompatíveis e quando um caso concreto vai à apreciação do Judiciário torna-se envolto em um longo processo burocrático-processual. Apesar disso, será feito no presente trabalho um esforço de análise desse sistema jurídico, tendo como referência o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) da terra indígena Raposa Serra do Sol, que foi, sem dúvida, inovador em sua decisão.

Para tal análise, a teoria do direito será basilar, especialmente os ensinamentos do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973) que dedicou parte de sua obra a analisar o papel da jurisdição constitucional (KELSEN, 2007). Assim sendo, ao relacionar teorias com o concreto mundo jurídico brasileiro espera-se que seja possível verificar a um só tempo a atualidade de certos escritos – muitas vezes já não lidos nas faculdades de direito – e a possibilidade de vinculá-los com autoras e autores contemporâneos, especialmente brasileiros e latino-americanos, produzindo assim um diálogo capaz de contribuir

---

\* Bolsista da CAPES. Mestre em Política Social pela UCPel. Doutoranda em direito pelo PPGD/UFSC.

para análises mais criativas e precisas do direito que se tem hoje no país.

## **2. O Supremo Tribunal Federal do Brasil e o Julgamento da Terra Indígena**

### **Raposa Serra do Sol**

O prédio do STF foi projetado pelo consagrado arquiteto brasileiro Oscar Niemeyer e, assim como outros pontos da capital brasileira, se constituiu em um marco da arquitetura e do urbanismo moderno<sup>1</sup> no país. A estrutura, os símbolos e os personagens que compõem um julgamento na Suprema Corte brasileira costumam manter certa linearidade, como é possível observar:

No painel de mármore bege de Athos Bulcão, em cima da cadeira do presidente, um brasão de bronze da República do Brasil. Mais vistoso é o Jesus crucificado acima e à esquerda. A bandeira do Brasil, verde, amarela e azul quebra a monocromia desse altar. Em um dia normal a plateia não tem mais do que cinquenta pessoas para uma lotação máxima de 376 pessoas. Mas esse é um grande dia, em que será julgado o caso que envolve a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. A plateia aguardava ansiosa o início do julgamento. A primeira fileira sempre reserva seus lugares para o

---

<sup>1</sup> Sem pretender fazer grandes digressões, vale destacar que *modernidade* é um termo polissêmico. A mais recorrente definição é a que associa modernidade com o período no qual vigorou de modo hegemônico uma visão de mundo específica. É possível considerar que as raízes teóricas dessa visão de mundo podem ser localizadas nos estudos de René Descartes, enquanto as raízes históricas do período moderno podem ser encontradas no imperialismo lusohispânico. Ainda que o primeiro marco seja relevante por conter as raízes epistemológicas da visão de mundo ocidental ele não é o único nem, necessariamente, o mais importante. Igualmente relevante é a compreensão de que o conceito hegemônico de modernidade – que exclui suas raízes históricas e as consequências que daí derivam – é eurocêntrico na medida em que se apresenta como uma "emancipação", "(...) uma 'saída' da imaturidade por um esforço da razão como processo crítico, que proporciona à humanidade um novo desenvolvimento do ser humano (...)" (DUSSEL, 2005, p.60). Nesse sentido, o filósofo argentino Enrique Dussel desenvolveu muito bem sua teoria na qual é possível observar que a racionalidade, o iluminismo e o progresso (nos termos ocidentais modernos) co-existiram com o elemento violento da colonização, que foi capaz de construir uma alteridade para a Europa que passou a se colocar hierarquicamente como centro do mundo (DUSSEL, 2005).

Advogado- Geral da União e os advogados das partes dos processos a serem julgados. O procurador-geral do Estado de Rondônia, o senador Mozarildo Cavalcanti, o ex-ministro do STF, Francisco Rezek, e outros advogados eram os representantes do Estado de Roraima e dos fazendeiros contrários à demarcação. A favor da demarcação,

a advogada indígena Joênia Wapixana, representante dos povos indígenas da Raposa Serra do Sol, advogados do Conselho Indigenista Missionário, procuradores da República do Ministério Público Federal, procuradores da Funai, representantes da Advocacia-Geral da União. Ministros, senadores, deputados, prefeitos, funcionários públicos, integrantes das forças armadas, ONGs, todos queriam acompanhar de perto a sessão. O caso, com repercussão nacional, atraiu uma grande quantidade de ilustres convidados. A figura mais festejada era a senadora Marina Silva, ex-ministra do meio ambiente e figura máxima da luta pela Amazônia. Mas quem dava colorido especial ao julgamento eram as diversas lideranças indígenas do Brasil, com toda pompa de seus trajes de gala. Suas penas e tintas contrastavam com a sobriedade reinante dos brancos em longos trajes negros. (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 144)

A ruptura proporcionada pelo julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol vai além do estético. Enquanto os julgamentos da Corte normalmente ocorrem somente nas tardes das quartas e quintas-feiras, esse iniciou em uma manhã de quarta-feira, diante da alta complexidade e visibilidade midiática do caso. Além disso, pela primeira vez na história do país um(a) indígena falou do alto do púlpito do Supremo Tribunal, a advogada Joênia Wapixana que nasceu em uma aldeia do interior de Roraima, fez a defesa usando a obrigatória toga preta, porém pintou seu rosto como forma de demonstração de pertencimento identitário, em um cenário no qual parecem ser vetadas as demonstrações identitárias que não sejam institucionalmente postas – como a bandeira do país, o crucifixo etc. A presença indígena no prédio do STF também possui um valor simbólico de ocupação do espaço público, de exercício de cidadania ainda incomum no Brasil, de modo que:

Ainda que acostumados a julgamentos polêmicos e ruidosos, índios de diversas etnias e de todos os lugares do país, que prestam solidariedade aos povos da Raposa Serra do Sol, causam um estranho nervosismo ao STF, como se um enfrentamento real pudesse emergir de uma palavra mau posta. O índio ainda representa o estranho, o selvagem nu (ou de calção e havaianas), com pintura cerimonial colorida, ruidoso, com linguagem direta e aparente falta de hierarquia. Tudo a contrastar

e enfrentar a sobriedade e o requinte da Corte, expondo que esses dois mundos dificilmente se conciliam, ao contrário se repelem em uma inquietante discriminação. Mas chega a hora de exercer o poder. Todos sentados, o silêncio se impõe. O presidente lê e propõe a aprovação da ata da reunião anterior. Após a cotidiana formalidade, é iniciada a sessão ordinária, com a leitura da ordem do dia, que traz a relação dos processos a serem julgados. Passa-se, então, a palavra ao ministro relator do processo. (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 145)

Como se sabe, não ocorreu qualquer embate físico e o poder da Corte se exerceu como previsto. O STF decidiu sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que tinha aproximadamente 1.743.000 hectares, localizada na região nordeste do Estado de Roraima, onde faz fronteira com a Venezuela e a Guiana. Integra essa área o Parque Nacional do Monte Roraima, com seus mais de 2.739 metros de altura. Na época os usufrutuários e guardiões eram os povos indígenas Macuxi, Wapixana, Patamona, Ingarikó e Taurepang.

O processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol teve início na década de 1970. Em 1998, é publicada a Portaria de nº 820 do Ministério da Justiça a qual declara a posse permanente dos indígenas do território, com aproximadamente 1.678.800 hectares e perímetro de 1.000 km. Será essa Portaria que vem a ser questionada judicialmente em 1999, por alguns fazendeiros e produtores de arroz da região, de modo que o Ministério Público Federal pede que a competência para a análise de tal questionamento seja do STF. Em 2005, o então presidente da república, Luís Inácio Lula da Silva, assina o decreto e homologa o reconhecimento contínuo da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. No mesmo ano, o STF declara extintas todas as ações que contestavam a demarcação desse território indígena.

Tal cenário faz com que os conflitos no plano fático aumentem, tanto entre fazendeiros e indígenas, como entre os próprios indígenas que divergiam acerca do melhor modo de demarcação da região – se por ilhas ou contínuo. Os conflitos voltam a ser judicializados em diversas ações, uma das mais relevantes é a Ação Popular (1999.42.00.000014-7) que questiona a Portaria nº 820 alegando não ser a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) competente para a demarcação. Em 04 de março a justiça federal decide acatar em parte o pedido e suspende os efeitos da Portaria no que tange as regiões

urbanas e rurais que já estão constituídas e as instalações e vias públicas federais, estaduais e municipais, sendo ainda mais drástica a decisão no que diz respeito ao artigo 5º da Portaria, de modo que suspendeu a retirada dos não índios que viviam na região. Finalmente, determinou ainda que fosse realizada uma perícia judicial no processo administrativo do qual deveria sair a demarcação definitiva da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A própria equipe técnica do processo não chegou a um consenso, tendo produzido dois relatórios antagônicos: um que afirmava que o processo de demarcação da Portaria nº 820 teria sido completamente inadequado, pedindo a anulação da mesma e; outro relatório que alegava ter sido o processo de demarcação do qual decorreu a Portaria nº 820 adequado e amplo, apresentando todos os dados necessários para se verificar a legitimidade do processo demarcatório, sendo portanto, a Portaria perfeitamente válida – e seu não cumprimento inconstitucional. Ironicamente, esse longo processo foi extinto sem resolução do mérito, na medida em que foi ajuizada a Reclamação n. 2833/RR pela Procuradoria Geral da República, perante o STF, com o intuito de preservar a competência da Corte para analisar e julgar os conflitos que envolvem a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, alegando que os mesmos tratavam-se de conflitos federativos, entre União e estados, tendo como pedido cautelar, a suspensão de todos os processos que estivessem em andamento acerca desse tema nas demais cortes do país.

Tal estratégia do Ministério Público Federal, diante da procedência do pedido, fez com que todos os processos acerca da Terra Indígena Raposa Serra do Sol fossem concentrados no STF. Finalmente, chega-se a ao processo que gerou o julgamento que inicialmente foi aqui narrado: a PET 3388. Somente nessa ação houve um julgamento legítimo de mérito de todos os diversos processos existentes em razão da demarcação da Raposa Serra do Sol. Diante da declaração de litispendência, todos foram analisados conjuntamente, o que acabou abarcando 30 anos de disputas judiciais e mais de 17 mil páginas de processo. A Suprema Corte decidiu por manter a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, contudo, incluiu 19 condicionantes. Tais condicionantes ou ressalvas são, talvez, para a análise aqui proposta, os elementos mais relevantes de todo esse

processo judicial, já que algumas delas foram tidas como incorporando novos conteúdos ao ordenamento jurídico.

Não se pretende desenvolver uma análise acerca do mérito da decisão da Corte ou de suas condicionantes, mas sim, compreender se houve elementos inovadores no cenário jurídico do país e, em caso afirmativo, provocar uma reflexão sobre as consequências de tal ato de criação de direitos ou normas por parte de um órgão jurisdicional. Assim sendo, é importante analisar o conteúdo dessas condicionantes de modo mais detido.

Algumas condicionantes são meras repetições abstratas de direitos – em especial do texto constitucional – outras são *quase* isso. Seria válido questionar se uma sentença judicial pode abordar questões abstratas sobre o tema analisado, na medida em que se tem como um princípio basilar do direito moderno ocidental que o Judiciário atua quando provocado e no limite dessa provocação. Se o conhecido princípio da demanda ou princípio da inércia (posto no artigo 2º do Código de Processo Civil) é válido no país, pode-se perguntar: qual seria o limite de uma resposta legítima da Corte máxima do país? A primeira condicionante é uma ponderação abstrata e não aborda o caso concreto, afirmando os direitos da União contidos no artigo 231 §§ 2º e 6º da Constituição Federal.

Na segunda e na terceira condicionantes a Corte afirmou que a posse e usufruto dos indígenas não inclui a exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos, bem como da pesquisa e lavra das riquezas minerais, para os quais dependerá sempre de autorização do Congresso. Esse é um conteúdo muito semelhante ao artigo 231 §3º da Constituição Federal, exceto pelo fato de que não incluiu a previsão constitucional de que para que haja a exploração de tais recursos, além da autorização do Congresso Nacional é obrigatório se fazerem ouvir as comunidades indígenas do território.

A quinta (e a sexta) condicionante faz surgir o discurso da segurança nacional<sup>2</sup> e interesse da União, assegurando ao Estado: o

---

<sup>2</sup> É interessante observar como o discurso da Segurança Nacional é historicamente um tópico recorrente na relação do Estado brasileiro com os povos indígenas do país. Um exemplo disso, mas não o único, foi o processo constituinte que culminou na atual Constituição Federal no qual o Conselho de Segurança Nacional, aliado com a FUNAI, em uma postura de continuidade do modo de atuação do governo

direito de inclusão de bases, unidades e postos militares, bem como realizar intervenções militares; a ampliação da malha viária; a exploração de recursos energéticos e; o resguardo das riquezas de cunho estratégico. Estando expressamente posto que tais ações são independentes de consulta às comunidades indígenas ou à FUNAI. Vale destacar que o texto dessa condicionante não faz qualquer alusão ao fato de que tal restrição ao direito de consulta dos povos indígenas ocorrerá exclusivamente em terras localizadas em zonas de fronteiras, inclui, portanto, qualquer território indígena. Mais uma vez, a decisão é generalista e abarca contextos que não foram discutidos dentro do processo – que adequadamente debateu a Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Cumpra também ressaltar que o Brasil é signatário da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que já foi ratificada e conta, portanto, com força legal, na qual está previsto o direito de consulta dos povos indígenas sobre tudo naquilo que irá afetar suas vidas e sua existência enquanto indivíduos e/ou grupos étnicos. O país jamais desenvolveu os mecanismos adequados para a consulta – que, de acordo com a Convenção, não é um mero ato de “ouvir” sem qualquer poder decisório – e com esta condicionante posta pelo STF acaba por introduzir elementos abertamente contrários ao que está expresso na Convenção, criando um conflito de normas jurídicas<sup>3</sup>.

---

durante o período ditatorial – que tem no Projeto Calha Norte de busca de “povoamento” e inclusão de bases militares em terras indígenas o seu mote – buscou reduzir os direitos dos povos indígenas frente aos recursos naturais de suas terras, de modo que tornava possível a exploração capitalista (muitas vezes estrangeira) de terceiros em território indígena (KAYSER, 2010).

<sup>3</sup> O conceito de norma jurídica aqui empregado é o desenvolvido por Hans Kelsen. De acordo com o autor, norma é o ato intencional que possui um sentido específico e que é dirigido à conduta de alguém, trata-se, portanto de um dever-ser (KELSEN, 2009, p. 06). Desse modo, não há como se falar em uma norma verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida (KELSEN, 2009, p. 21). Cumpra esclarecer que para o autor tanto a Constituição, quanto a lei, como o decreto são normas jurídicas do tipo geral, enquanto a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas de tipo individual (KELSEN, 2007, p. 126). Isso se justifica por que ao ver o direito como um instrumento técnico-social que serve para concretizar ou manter uma situação social tida como desejável, é coerente que ele seja reconhecido como sendo fundamentalmente, um ordenamento jurídico coercitivo, de modo que a norma

A sétima condicionante assegura à União o direito de instalar equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte. Garante ainda o direito de instalar “construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação”. Novamente, a condicionante não abarca o direito de consulta dos povos indígenas, especialmente, no que diz respeito à instalação de obras que seriam voltadas para a oferta de serviços públicos.

Com a oitava condicionante, o STF incluiu um elemento completamente novo na gestão das unidades de conservação ambiental que tenham indígenas como usufrutuários, posto que deu a responsabilidade imediata dessa região ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). As unidades de conservação ambiental no país surgiram com a criação do Sistema Nacional de Conservação da Natureza (SNUC) a partir da promulgação da Lei nº 9.985 de 2000, assim sendo:

As UC asseguram às populações tradicionais o uso sustentável dos recursos naturais de forma racional e ainda propiciam às comunidades do entorno o desenvolvimento de atividades econômicas sustentáveis. Estas áreas estão sujeitas a normas e regras especiais. São legalmente criadas pelos governos federal, estaduais e municipais, após a realização de estudos técnicos dos espaços propostos e, quando necessário, consulta à população. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2015)

Desse modo, podemos observar que as referidas Unidades de Conservação surgiram no país após a Constituição Federal e não estão nelas incorporadas, assim como são posteriores ao início de vários processos (e suas petições iniciais) que foram por litispendência julgados juntamente pelo STF nessa decisão única sobre a Raposa Serra do Sol. Possivelmente sabendo de seu caráter inovador sem precedentes sobre o tema, o STF na condicionante seguinte já estipula algumas limitações, como a necessidade de participação das comunidades indígenas da área na administração da unidade de conservação, assegurando o direito destas de serem ouvidas e terem seus costumes e tradições tomados em consideração, inclusive podendo contar com a consultoria da FUNAI.

---

jurídica é aquela que irá impor uma coerção, uma sanção, aquela que conecta um fato material específico a um ato coercitivo (KELSEN, 2007, p. 90).

Nas condicionantes 10 e 11 está posto o direito de visitantes indígenas ou não indígenas: ficando a cargo do ICMBio definir as regras e horários de visitação na unidade de conservação e a cargo da FUNAI, no restante da área da terra indígena. Mais uma vez o STF cria novas normas de gestão que excluem qualquer capacidade de autotutela dos povos indígenas. De fato, exclui até mesmo qualquer obrigação por parte dos órgãos gestores sobre terem que ouvir os povos indígenas envolvidos – como preceitua a Constituição Federal.

A décima segunda condicionante impõe a proibição aos indígenas de que cobrem de não-indígenas (e portanto, parece que podem cobrar de outros indígenas) qualquer tarifa ou quantia de qualquer natureza para que ingressem, transitem ou permaneçam nas terras demarcadas. É mais um novo elemento no campo jurídico já que sobre isso não havia legislação específica que proibisse tal ato. É mais uma restrição aos indígenas que pode, em alguns casos, ter consequências drásticas para algumas comunidades indígenas. É o caso, por exemplo, da Rede Cearense de Turismo Comunitário (Rede Tucum), uma organização que inclui diversos grupos identitários minoritários, inclusive indígenas (como os Kanindé, Tremembé e Tapeba), que buscam promover um turismo diferenciado, na medida em que conta com o efetivo controle da população local acerca do seu desenvolvimento sendo, portanto, os responsáveis pelas atividades e seus planejamentos, assim como por todos os serviços turísticos que oferecem. Caso se entenda que essa condicionante proíbe os povos indígenas de cobrar qualquer valor de não indígenas para permanecerem ou visitarem terras demarcadas, como eles poderiam continuar atuando como líderes nesse processo de turismo diferenciado?

A condicionante seguinte proíbe a cobrança de qualquer natureza em troca da utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão ou quaisquer outros equipamentos que estejam a cargo do serviço público. A advogada que defendeu os moradores da Raposa Serra do Sol alegou que tal proibição fazia uma diferenciação prejudicial dos povos indígenas frente ao restante da população, na medida em que tal condicionante deixa margem para se compreender que os indígenas não possuem direito à indenização caso o Estado venha a utilizar grande parte do território indígenas em grandes obras de infraestrutura.

As condicionantes de número 14 e 15 apresentam algo muito

semelhante ao expresso no ainda vigente Estatuto do Índio (respectivamente artigo 18 e 18 § 1º), que tem sua origem no período ditatorial brasileiro. Assim sendo, afirma primeiramente que as terras indígenas não são passíveis de negócios jurídicos ou arrendamentos, de modo que as comunidades possuem o pleno exercício do usufruto e a posse direta. Em segundo lugar, veda a prática da caça, pesca, coleta ou qualquer atividade agropecuária extrativa a qualquer pessoa que não pertença aos grupos indígenas.

A décima sexta condicionante é uma das poucas que foi considerada benéfica aos povos indígenas. O motivo disso é por que mesmo sem haver previsão legal ou constitucional que expressamente garantisse a isenção tributária do patrimônio indígena, o STF declarou plena imunidade tributária aos mesmos, tanto sobre as terras que ocupam e têm a posse, como no usufruto exclusivo das riquezas naturais. Mais uma vez o Surpemo Tribunal produz um conteúdo normativo novo.

A condicionante de número 17 é taxativa: veda a ampliação de terra indígena já demarcada. Não parece haver qualquer legislação anterior que fundamente tal proibição. É tão determinante que parece desconsiderar não apenas a eventual necessidade de ampliação (ou redução) de uma terra indígena já demarcada, como também a possibilidade de haver equívocos no momento da demarcação, que geraria a necessidade de revisão.

As duas últimas condicionantes – 18 e 19 – são reproduções de conteúdo normativo já existente. A décima oitava, apresenta a imprescritibilidade dos direitos indígenas, assim como a inalienabilidade e a indisponibilidade de suas terras – artigo 231 §4º da Constituição Federal de 1988. A décima nona, assegura a participação dos entes federativos nas etapas do processo de demarcação – previsto no artigo 2º § 8º do Decreto nº. 1.775-96.

Após essa resumida apresentação das condicionantes, retomamos o questionamento inicial sobre se houve introdução de novas normas no campo jurídico. Diante de tantos elementos que não possuíam expressas normas no cenário nacional, parece seguro concluir que ocorreu a inclusão de novas normas sobre questão indígena no país. Em razão disso, durante o período de recursos (embargos) se questionou à Corte sobre a existência e o conteúdo

dessas condicionantes. Ao analisar os embargos, a Corte decidiu novamente:

Em seu voto, Barroso rejeitou grande parte dos embargos, mantendo, assim, a validade das 19 condicionantes – apenas para a TI Raposa Serrado Sol – e aceitando outros parcialmente para esclarecer aspectos de algumas delas.

Dos sete ministros presentes, só o presidente Joaquim Barbosa e Marco Aurélio discordaram da posição de Barroso e defenderam a aceitação dos embargos por considerarem que o STF extrapolou suas funções ao fixar as 19 condicionantes. (SOUZA, 2015. s/p)

As argumentações presentes no momento de analisar os embargos tornam-se bastante relevantes, na medida em que proporcionam algumas reflexões sobre o segundo ponto proposto para análise de tais condicionantes: quais as consequências de tal criação de normas por parte do órgão jurisdicional máximo do país. Ao decidir sobre os embargos, a Corte majoritariamente decidiu por tirar o caráter amplo que o texto inicial das condicionantes carregava, afirmando que elas aplicam-se apenas a Raposa Serra do Sol. Contudo, o próprio ministro Barroso – relator dos embargos – afirmou que ela “ostenta a força intelectual e persuasiva” do STF (SOUZA, 2015, s/p).

Em um certo sentido, o ministro acaba por reconhecer o caráter normativo da decisão, o que coaduna com a compreensão de Kelsen acerca das sentenças serem tipos de normas específicas – como já dito anteriormente. Mesmo o autor defendendo que não há contradição em si entre quem faz e quem executa as normas não se pode, contudo, daí deduzir que Kelsen tenha sido a favor de que as normas específicas criem ou extingam direitos. Por essa razão ele afirma que:

A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. (KELSEN, 2007, p. 153)

Assim sendo, é possível observar que para o autor, caberia à função jurisdicional – como a aqui analisada – o exercício do poder

discricionário de escolher entre distintas interpretações igualmente possíveis (KELSEN, 2007, p. 168). Daí é possível depreender que não se está propondo que as cortes possam criar novos elementos coercitivos no sistema jurídico. Aparentemente, mesmo os ministros que foram a favor da manutenção das condicionantes, parecem reconhecer que houve nesse julgamento uma atuação peculiar por parte da Corte, ou que ela exerceu sua função de modo peculiar – o que não significa dizer que o STF esteja atuando repetidamente de modo atípico ou típico. Isso se deduz pois o próprio ministro Barroso quem defendeu as condicionantes, na reportagem promovida pelo Instituto Sócio Ambiental (ISA), afirma que ela se trata de “[...] uma decisão atípica. Não acho que o tribunal deve fazer isso rotineiramente. Mas, nesse caso, decidiu o sistema.” (SOUZA, 2015, s/p). É curioso que a argumentação do ministro seja de que a decisão atípica é parte de um processo decisório do sistema. Ainda que ele não afirme claramente que o STF agiu para além de suas competências, sua afirmação deixa margem para tal interpretação, além de dar a entender que mesmo quando a Corte atua fora de sua competência “regular” ela conta com o poder decisório e coercitivo do “sistema”. Logo, é possível refletir sobre esse “sistema” que dá legitimidade às suas próprias decisões tanto quando atua dentro dos limites da legalidade posta, como quando excede suas funções normativas “tradicionais”.

Por outro, alguns ministros compreenderam que a atuação “atípica” extrapolou os limites legais. Parece ter sido essa a compreensão daqueles ministros que votaram a favor dos embargos e pretenderam a suspensão das condicionantes, como é possível observar pelas afirmações dos ministros Marco Aurélio Mello e Joaquim Barbosa respectivamente:

“Talvez o Congresso não fosse tão criativo na estipulação do que deve ser observado em termos do gênero terras indígenas” [...] “Acabamos por introduzir no cenário normativo normas que somente poderiam vir à baila mediante atuação dos congressistas. O Supremo substituiu ao Congresso Nacional, atuando talvez no vácuo deixado pelo mesmo Congresso. E o fez abandonando a postura que se aguarda do Judiciário.” Joaquim Barbosa complementou o colega: “O tribunal extrapolou, traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente.” (BREDA, 2015, s/p)

Apesar de ambos terem sido votos vencidos, as ressalvas expressadas em suas falas são bastante relevantes já que perpassam elementos clássicos do estudo do direito sobre os limites legítimos e legais de atuação dos órgãos jurisdicionais. O caráter político desses tribunais foi elemento de análise de Kelsen, para quem como já foi dito, não há oposição entre quem faz e quem executa a lei e daí decorre que

[...] é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da decisão não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter político. (KELSEN, 2007, p. 258-259)

Assim sendo, não se pretende, a partir das ideias de Kelsen, negar o caráter de produção de normas que envolve, necessariamente, as decisões de cortes como o STF. Também não se exclui seu caráter político. Contudo, confronta-se a posição adotada pela corte nesse caso específico à teoria do autor e o entendimento de que o grau de liberdade para criação de normas de uma corte jurisdicional em um Estado constitucional precisa ser baixo, já que cabe ao constituinte e aos legisladores um auto grau de discricionariedade. Daí se compreende que, se para Kelsen a concretização dessa produção normativa pelos órgãos jurisdicionais realiza-se pela sentença – enquanto síntese da ponderação de interesses (KELSEN, 2007, p. 265) – não seria razoável a inclusão de novos elementos que não versassem sobre o caso concreto ou que não estivessem previsão legal anterior.

Tais elementos tornam-se especialmente evidentes quando se observa que o autor compreendia que a validade de uma norma depende de sua relação hierárquica com outra norma que lhe seja figurativamente superior, de modo que existe em uma Estado constitucional uma cadeia que terminará na norma pressuposta, a *Grundnorm*, que se trata, portanto, do elemento chave de validade de toda a ordem normativa (KELSEN, 2009, p.09). Somente quando todas as normas estão vinculadas em uma cadeia hierárquica ligada a uma norma fundamental é que se pode, para Kelsen (2009, p. 217) falar em

sistema normativo ou ordem normativa. No caso do Brasil atual, podemos concordar que a norma que está hierarquicamente acima das demais e lhes é figurativamente superior é a Constituição Federal, de onde deriva inclusive os limites e competências do STF. Mesmo que se compreenda que a norma fundamental última é hipotética, será ela quem dará a legitimidade e constituirá a unidade do sistema (KELSEN, 2009, p. 247).

Assim sendo, tendo o STF agido de modo “atípico”, e compreendendo “atípico” como fora das previsões da norma fundamental, pode-se daí deduzir que houve uma ruptura no sistema normativo – que como já foi dito, existe justamente em razão da norma fundamental. Desse modo, não há que se falar em “decisão do sistema” como propôs o ministro, mas sim, em uma decisão fora do que se compreende por sistema normativo ou ordem normativa, ao menos se considerarmos os ensinamentos de Hans Kelsen.

### **3. Considerações finais**

O presente texto foi um esforço por analisar uma decisão do Supremo Tribunal Federal contemporânea a partir da compreensão dos conceitos de Hans Kelsen (2007; 2009). É importante destacar que não foi a pretensão do texto realizar uma análise extensiva do STF, portanto, as conclusões que daí derivaram sobre o posicionamento da Corte no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não podem ser generalizadas. Ainda assim, ao estudar uma emblemática decisão da corte máxima do país, que incluía três décadas de disputas judiciais, foi possível perceber que o STF atuou de modo “atípico”. É possível que por atuação “atípica” compreenda-se tratar-se também, de um tipo de atuação pontual e não recorrente da Corte, mas para se concluir isso, seria necessário um outro estudo mais longo e que tornasse possível verificar como tem sido o posicionamento do STF no que tange sua atuação frente às limitações constitucionais.

Em um país onde o retorno à democracia não possui três décadas, a Constituição dita cidadã ainda é recente e muitos atores políticos e jurídicos são os mesmos do período ditatorial que antecedeu a Carta de 1988, é ainda mais importante refletir sobre os elementos basilares de um Estado Democrático de Direito. Não é

surpreendente, nesse cenário, que um ministro da Corte máxima, reconheça que houve uma atuação “atípica” e ao mesmo tempo, afirme a legitimidade da decisão pelo poder do “sistema”, algo abstrato e genérico o suficiente para ser dificilmente questionado – e que remete a um discurso vazio de autoridade. Mais do que isso, remete a um período no qual a criação de normas poderia ocorrer fora da legitimidade da ordem normativa vigente (em termos kelsenianos), algo conflitante com o atual Estado brasileiro e sua (frágil) constitucionalização democrática.

## Referências

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Áreas Protegidas** – O que são. Disponível online em: <http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/unidades-de-conservacao/o-que-sao>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

BREDA, Tadeu. **Supremo decide que condicionantes em demarcação só valem para Raposa Serra do Sol**. Disponível online em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/10/supremo-decide-que-condicionantes-na-demarcacao-so-valem-para-raposa-serra-do-sol-9199>. html. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

DUSSEL, Enrique. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. In: **A Colonialidade do Saber – Eurocentrismo e Ciências Sociais Perspectivas Latino – Americanas**. Edgardo Lander (org). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005. p.55-70

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil – Desenvolvimento histórico e estágio atual**. Trad.: Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SOUZA, Oswaldo Braga. **STF decide que condicionantes só são obrigatórias para TI Raposa Serra do Sol (RR)**. Disponível online em: <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/stf-decide-que-condicionantes-so-sao-obrigatorias-para-ti-raposa-serra-do-sol-rr>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, June 2010. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nrm=iso)>. access on 11 Jul. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100008>.

## Resumo

O presente trabalho realiza um esforço de análise do sistema jurídico brasileiro, tendo como referência o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) da terra indígena Raposa Serra do Sol, que foi, sem dúvida, inovador em sua decisão. Para tal análise, a teoria do direito será basilar, especialmente os ensinamentos do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973) que dedicou parte de sua obra a analisar o papel da jurisdição constitucional. Assim sendo, ao relacionar teorias com o concreto mundo jurídico brasileiro espera-se que seja possível verificar a um só tempo a atualidade de certos escritos – muitas vezes já não lidos nas faculdades de direito – e a possibilidade de vinculá-los com autoras e autores contemporâneos, especialmente brasileiros e latino-americanos, produzindo assim um diálogo capaz de contribuir para análises mais criativas e precisas do direito que se tem hoje no país.

**Palavras-Chave:** Hans Kelsen; Ordenamento Jurídico Brasileiro; Supremo Tribunal Federal; Terra Indígena Raposa Serra do Sol

## Abstract

This work make the effort to analysis of the Brazilian legal system, with reference to the judgment of the Supreme Court about the indigenous land Raposa Serra do Sol, which was certainly innovative in their decision. For this analysis, the theory of law is fundamental, especially the teachings of Austrian jurist Hans Kelsen (1881-1973) who devoted part of his work to analyze the role of constitutional jurisdiction. Thus, to relate theories with concrete Brazilian legal world is expected to be possible to see at once the relevance of certain writings - often no longer read in law schools - and the possibility to link them with authors and authors contemporary, especially Brazilians and Latin Americans, producing a dialogue which contribute to more creative and accurate analysis of the right that has been in the country today.

**Keywords:** Hans Kelsen; Brazilian Legal System; Indigenous Land Raposa Serra do Sol