

**CENTRO UNIVERSITÁRIO**  
**UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO UNDB**  
**CURSO DE DIREITO**

**JOSÉ EVALDO RIBEIRO FILHO**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS: A legitimidade das**  
entidades representativas de minorias nas ações de controle concentrado no STF

São Luís

2023

**José Evaldo Ribeiro Filho**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS: A legitimidade das entidades representativas de minorias nas ações de controle concentrado no STF**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Ma. Teresa Helena Barros Sales

São Luís

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Ribeiro Filho, José Evaldo

Jurisdição Constitucional dos povos indígenas: a legitimidade das entidades representativas de minorias nas ações de controle concentrado no STF. / José Evaldo Ribeiro Filho. \_\_ São Luís, 2023. 65 f.

Orientador: Profa. Ma. Teresa Helena Barros Sales.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2023.

1. Jurisdição constitucional. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Direitos indígenas. 2. Direito à saúde e dignidade humana. I. Título.  
CDU 342(=1-82)

**José Evaldo Ribeiro Filho**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS: A legitimidade das entidades representativas de minorias nas ações de controle concentrado no STF**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 26/06/2023

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Profa. Ma. Teresa Helena Barros Sales (Orientadora)**

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

---

**Prof. Dr. Felipe Costa Camarão**

Universidade Federal do Maranhão – UFMA

---

**Prof. Me. José Murilo Duailibe Salém Neto**

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

*Dedicado aqueles que sonharam junto comigo e sempre irão me acompanhar.*

*Vó Chaguinha, Chico Cunha e José Maria Maia (todos in memoriam).*

*Maninho Cunha, Ieda Maia, De Assis e Marina.*

## AGRADECIMENTOS

O trabalho desenvolvido ao longo desta pesquisa não teria tido o mesmo resultado sem a lapidar orientação da Professora Teresa Helena Barros Sales, que me ensinou o significado verdadeiro da docência, sempre com muita maestria e proficiência me conduziu durante todo o percurso, desde os instigantes debates acerca do tema até a colaboração na sistematização e concatenação das ideias, sem deixar que as dificuldades enfrentadas me afetassem. O talentoso empenho em me encorajar e me deixar seguro com o caminho até, finalmente, concluí-lo com precisão e tranquilidade, sem dúvidas, foram extremamente relevantes ao resultado alcançado.

Tenho muito a agradecer aos professores, Guilherme Pupe da Nóbrega, Saul Tourinho Leal e, principalmente, ao Fábio Lima Quintas, pelos incentivos à pesquisa jurídica no Direito Constitucional, e aos valorosos debates durante a passagem que tive no grupo de pesquisa, Direito Processual Constitucional no IDP em Brasília, que, certamente, contribuíram para o resultado deste trabalho e para a minha formação jurídica.

Não poderia deixar de agradecer, também, aos amigos que a vida me deu e que me acolheram aqui no Maranhão, Cricielle Muniz, Jofran Filho, Layse Campos, Washington Oliveira, Alzira, Edmar Neto, Ana Clara, Gabriela Fonseca, Pablo Ramalho, Adriana, Francimar Melo, Berenice Gomes e Ana Marinho, aos amigos de sempre, Lelo Purini, Luigi Berzoini e Gabriel Berê, pela lealdade, paciência e ajuda necessária, principalmente nos momentos mais difíceis, e que foram fundamentais para que eu chegasse até aqui, sem vocês, tudo seria mais difícil.

Manifesto meus agradecimentos a colaboração profícua da Rayssa Sousa, por todo o empenho à criteriosa revisão e auxílio na formatação do trabalho.

Por fim, agradeço à minha família por serem fonte de inesgotável amor e apoio incondicional, pelo qual sou grato o resto da vida, pelos ensinamentos que me ajudaram a chegar onde estou, a ter um olhar atento e de cuidado ao próximo, e pela paciência e temperança diante da ausência e distância, especialmente à minha avó, Socorro Maia, aos meus pais Maninho e Ieda Maia, meus filhos, De Assis e Marina, irmãos, Bianca, Lucas, Monalisa e Patrick, aos meus sobrinhos, Davi, Milena, Yan e Maria Clara, e tias Elsa Maia, Perpétua Maia e Laís Maia, sem vocês, nada disso seria possível.

## RESUMO

O controle abstrato e concentrado das normas consagrados pela Constituição Federal de 1988 inaugura um novo momento de democratização da jurisdição constitucional ao possibilitar a participação de entidades e organizações da sociedade civil em processos que decorrem sobre seus interesses e direitos fundamentais. Nesse sentido, ao estabelecer o Art. 103, IX, o constituinte originário não trouxe de forma expressa o reconhecimento de entidades que representam as minorias, principalmente as entidades dos povos indígenas, ficando sob responsabilidade da Suprema Corte a interpretação do rol para conferir a legitimidade a essas organizações. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 709 foi um marco, tanto na jurisprudência do STF quanto na luta dos povos indígenas, tendo em vista que foi reconhecido pelo Plenário da Corte, pela primeira vez, a possibilidade de os povos indígenas atuarem perante o controle de constitucionalidade, com o reconhecimento da legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB. O objetivo do presente trabalho é analisar a jurisdição constitucional brasileira à luz dos direitos dos povos indígenas na garantia de acesso ao Poder Judiciário, neste caso, ao STF em razão do controle concentrado, para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, no presente caso, direito à saúde, à vida, à dignidade humana e ao direito de permanecerem em suas terras tradicionalmente ocupadas, sem perder de vista o comportamento da Suprema Corte na construção de uma jurisprudência defensiva nos anos iniciais após a promulgação da carta e na abertura democrática produzida no âmbito da ADPF 709. Nos capítulos são abordados a compreensão da sistemática do controle de constitucionalidade que tem por objetivo entender como se dá esse importante sistema processual na perspectiva de acesso à jurisdição constitucional. Em seguida, faz-se um apanhado histórico das lutas dos povos indígenas e a disputa por direitos e a atuação no âmbito da Suprema Corte, para, com isso, garantir a proteção aos direitos fundamentais. O destaque no papel contramajoritário do STF é fundamental para a virada na jurisprudência defensiva.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Direitos Indígenas; Direito à Saúde e Dignidade Humana; Movimentos Sociais

## ABSTRACT

The abstract and concentrated control of norms consecrated by the Federal Constitution of 1988 inaugurates a new democratization moment of the Constitutional Jurisdiction, by making possible the participation of the civil society entities and organizations in processes that stem from their interests and fundamental rights. However, when establishing article 103, IX, the original constituent did not expressly bring the recognition of entities that represent minorities, mainly the entities of indigenous people, leaving the Supreme Court the responsibility to interpret the list and confer legitimacy to these organizations. The Action against the violation of a constitutional fundamental right - ADPF n° 709, was a milestone both in the jurisprudence of the STF, and in the struggle of indigenous peoples, considering that the Plenary of the Court recognized, for the first time, the possibility of indigenous peoples to act before the constitutionality control, with the active legitimacy recognition of the Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB. The objective of this work is to analyze the Brazilian constitutional jurisdiction in the light of indigenous people rights in guaranteeing access to the Judiciary, in this case, to the STF due to the concentrated control, for the protection and enforcement of fundamental rights, specifically, the right to health, life, human dignity and the right to remain in their traditionally occupied lands, without losing sight of the behavior of the Supreme Court in the construction of a defensive jurisprudence in the initial years after the Constitution enactment and in the democratic opening produced in the scope of ADPF 709. The chapters analyze the understanding of the constitutionality control system, which aims to understand how this important procedural system works from the perspective of access to constitutional jurisdiction. Then, a historical overview of the struggles of indigenous peoples and the dispute for rights and the action within the scope of the Supreme Court is made, in order to guarantee the protection of fundamental rights. The emphasis on the countermajoritarian role of the STF is fundamental for the turn in defensive jurisprudence.

**Keywords:** constitutional jurisdiction; constitutionality control; indigenous rights; right to health and human dignity; social movements.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	<b>13</b>
	<b>2.1 Supremacia da Constituição e a teoria adotada na Carta Cidadã</b> .....	<b>14</b>
	<b>2.2 O processo constitucional com instrumento de defesa das minorias</b> .....	<b>20</b>
<b>3</b>	<b>LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: os povos indígenas no controle concentrado</b> .....	<b>26</b>
	<b>3.1 A perspectiva histórica constitucional dos povos indígenas e a luta emancipatória por direitos</b> .....	<b>28</b>
	<b>3.2 A ampliação do rol de legitimados no controle concentrado e a jurisprudência restritiva da Suprema Corte</b> .....	<b>35</b>
<b>4</b>	<b>O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS</b> .....	<b>41</b>
	<b>4.1 Interpretação democrática da Constituição na proteção de direitos das minorias</b> .....	<b>43</b>
	<b>4.2 A ADPF 709 como marco na proteção dos direitos da saúde indígena</b> .....	<b>51</b>
<b>5</b>	<b>RESULTADOS FINAIS</b> .....	<b>57</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Comumente encontramos em decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e na literatura jurídica a afirmação de que a jurisdição constitucional brasileira está vigilante na proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, de que está aberta ao povo, à participação democrática da sociedade civil organizada, sendo que, nessa esteira o constituinte originário a operou para superar a restrição de acesso ao controle de constitucionalidade, até então restrita ao Procurador-Geral da República, para ampliá-la, conforme o rol expansivo do Art. 103 da Carta.

Por essa razão, o tribunal estaria incumbido de proteger as minorias políticas e sociais dos ataques e avanços violentos sobre seus direitos perpetrados pelos processos majoritários.

A presente pesquisa tem o condão de demonstrar as dificuldades enfrentadas pelas entidades e organizações sociais voltadas a defesa dos direitos de grupos vulneráveis no acesso ao Supremo Tribunal Federal. Buscando compreender a construção da jurisprudência defensiva da corte, com intuito de saber por que o STF demorou tanto tempo em reconhecer a legitimidade ativa dos povos indígenas no acesso à jurisdição constitucional?

A decisão que reconheceu a legitimidade ativa da APIB é marcadamente histórica e tende a desencadear na Suprema Corte uma nova ordem processual apta a atribuir em relação a outros grupos sociais esse acesso. Além disso, essa decisão permitirá o protagonismo de profissionais e atores envolvidos diretamente nas causas objetos de análise nos julgados.

Com isso, antes da delimitação que recorta definitivamente este trabalho, intenta-se analisar a hipótese de que a construção jurisprudencial restritiva construída no Supremo Tribunal Federal que qualifica como entidade de classe de âmbito nacional apenas aquelas que representam grupos econômicos ou categorias profissionais específicas demonstra que o modelo de estado e acesso à jurisdição constitucional da Suprema Corte foi produzido para possibilitarem atuação apenas das elites econômicas, dificultando o acesso por grupos vulneráveis.

Para alcançar o objetivo principal, volta-se a pesquisa, especialmente para a ADPF 709 que tinha o objetivo de suprir falhas e omissões do Poder Público relacionadas à saúde indígena durante à pandemia da Covid-19, que implicavam sérios riscos a contaminação e, em consequência, o extermínio dos povos indígenas, sustentando-se graves violações aos preceitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, direito à vida, à saúde e ao direito dos

povos viverem livremente em seus territórios, em consonância com suas tradições, culturas e costumes.

Além disso, acrescenta-se a análise complementar da ADI 5.291/15 que tratou sobre os direitos dos consumidores e da ADPF 527/2018 em relação aos direitos das pessoas LGBTI, ambas deram passos iniciais no reconhecimento da legitimidade ativa de entidades voltadas à defesa das minorias políticas.

No primeiro capítulo é tratado sobre os aspectos históricos do controle de constitucionalidade, partindo da concepção de Hans Kelsen sobre jurisdição constitucional até a ampliação do rol de legitimados proposta pela Constituição Federal de 1988.

Com isso, se faz necessário um apanhado sobre a teoria da supremacia da constituição norteadora da história do constitucionalismo e a sua devida disposição processual para a defesa das minorias, especialmente os povos originários.

No capítulo seguinte, aborda-se a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, compreendendo que por ser formada por atores que não foram escolhidos por meio do processo político majoritário, a Suprema Corte precisa possibilitar à participação de forma plural dos diversos segmentos da sociedade para legitimar suas decisões e democratizar os meios processuais adequados para a defesa dos direitos fundamentais das minorias.

Nesse sentido, se faz um recorte da história da luta dos povos indígenas, desde a formulação da tese do indigenato até os processos organizados coletivamente que desencadearam uma atuação mais firme e coesa em vários espaços, inclusive na institucionalidade da Suprema Corte.

Como consequência desses processos, o constituinte originário amplia o rol de legitimados para atuação no controle concentrado, sendo objeto seguinte de análise, desde a concepção do conceito de entidade de classe e a construção da jurisprudência defensiva, levando em consideração as justificativas levantadas pelo STF até a consequente ampliação que conferiu a legitimidade à APIB por representar os direitos dos indígenas.

Por fim, no último capítulo, é analisado o papel contramajoritário da Suprema Corte na proteção dos direitos fundamentais dos povos indígenas, com uma necessária e consequente interpretação democrática da Constituição Federal, com a participação efetiva daqueles destinatários dos direitos ali delineados, na construção de uma sociedade plural e baseada no respeito à interculturalidade indígena. Por essa razão, é considerada a ADPF 709 como um marco histórico na proteção dos direitos indígenas, relativos à saúde, a dignidade humana e autodeterminação.

Para tanto, o método utilizado para elaboração deste trabalho é hipotético dedutivo, pois partimos inicialmente do questionamento acerca das razões da construção jurisprudencial defensiva ao conceito de entidade de classe e a conseqüente restrição à jurisdição constitucional as entidades representativas de minorias, podendo-se concluir que a Suprema Corte em decisões recentes vem reconhecendo o papel de proteção às minorias políticas, mas, ainda assim, estrutura-se em grande parte em decisões que beneficiam entidades voltadas a setores econômicos e com alto grau de influência no poder político.

Esta pesquisa, também utiliza de levantamento bibliográfico, por meio da consulta de livros e artigos científicos especializados na temática de jurisdição constitucional, especificamente no contexto do controle de constitucionalidade, explorando os direitos dos povos originários no exercício de atuação perante a Suprema Corte.

Por último, a compreender-se as funções constitucionais exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, aliado à importância histórica e política das entidades representativas de minorias no plano de proteção aos direitos fundamentais dos povos indígenas, é possível chegar ao entendimento de que a abertura do processo constitucional brasileiros às comunidades indígenas representa uma vitória na luta pelo reconhecimento de seus direitos.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ideia do controle de normas perante um órgão superior que conferisse legitimidade e efetividade à Constituição foi pensada por Kelsen quando discorreu sobre a supremacia da constituição no ordenamento jurídico. A hierarquia constitucional e a pirâmide na qual se constituía o ordenamento jurídico tinha no topo a Constituição que era parâmetro para toda ordem legal vigente abaixo, validado por uma norma hipotética fundamental (KELSEN, 2003).

O constitucionalismo, principalmente no Brasil, teve forte influência de Kelsen, desde à concepção de legitimidade de uma corte que fizesse o controle constitucional das normas, bem como a figuras que exerçam papel de atuar de maneira que possam acionar a Suprema Corte em um verdadeiro sentido de proteção aos interesses da Constituição, com o ordenamento em sintonia com o texto constitucional, em uma forma de estrutura escalonada da ordem jurídica, na medida em que a norma hipotética fundamental era o fundamento de validade desse ordenamento e dava sentido, validade e efeito as outras normas porquê determinada por esta.

Ao abordar a existência de uma Constituição em sentido formal e material, Kelsen discorre que existem normas dentro do texto constitucional que regulam e direcionam a produção de normas gerais do direito e do ordenamento jurídico como um todo, além de normas que são direcionadas a outras temáticas políticas, principalmente relacionadas a figura do Estado, exercício, existência e regulação do poder político, razão pela qual sustentava que o processo de alteração do texto constitucional precedia por um procedimento melhor elaborado, mais custoso, um verdadeiro processo especial, exigente.

Eis que se fortalece a ideia de um sistema de controle de constitucionalidade, baseando-se na hierarquia e supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

Em seu Art. 103, a Constituição de 1988 não só conferiu ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propositura de ação de inconstitucionalidade, como também conferiu ao Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, partido político com representação no congresso nacional, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A Constituição de 1988 inaugura um novo modelo de ampla legitimação para propositura das ações de controle concentrado, permitindo que diversos órgãos possam acionar

a Suprema Corte para corrigir as nuances causadas por leis inconstitucionais que possam distorcer o sistema geral do direito, permitindo que todas as controvérsias constitucionais e de relevância sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o controle de constitucionalidade nada mais é do que um dos métodos desenvolvidos pela doutrina para a defesa do ordenamento jurídico, apto a resguardar o princípio da supremacia da Constituição, tornando-o eficaz no sentido de garantir todo o sentido normativo e a rigidez da Constituição.

## **2.1 Supremacia da Constituição e a teoria adotada na Carta Cidadã**

A supremacia constitucional se assenta na ideia da centralidade e em destacada posição hierárquica superior das normas previstas na Constituição dentro do sistema jurídico no qual está vinculada, conferindo toda a validade, organização e sentido na vida social e política do país, sendo verdadeira lei fundamental e suprema estatal (SILVA, 2013).

O processo de alteração da Constituição, seja no sentido interpretativo quanto no sentido literal, se corrobora na rigidez da nossa carta e se dá por meio do procedimento de controle de constitucionalidade. A conformidade das situações jurídicas existentes com os princípios e preceitos da Constituição decorrem do princípio da supremacia (SILVA, 2013).

Nesse sentido, o sistema de controle de constitucionalidade se erige como meio eficaz de garantir a supremacia da Constituição e tem, no controle concentrado, a possibilidade de a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

A doutrina constitucional brasileira contribuiu para que na Constituição Federal de 1988 tivesse previsão de duas modalidades de controle de constitucionalidade, sendo eles, o controle difuso e o concentrado.

No controle difuso, que também recebe a denominação pela doutrina de concreto ou incidental, qualquer juíz ou tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade no caso concreto e a lei não deixa de existir, apenas é feita uma interpretação de que aquela norma não é compatível com a Constituição, portanto, deixa de ser aplicada especificadamente naquele caso (ABBOUD, 2022).

Já em relação ao concentrado, este, reserva-se à Suprema Corte, que detém o monopólio da jurisdição constitucional em abstrato para controle das normas e sua análise de compatibilização com o texto da constituição.

O controle de constitucionalidade na via concentrada expressa uma ordem de preferência do ordenamento jurídico aos direitos constitucionalmente previstos ante às leis que tem sua localização inferior dentro do sistema e contrairia alguma norma constitucional.

A Constituição de 1988 estabelece dois tipos caracterizadores de inconstitucionalidade, sendo por ação ou omissão, em virtude de que a atuação positiva de proteção ao texto constitucional não é considerada suficiente para a compatibilização das normas legais ao texto da carta cidadã, ao passo que omissões que corroborem em ausência de aplicação de normas consideradas constitucionais também ensejam em conduta incompatível com a Constituição (SILVA, 2013).

Quando o Poder Público produz atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição, opera-se a inconstitucionalidade por ação e que poderá ser questionada por ação própria diretamente à Suprema Corte, reforçando, eminentemente, a compatibilidade vertical das normas dentro do ordenamento jurídico (SILVA, 2012).

Por essa razão, os meios estabelecidos pela carta para declarar a inconstitucionalidade no controle abstrato, nesse sentido, foram com a ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Será tecida breves considerações acerca dessas ações previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sem perder de vista que ao interesse no presente trabalho, qual seja, o estudo da ADPF, instrumento processual utilizado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para acesso à jurisdição constitucional e que deu origem à questão aqui estudada.

A ação direta de inconstitucionalidade é a mais típica e usualmente utilizada no sistema concentrado brasileiro, prevista no Art. 102, alínea “a” da Constituição Federal, tem o procedimento regulado pela Lei nº 9.868/1999, que estabelece além do processamento e julgamento, dita o rito para as também ações declaratórias de constitucionalidade.

O objeto dessa ação é a análise da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja eles federal ou estadual, por isso, interpreta a lei em dois aspectos relevantes para a análise em casos em julgamento. A Lei enquanto gênero, em virtude de sua posição oriundo da classificação de fontes do direito e, nesse diapasão, os atos normativos federais ou estaduais consideradas figuras equiparadas à lei, pelo entendimento de que, quando emanados por autoridade competente e constituída para tanto, podem inovar o ordenamento jurídico (MEDEIROS, 2013).

O Art. 103 da Constituição Federal elencou o rol de legitimados à ingressarem perante o Supremo Tribunal Federal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade,

quais sejam: I) o Presidente da República; II) a Mesa do Senado Federal; III) a Mesa da Câmara dos Deputados; IV) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI) o Procurador-Geral da República; VII) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII) partido político com representação no Congresso Nacional; IX) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em suas lições, José Afonso da Silva (2013) nos ensina que existem três modalidades de ADI, a primeira compreende o caráter interventivo, em virtude de se almejar a intervenção federal em Estados ou de algum Estado membro em determinado município. Nesse sentido, conforme sendo prevista à atuação exclusiva em âmbito federal, do Procurador-Geral da República com competência para o STF, conforme as disposições nos arts. 36, III, 102, I, “a” e 129, IV da Constituição Federal. Por outro lado, também é conferido ao Procurador-Geral de Justiça do Estado, em atuação estadual, para propositura da referida ação.

Como segunda, a ADI compreende uma modalidade genérica que é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para analisar, conforme aqui já escorrido, a compatibilidade de lei ou ato normativo, estadual ou federal, com as normas constitucionais.

O objetivo é excluir do ordenamento jurídico a norma incompatível para garantir a defesa do primado da supremacia da constituição em interpretação de compatibilidade hierárquica.

Vale lembrar que o Art. 125, §2º da Constituição também previu a atuação em abstrato dos Tribunais de Justiça dos Estados para atuação e decretação de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais ou municipais em face de constituição estadual.

Por derradeiro, a ADI também cumpre um papel de suprir omissão que torne dificultoso ou inviabilize a aplicação de normas constitucionais, especialmente em normas de eficácia limitada, no qual dependem de uma regulamentação a ser feita posteriormente para que produza integralmente os seus efeitos.

Há que se considerar que a morosidade do órgão legislativo ou do administrador em promoverem os atos necessários para a efetividade da norma insculpida no texto constitucional são condutas que impedem e dificultam a plena executividade do texto da constituição. Por essa razão, a ADI cumpre um papel importante nesse sentido em suprir a omissão ora existente para garantir a aplicabilidade das disposições e dos direitos previstos na Constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade possui alguns elementos dignos de análise diante da robustez e importância da ação na jurisdição constitucional e por força do princípio

da indisponibilidade do interesse público não admite a desistência da ação, por justamente, tratar-se de importante mecanismo de proteção da constituição, conforme lições de Gilmar Mendes (1990, p. 251):

O Bundesverfassungsgericht decidiu, a propósito, que a desistência formulada pelo requerente não acarretava, necessariamente, a suspensão do processo. O pedido representaria, nesse contexto, um simples impulso externo (ein blosser Anstoss Von aussen), um instrumento deflagrador do processo objetivo de controle. “O requerimento é indispensável – diz Sohn – para a instauração do processo, não para o seu desenvolvimento, uma vez que o princípio do pedido foi satisfeito com a simples apresentação do requerimento.

A Lei nº 9.868/99 que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade expõe de maneira clara a intenção do legislador em proibir a desistência, conforme se verifica do texto em seu Art. 5º, “proposta a ação direta, não se admitirá desistência”, isso ocorre por justamente ser um processo objetivo com interesse público de a soberania da constituição se fazer valer.

Uma outra possibilidade de atuação na ação direta de inconstitucionalidade é a figura do “*amicus curiae*” que tem a função de atuar perante a Suprema Corte de maneira diligente, subsidiando a ação com informações ou pareceres técnicos sobre a questão de direito que o tribunal analisará. Atua de maneira a conferir uma maior participação e pluralização no debate, permitindo que a corte detenha de todos os elementos suscetíveis para direcionar e melhor julgar no caso em análise. (MORAES, 2002).

Nesse caso, cumpre anotar as importantes lições de Adhemar Ferreira Maciel (2002, p. 6):

O *amicus curiae* é um instituto de matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade.

É um instituto que amplia e democratiza as intervenções perante o Supremo e confere à Corte uma maior legitimidade na tomada das decisões analisadas. Seguindo adiante, o controle abstrato possui a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, conforme já destacado, ela opera em casos que o poder legislativo ou executivo deixa de praticar ato necessário ao cumprimento de norma constitucional.

A ausência de legislação regulamentadora para dar cumprimento e as normas constitucionais de eficácia limitada também são chamadas pela doutrina de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais” (NEME, 2018).

Nossa Constituição tem um caráter dirigente que é a garantia de direitos para toda a nação. Não dar pleno cumprimento as normas constitucionais ali insculpidas corroboram para um enfraquecimento do Estado de direito e da finalidade a ser almejada pelos constituintes e pela carta cidadã.

Outra ação prevista em nosso ordenamento constitucional, mais precisamente no controle abstrato, é a ação declaratória de constitucionalidade. Ela foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/1993, que introduziu no Art. 102, I, alínea “a” a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Essa ação tem por objetivo neutralizar debates acerca de questões jurídicas fundamentais, que estejam com incontroversas sobre sua constitucionalidade e que tenham, precipuamente, o interesse coletivo ali assentado (SILVA, 2013).

Nesse sentido, quando coexistirem posições de entes públicos e governamentais e decisões que abordem a questão da constitucionalidade em processos concretos, que estejam em contradição entre ambos, opera-se a possibilidade de intervenção do debate ali travado para posterior análise fático-jurídico dos argumentos discutidos em ação própria de constitucionalidade.

Por último, temos a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro somente na Constituição de 1988, no Art. 102, parágrafo 1º, se tratando de verdadeira inovação jurídica. Naquele ano, previu-se o instituto e sua posterior regulamentação, que sobreveio com a promulgação da Lei nº 9.882/99.

O método adotado nessa ação é o de controle concentrado, com uma função subsidiária, ou seja, somente será cabível a ADPF quando não for possível a propositura de nenhuma outra ação constitucionalmente prevista. Segundo nos ensina Lênio Streck (2014), a ADPF resguarda a eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante.

A ADPF tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, que resulte de ato do Poder Público. A competência para a sua interposição e processamento é perante o Supremo Tribunal Federal, conforme trazido pela Lei nº 9.882/99 em seu Art. 1º, no qual dispõe que “a arguição prevista no § 1º do Art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

A possibilidade do manejo dessa ação, no curso de processo, pendente de julgamento no qual há controvérsia constitucional relevante ou arguição de violação de preceito fundamental tem assento no inciso I do mencionado artigo. Por essa razão, nesse caso, terá o objetivo de resguardar os direitos de alguma das partes litigantes.

Em razão dessa possibilidade dupla de manejo desta ação constitucional ela alcança os dois modelos de controle de constitucionalidade adotados no sistema jurídico brasileiro, repercutindo em um caráter híbrido desse modelo (STRECK, 2014).

Entende-se por preceito fundamental, objeto de proteção da arguição constitucional, não apenas normas ou princípios previstos na constituição, mas também em valores assentados na ordem jurídica, conforme leciona Santos (2003, p. 113):

perceber-se-á que os preceitos fundamentais de uma ordem normativa não são meras normas ou princípios, mas sim os valores fundantes da mesma, apoiados no direito positivo delineado nas Cartas Magnas dos Estados Modernos, devendo, assim, serem regrados, concretizados, construídos e modificados dentro da contextura da sociedade aberta e global, sempre apoiada na finalidade última do direito de proteção à dignidade da pessoa humana.

Por esse motivo, os preceitos fundamentais se assentam em grandes princípios e regras expostas na Constituição de forma basilar e que norteiam a organização do Estado, dos Poderes, os valores e direitos fundantes da ordem constitucional.

Como legitimados para a proposição desta ação constitucional, o Art. 103 da Constituição de 1988 conferiu ao Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, partido político com representação no congresso nacional, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Na América Latina, muitos países no processo de elaboração das suas constituições, inicialmente, adotaram a experiência americana de controle difuso de constitucionalidade, como podemos notar no Brasil com a Constituição Imperial (1824), no México (1824). Com o passar do tempo e o progresso de um modelo de controle de constitucionalidade desenvolvido na Europa em que se preponderava a revisão judicial de atos ou leis de forma abstrata, com a criação de Tribunais Constitucionais ou a atribuição desta tarefa a cortes existentes ou a criação de órgãos especiais de revisão, como o caso da Colômbia (1991) e a nossa Constituição Federal (1988).

Como se pode notar, por influência norte americana e europeia, os países latino-americanos adotaram uma teoria que se fundamenta em uma espécie de sistema híbrido de controle de constitucionalidade. No nosso caso, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo no caso concreto, como o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade em abstrato.

Nesse sentido, a constitucionalidade é fruto da hierarquia jurídica da Constituição, notadamente decorrendo como consequência do princípio da supremacia que carrega consigo elementos norteadores tanto do aspecto jurídico, de maneira especial a valores, mas também políticos, aptos a demonstrar o caráter e o posicionamento de superioridade da Constituição no ordenamento jurídico e no sistema social-político do país e que, por se tratar de um documento que expressa a vontade da nação e lhe assenta os seus direitos e garantias fundamentais, torna-se necessário o fiel cumprimento do sistema desenvolvido para proteção dos indivíduos da sociedade, sobretudo as minorias sociais e políticas.

## **2.2 O processo constitucional como instrumento de defesa das minorias**

O processo constitucional desenvolvido na Suprema Corte, como se viu, resguarda a hierarquia da Constituição no ordenamento jurídico. Os mecanismos de controle de constitucionalidade protegem de violações os direitos e garantias fundamentais consagrados pelo constituinte.

Para Barroso (2008), o controle de constitucionalidade se funda, sobremaneira, na proteção não só da Constituição e na preservação de seu texto, mas, fundamentalmente se servindo como verdadeiro anteparo aos direitos e garantias fundamentais das minorias, para o renomado jurista, são as especialmente protegidas por esse sistema.

A igualdade proposta pelo constituinte se dá justamente na possibilidade de grupo, notadamente as minorias, de possibilitar o acesso a jurisdição e se utilizar do Direito como um instrumento necessário à proteção social e aos direitos fundamentais.

Por essas razões, as minorias detêm uma proteção especial da Constituição Federal e possuem primordial destaque dentro do Estado Democrático de Direito. A consagração de uma sociedade plural, que esteja em sintonia com a dignidade da pessoa humana, com o respeito as diferenças, compromissada com as liberdades, com a igualdade diante do poder dominante, livre da discriminação, do desrespeito e preconceito social, passam pela efetiva proteção e garantia dos direitos fundamentais na construção dessa ordem democrática.

A desvantagem social que as minorias se encontram em relação aos poderes e grupos hegemônicos da sociedade e dentro das próprias estruturas do Estado, são levadas em consideração quando no desempenho do papel de proteção institucional que a Suprema Corte cumpre nos processos na jurisdição constitucional que lhe chegam e os objetos de disputas estão no terreno da proteção aos direitos fundamentais.

O papel transformador que o Direito pode exercer na sociedade quando enfrenta questões jurídicas relevantes de conflitos sociais e temas de interesse público, tem o condão de alterar as estruturas da sociedade.

Para isso, Watanabe (2019) aduz que o acesso à ordem jurídica justa é elementar na construção efetiva da cidadania, tendo em vista que ao recorrer ao sistema de justiça, o que está em análise transcende a questões meramente de disputas de interesses particulares e privados, mas questões fundamentais de ordem social e política dos cidadãos.

Para isso, se faz necessário uma formação jurídica dentro do sistema de justiça que consiga dotar os agentes do Estado, neste caso, os magistrados da Suprema Corte, de senso social que propiciem uma maior capacidade de tomarem decisões que levem em consideração todo o histórico de luta acumulado pelos grupos que estão esperando uma resposta satisfatória e justa na prestação jurisdicional.

Diante desse quadro, há que se propiciar um cenário favorável para que cada vez mais a Suprema Corte tenha como norte caminhar nesse sentido, revestindo o processo constitucional em um mecanismo suficientemente capaz de satisfazer o potencial transformador da Constituição. Nesse aspecto, cada vez mais é necessário que os movimentos sociais possam estabelecer formas de acesso à justiça, que consigam, por meios próprios e diretos, se utilizar do efetivo direito de ingresso no controle concentrado.

Negar essa possibilidade ou construir uma interpretação constitucional que desfavoreça esse cenário é esvaziar o próprio poder da Constituição que aglutina socialmente os indivíduos no sentido da construção de uma identidade própria e particularmente peculiar existente naquela nação (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Nesse aspecto, as Supremas Cortes desempenham um papel importante na ordem social e política do país quando da proteção dos direitos fundamentais, nos conflitos entre os poderes e nas disputas sociais envolvendo grupos vulneráveis. Vale lembrar que a luta emancipatória por direitos se transcende para os espaços institucionais da jurisdição e facilitar o acesso à Corte, em atuação na jurisdição constitucional, torna a instituição reconhecida e marcadamente mais avançada quanto aos aspectos relativos à proteção de direitos humanos.

A busca dos movimentos sociais em acesso à jurisdição da Suprema Corte para a concretização dos seus direitos e defesa dos seus interesses acontecem em diante da carência de representatividade em outros espaços dentro do âmbito político e institucional parlamentar.

Nesse aspecto, pondera Brandão (2013, p. 195.):

[...] Especial atenção, contudo, deve ser conferida à concessão de legitimidade a entidades da sociedade civil e as minorias parlamentares (ou partidos minoritários),

visto que tal fator torna o Judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas. Tem-se, assim, um cenário em que o direito é caracterizado pela contínua disputa entre grupos de interesse a respeito da “correta” interpretação de um dispositivo constitucional ou legal [...]

Por isso, o processo passa a ter uma nova concepção para aqueles que buscam essa proteção. A superação de uma visão notadamente restrita ao tecnicismo jurídico é latente diante de um quadro de transformação em um instrumento capaz de concretizar os direitos e valores constitucionalmente estabelecidos.

Nesse contexto, não há que se negar a existência de limitações interpretativas dos princípios e regras constitucionais que, consideravelmente, representam deficiências do próprio ordenamento jurídico e que podem ser explicadas, em alguma medida, de duas formas.

A primeira é compreendida como oriunda da formação humana e social de quem está envolto na atribuição de análise, interpretação e aplicação da norma ao caso concreto. Em outro sentido, a crise interpretativa se estabelece em uma forma de dificuldade de compreensão de demandas oriundas de grupos e classes sociais menos favorecidas e minoritárias.

Com razão, Greco (2005) aponta que a causa disso está no desconhecimento da cultura popular que os grupos minoritários estão inseridos, corroborados a um papel de intervenção processual dos julgadores como meros árbitros, sem uma escuta plena e ativa desses atores, não possibilitando o direito de dar-lhes voz.

Aliado ao instituto do *amicus curiae*, aqui já analisado, outro importante instrumento inovador no processo constitucional, instituído no ordenamento jurídico brasileiro pelas Leis nº 9.868 e 9.882 de 1999 (as respectivas legislações versam sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como, respectivamente, da arguição de descumprimento de preceito fundamental) para cumprir com essa missão de dar voz às minorias dentro da jurisdição constitucional.

Por meio do mecanismo das audiências públicas no âmbito do controle concentrado, a Suprema Corte possibilita o relator do caso, ora em análise, solicitar maiores esclarecimentos quanto à matéria ou circunstância do fato e diante da inexistência, fixar data de audiência para a oitiva de autoridades na temática em debate e com ampla formação e experiência acadêmica e profissional na matéria em discussão.

A participação social desses atores dentro do processo permite que a evolução constitucional aconteça de forma mais ampla, democrática e igualitária na luta e proteção dos direitos fundamentais.

Por um caminho que dê sentido e significado à Constituição verdadeiramente social e popular, Gomes (2016, p. 188) leciona:

Por esse motivo, o constitucionalismo difuso sustenta, por um lado, que a participação social na construção do significado constitucional é extremamente importante como forma de democratizar as instituições e instâncias de decisão estatais, aperfeiçoar e atualizar a Constituição e o constitucionalismo, garantir e fazer avançar direitos, empoderar os cidadãos e inspirar uma narrativa comum para transformação. Além disso, defende ser fundamental que o tratamento conferido aos diversos grupos sociais por parte do Estado, inclusive por meio dos canais de permeabilidade social das instituições estatais, funcione de maneira transparente e igualitária, plural e inclusiva.

As funções das audiências públicas se fundam em, pelo menos, quatro atribuições. A primeira está relacionada ao papel instrutório e com vistas à análise informativa sobre o problema jurídico constitucional em análise, no sentido de subsidiar o processo e aos membros da corte uma coleta maior e mais eficiente de dados, notas técnicas e o compartilhamento de fatos legislativos e sociais que cercam a disputa.

Quanto a segunda atribuição, conforme já citado, promove uma abertura democrática à participação popular e posterior pluralização do debate no processo, possibilitando um avanço constitucional condizente aos interesses sociais, principalmente das minorias.

A terceira função da audiência pública está relacionada com o déficit democrático Suprema Corte, por terem membros que não são escolhidos pela vontade popular, sendo assim a terceira atribuição justificativa e derivando da segunda. Nesse sentido, a ferramenta da audiência proporciona uma maior legitimidade na interpretação constitucional quando da existência de atores da sociedade civil auxiliando, subsidiando de informações e atuando ativamente dentro do processo, fortalecendo o caráter democrático do resultado das decisões da corte.

Por último, relacionada também a questão democrática da Suprema Corte, temos a função da audiência pública como oportunidade dos debates de diversos grupos na arena constitucional da Corte, possibilitando atuação mais incisiva desses grupos junto aos ministros e utilizando o espaço para uma maior efervescência nos debates e consequente cobrança de maiores formulações de políticas públicas.

Nesse sentido, Guimarães (2020, p. 245) aponta que as audiências públicas:

[...] figuram como mais uma ferramenta e espaço institucional para que ambos, Tribunal e ator externo a ele, atuem em favor dos seus interesses em torno das políticas públicas. Sobre a atuação dos participantes, como nas audiências públicas não se trata de participar como parte jurídica da demanda judicial, mas sim, teoricamente, como especialista em determinado tema que irá trazer esclarecimentos aos julgadores, as

exposições orais e audiovisuais transmitidas ao Tribunal podem exercer a função de ferramenta de lobby. Isso porque, ao utilizarem este espaço para comunicar aos ministros do STF seus posicionamentos e suas informações privilegiadas sobre um determinado tema, as atrizes buscam pressionar ou influenciar os tomadores de decisão. [...]

Portanto, essa ferramenta constitucional fomenta a participação social de forma plural, legitimando e fortalecendo a identidade dos grupos políticos e confere um canal de interlocução mais apurado entre a Suprema Corte e os agentes interessados ou que serão impactados no resultado da prestação jurisdicional.

A missão do processo não se resume a proteção dos grupos minoritários e dos cidadãos diante de particulares em desacordo com a Lei e de atos oriundos do Estado. O espaço crescente da ideia de concretização dos objetivos definidos coletivamente pela sociedade demonstra que o processo ganha um novo escopo, com um fim de “instrumento político de participação” (PASSOS, 1988, p. 96), no qual tem assento dentro da guarida constitucional, principalmente após os processos de redemocratização.

Quando se permite a participação desses atores dentro do processo, possibilitando a defesa de seus interesses e a influência maior dentro daquela tomada de decisão, se está diante da concretização efetiva de um valor insculpido no conceito pleno de democracia. A sensação de simplesmente ser ouvido, participar da demanda e ter a sua vontade sendo levada em consideração, mesmo que quando não exitosa para aquela parte, demonstra maior respeito, zelo e sensibilidade por aqueles que estão tendo seus interesses em jogo naquela disputa.

Para Häberle (2008), a Constituição é um “vestido que muitos bordam”, à medida em que se dá a interpretação constitucional, o envolvimento de diversos atores, agentes públicos, grupos sociais, se constrói as premissas e a vontade constitucional, sendo, para o autor, que estes são intérpretes da norma tendo em vista que vivem sob a sua égide.

A efetiva proteção aos direitos das minorias se constitui como paradigma a garantia dos direitos humanos, tendo em vista a diversificação social, política e étnico-cultural na sociedade brasileira, reconhecidamente nos debates travados tanto na constituinte, que promoveu diversos avanços nessa questão, quanto nas discussões próprias do Estado Democrático de Direito.

O cumprimento da missão constitucional na proteção das minorias, por meio do processo no controle de constitucionalidade, persegue e efetiva os objetivos de natureza fundamental da República Federativa do Brasil que em seu Art. 3º, III aduz a necessidade histórica de erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

No inciso seguinte, também informa que a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988) são objetivos que, assim como aqueles, necessitam de uma efetiva ação do Estado e da sociedade, como um todo, para conseguir a transformação social necessária e da vontade do constituinte no Estado Democrático de Direito.

Vale lembrar que na construção do Estado Democrático de Direito, a autodeterminação dos povos é fundamental para a concretização do ideário de justiça, igualdade e dignidade.

Os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito são imprescindíveis nesse sentido, conforme leciona Barbieri (2008, p. 22):

[...] o Estado Democrático de Direito traria em seu conceito todo o ideário de justiça, igualdade e dignidade, com um mínimo normativo capaz de fundamentar os direitos e pretensões da sociedade e também de princípios, também formais do Estado de Direito que são: soberania, cidadania, Dignidade da Pessoa Humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político encartado no mandamento constitucional.

Nessa esteira, a Constituição brasileira conferiu proteção jurídica às minorias, principalmente as étnicas, ao assentar as normas constitucionais com vistas às garantias e direitos fundamentais da pessoa humana, protegendo-lhes de violações e possibilitando se resguardarem frente as investidas autoritárias e violadores de direitos perante o poder judiciário e, assim, efetivando a justiça social com uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, é importante a atuação proativa dos tribunais constitucionais, no sentido de um ideário a ser perseguido, por justamente possibilitar a preservação dos direitos de grupos vulneráveis, principalmente em sociedades que não possuem uma cultura política que os considerem como sujeitos de direitos, sendo o caso do Brasil (SARMENTO, 2020).

A jurisdição constitucional brasileira exercida pela Suprema Corte, quando permite a utilização das ferramentas acima expostas e se depara com uma atuação no controle concentrado para a efetiva garantia dos direitos fundamentais da minorias e grupos vulneráveis, está irmanada nos valores emancipatórios assentados na carta, protegendo assim, os valores democráticos, os direitos humanos, tornando-se propulsor dos valores da cidadania perante a sociedade e concretizando verdadeiramente a nossa Constituição.

### 3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: OS POVOS INDÍGENAS NO CONTROLE CONCENTRADO

A discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional perpassa, antes de tudo, por entender o conceito de poder existente na concepção de sociedade e no Estado. Nesse aspecto, é o poder que exerce uma pessoa sobre a outra, ou por determinado grupo sobre outro, constituindo característica básica da construção da sociedade.

Para David Beetham (1991, p. 43), “o poder indica a prerrogativa de que um cidadão dispõe para os efeitos por ele desejados no meio que o cerca e no lugar previsto para a sua realização”. Por essa razão, a vontade a ser imposta perante qualquer cidadão, torna-se necessário que a justificação do exercício desse poder seja reconhecida por aquele que sofre as consequências, sendo privado de sua vontade própria (PEDRA, 2010).

Dessa forma, justificação para a utilização do poder é o conceito de legitimidade, que do ponto de vista jurídico, se fundamenta principalmente nos aspectos da linguagem, haja vista que a utilização da fundamentação e argumentação encontram importante essência na teoria da legitimação.

As circunstâncias relacionadas aos fatores sociais, econômicos e políticos, ou seja, os anseios coletivos devem manter sincronia com as normas jurídicas, ao passo que estas não podem ser interpretadas isoladamente, apesar dos direitos fundamentais, sem levar em consideração esses importantes aspectos. Com isso, ganha reforço a legitimidade democrática.

Em sentido contrário, Vera Maria Alécio Brasil Medeiros (2006, p. 66) sustenta que:

A legitimação propugnada pelo positivismo é uma legitimação autorreferente, que é aquela obtida por intermédio de uma justificação racional, centrada em estruturas argumentativas, mas alheias a elementos fáticos, em que cada decisão judicial deve ser motivada em argumentos contidos nos mandamentos normativos, sendo que a referência a esses comandos legais é o que garante a legitimação das decisões.

A problemática disso é que desconsidera a função da jurisdição constitucional em prevalecer a Constituição em seu sentido formal, principalmente contra a vontade das maiorias sociais e políticas. A necessidade de interpretação constitucional voltada para a efetivação dos valores materiais e diretrizes de naturezas axiológicas garante a efetiva proteção e realização dos direitos fundamentais.

Para Agra (2005, p. 234), a observância dos pressupostos materiais existentes na Constituição goza da mais alta carga de legitimidade, vejamos:

As teorias substancialistas partem do pressuposto da existência de um conteúdo material, contido principalmente na Constituição, na acepção de que ele representa aqueles valores que formam as invariáveis axiológicas, gozando de alta carga de legitimidade nos mais variados extratos sociais. Configurando-se a essência da Jurisdição Constitucional, nada mais lógico do que a função primordial da tutela da Lei Maior seja a sua realização. Essa forma de legitimação permite que se estabeleça um referencial com o princípio da soberania popular, pois a Constituição é a norma jurídica que maior consenso obtém na sociedade – obviamente quando é promulgada e o processo constituinte permite a participação efetiva de todos os setores sociais -, haurindo essa jurisdição significativa fundamentação para o desempenho de suas funções. A definição do conteúdo substancial que deve ser concretizado pela Jurisdição Constitucional é realizada pelo texto da Constituição, abrangendo os princípios constitucionais, tanto os explícitos como os implícitos, que têm a função de densificar os explícitos. A própria Carta Magna serve como referência para a atuação da corte constitucional ou tribunal que faça as suas vezes, evitando exacerbação de seu poder e, de igual maneira, a mitigação do Poder Legislativo. O que não impede que alguns autores substancialistas, como Ronald Dworkin, defendam que o conteúdo substancial também reside na “comunidade moral de princípios”, de taxionomia moral, não-integralmente contida na Constituição.

Portanto, a legitimidade da jurisdição constitucional é a garantia do Estado de Direito com a efetiva tutela dos direitos dos grupos vulneráveis e a figura do Tribunal Constitucional, nesse aspecto, existe como meio a ser acionado pelas minorias contra violações de direitos fundamentais.

É o caso da ADPF 709, em que a jurisdição constitucional é acionada pelos povos originários para a proteção de seus direitos inerentes à saúde, à vida, à dignidade humana e ao de proteção aos territórios ocupados tradicionalmente, nesta perspectiva, a legitimidade ativa da APIB é reconhecida na condição de entidade de classe de âmbito nacional.

Esse entendimento é assentado no voto do ministro relator, Luís Roberto Barroso, em decisão cautelar e confirmado, por unanimidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Com isso, o colegiado da corte rompe com o paradigma jurisprudencial restritivo, construído até então, que limitava o entendimento das entidades de classe apenas aquelas representativas de pessoas ligadas aos setores econômicos ou categoria profissional.

A jurisprudência defensiva pavimentada pela Suprema Corte no período após a promulgação da Constituição era fundamentada no temor de que, com a ampliação do rol previsto no Art. 103 em relação aos legitimados ativos para o controle abstrato de constitucionalidade, fosse ensejar em um demasiado aumento do volume de processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Um dos institutos mitigadores do acesso à jurisdição constitucional aos grupos vulneráveis era em relação a pertinência temática, no qual devia-se demonstrar relação de pertinência entre o objeto em disputa na discussão jurídica com os objetivos traçados pela entidade.

A nova roupagem interpretativa em ampliar o conceito de entidade de classe que figura no Art. 103, IX da Constituição Federal, possibilitou que as entidades representativas de minorias, sendo nesse caso, de representação dos interesses e em defesa dos direitos dos povos indígenas, uma atuação mais firme e dotou de tratamento digno aos grupos vulneráveis perante o sistema de justiça constitucional.

Na democracia, a composição política da jurisdição constitucional encontra guarida em, pelo menos, três fundamentos básicos e valiosos que são aptos a permitir uma maior amplitude na concretização dos direitos fundamentais, são eles: o pluralismo, a representatividade e a complementariedade.

Em relação ao pluralismo, em sua concepção, se assenta na ideia de multiplicidade de fatores contemplados na sociedade, que resulte na proteção aos grupos vulneráveis que não disponham de um acesso direto e facilitado ao poder político. Quanto a representatividade, se corrobora nas diversificadas influências e parcelas da sociedade, sobretudo as minorias.

A complementariedade diz respeito, conforme apontado anteriormente, as experiências extrajurídicas dos membros da Suprema Corte, comportando os aspectos sociais, históricos, econômicos e políticos dentro do contexto social no qual aquele julgador esteve inserido antes de assumir a tarefa perante a jurisdição constitucional. Portanto, esse fundamento desencadeia uma interpretação da Constituição protegida da forte influência técnica e jurídica, isoladamente.

Para Ferrajoli (2002), os direitos fundamentais são instrumentos de autotutela dos indivíduos, mas também são limitadores de poder, servindo como meios capazes de proceder com o controle desses poderes, sendo núcleo essencial de legitimação da jurisdição constitucional.

Portanto, firma-se a jurisdição constitucional como instrumento legítimo, no pleno exercício da função-poder que lhe confere a Constituição, para a proteção dos direitos fundamentais das minorias, nesse caso, dos povos indígenas, resultando em um avanço civilizatório de efetiva construção plena da democracia e das lutas sociais de seus povos.

### **3.1 A perspectiva histórica constitucional dos povos indígenas e a luta emancipatória por direitos**

A luta dos povos originários pelo reconhecimento de sua autonomia, da sua identidade étnica e cultural estavam entre os principais pleitos reivindicatórios do movimento indígena no Brasil e na América Latina a partir da década de 1970. Antes disso, a organização

e iniciativas dos povos indígenas eram tímidas e ocorriam de forma isoladas, dificultando o reconhecimento da sociedade e do próprio poder público como um movimento com características de politicamente organizado e juridicamente unitário.

Contudo, a consciência política em relação aos direitos foi desenvolvida a partir da tese do indigenato brasileiro, proposta pelo jurista João Mendes Junior em três conferências na *Sociedade de Etnographia e Civilização dos Índios de São Paulo*, no ano de 1902 e que foi desenvolvida em livro publicado no ano de 1912 sob o título *Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos* (JUNIOR, 1912)

Nesse sentido, os direitos dos povos indígenas se sustentam como um direito congênito, ou seja, são oriundos desde o nascimento dos povos em seus territórios, não tendo a necessidade de legitimação por parte do Estado e de nenhuma outra instituição, tendo em vista que antecede a qualquer outro. Foi essa teoria que influenciou os constituintes durante o processo de discussão da Constituição Federal de 1988.

O tratamento dado pelo Estado aos povos indígenas nesse período era em uma perspectiva assistencialista e colaborava para esse quadro de isolamento político, conforme aduz Julianne Holder Câmara Silva (2019, p. 49):

O tratamento assistencialista conferido pelos órgãos indigenistas ajudava na formação desse quadro de isolamento e dependência para com o estado que inibia qualquer articulação política indígena de contestação do governo e de seu relacionamento com os povos indígenas

Nos anos seguintes, se estrutura o movimento de construção de Assembleias Indígenas, que alicerça o início da história de lutas dos povos originário, politicamente e socialmente organizadas, com um arranjo organizativo em articuladas conjuntas entre os povos e setores da sociedade civil organizada.

O período é marcado por diversos avanços e retrocessos, fortalecidos por um quadro de consciência de luta social para a composição de uma resistência indígena coletiva. Nesse contexto, diferentes lideranças indígenas de diversos povos espalhados pelo Brasil começaram ciclos de encontros que contavam com o empenho do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) na logística desses encontros.

A primeira Assembleia Nacional foi realizada no dia 19 de abril de 1974 em Diamantino (MT), localizada na sede da Missão Anchieta e, desde então, foram realizadas posteriormente um total de 57 (cinquenta e sete) Assembleias Indígenas entre os anos de 1974 e 1984 (LACERDA, 2007).

Ao passo que os encontros iam acontecendo, os indígenas iam formando consciência social de que eram sujeitos de direitos, conservavam autonomia para participar dos processos decisórios que impactassem diretamente suas localidades, seus costumes e etc., e a partir de então, assumem um protagonismo maior na organização dessas articulações entre os povos, o poder público e a sociedade.

Essa maior articulação permitiu uma aproximação entre os diferentes povos e etnias, consolidando o fortalecimento, identificação das necessidades comuns e diálogo entre as demandas existentes em cada contexto que possibilitou alianças com grupos estratégicos e setores da sociedade civil organizada, reforçando as lutas dos povos indígenas.

Esse período é marcado pela construção do senso de solidariedade indígena e por um verdadeiro espírito de cooperação entre os povos, que até então, eram desarticulados, passando a ter forte influência na base de mobilização das lutas.

A partir disso, ganharam destaque nessas articulações tendo como exemplos de aliados os intelectuais, os grupos que também lutavam na lógica de contra hegemônica, nesse caso, cumpre destacar a aliança histórica dos povos indígenas e do líder ambientalista Chico Mendes que considerava o estilo de vida próprio dos povos da floresta como fator primordial na proteção à biodiversidade, desencadeando a Aliança dos Povos da Floresta.

Para Santilli (2005), a Aliança dos Povos da Floresta foi um instrumento de articulação entre os povos indígenas e populações tradicionais, tendo como base de apoio aliados nacionais e internacionais, corroborando-se como um marco no sociambientalismo.

A consolidação dessas importantes alianças estratégicas nacionais e internacionais proporcionaram visibilidade necessária ao movimento indígena no país, mas também por toda a América Latina. Esse fortalecimento foi necessário para a resistência contra as invertidas do governo militar que buscava desarticular e promover um processo de “emancipação” dos povos indígenas, por meio de Decreto no ano de 1978, o qual visava anular disposições legais que tratavam sobre a questão indígena.

Por isso, foi sendo consolidado um ambiente que acabou proporcionando maiores condições políticas que ensejassem a criação de uma entidade de caráter nacional que pudesse representar os povos indígenas no país.

Em seguida, nos anos 80, um grupo de estudantes que residiam em Brasília cria a União das Nações Indígenas (UNIND), que posteriormente em nova assembleia realizada no ano seguinte por indígenas que não reconheciam legitimidade daquela no nascedouro do movimento político organizado, criam outra entidade com a mesma nomenclatura e sigla diferente, passando a ser UNI.

O movimento indígena buscava superar a ideia do integracionismo e da questão do tratamento jurídico recebido pelo ordenamento brasileiro que os considerava como incapazes, ao passo que fincavam suas reivindicações no reconhecimento dos direitos territoriais e originários sobre as terras que são habitadas, no uso e usufruto das riquezas naturais do solo e subsolo de forma exclusiva, em questões voltadas a educação bilíngue, na autodeterminação dos povos, na proibição da exploração de atividade de mineração em seus territórios, na capacidade postulatória para ingresso perante o poder judiciário de forma independente e autônoma quando da defesa de seus direitos e interesses e a plena participação dos próprios indígenas em questões que lhes são inerentes e tenham o condão de lhes afetarem.

A ideia do integracionismo dos povos indígenas estava insculpida no Art. 1º da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), nela assentava-se nos seguintes termos: “esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (BRASIL, 1973, p. 1). Nesse sentido, buscava o legislador integrar os povos originários à sociedade e cultura majoritária.

Esse raciocínio se revela marcadamente violador dos direitos dos povos indígenas, à medida em que consideram suas condições como algo transitório e tem o condão de, gradativamente, inseri-los na cultura dominante, exterminar os povos, suas línguas, crenças e tradições.

Nesse aspecto do paradigma integracionista, Thimotie Aragon Heemann (2017, p. 6) lembra que:

os membros das comunidades indígenas passavam por um processo de assimilação cultural, na medida em que eram classificados inicialmente como índios não integrados e, ao longo desse referido processo, passavam a ser denominados como índios em vias de integração e, por fim, índios integrados. Ocorre que tal situação refletia um viés colonizador por parte da sociedade majoritária, o que não pode mais ser admitido nos dias atuais; afinal, vigora no mundo globalizado a chamada teoria da relatividade cultural, que preconiza a inexistência de hierarquia entre as culturas e a impossibilidade de sobreposição de uma cultura a outra

Nessa perspectiva, todos os indivíduos que são pertencentes a uma comunidade indígena merecem tratamento digno de respeito, por tratar-se de questão de identidade cultural, que deve ser protegida e preservada.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, especificadamente em seu Art. 215, caput e §1º, bem como a ratificação da Convenção 169 da OIT, são considerados marcos no estabelecimento de Estado Pluriétnico, e nesse sentido, os direitos dos povos indígenas

passaram a ser observados sob a perspectiva do interculturalismo, superando, assim, o paradigma do integracionismo.

O interculturalismo reconhece a existência e a autonomia das mais variadas culturas viventes na sociedade, possibilitando o contato direto em igualdades de condições, e possibilitando a vida das comunidades indígenas em sua totalidade diversificada em relação à identidade cultural, costumes, crenças. Diferentemente do integracionismo que enxergava o indígena como uma situação passageiro, no qual buscava-se integrá-lo a cultura majoritária e dominante, por meio de um processo de assimilação cultural. Não resta dúvidas que a concepção do novo paradigma do interculturalismo propicia uma efetiva proteção aos direitos indígenas.

Uma outra demanda do movimento dos indígenas era a questão do tratamento jurídico que lhes era conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil (1916) formulava uma definição jurídica que lhes consideravam como “relativamente incapazes em relação a certos atos” sujeitando-lhes ao regime tutelar.

Nessa concepção de regime tutelar, os indígenas figuravam em uma posição de subordinação e eram propícios a dominação cultural majoritária, por essa razão, Julianne Holder da Câmara Silva Feijó (2014, p. 218-219) entendia que:

[...] sendo os índios uma categoria não civilizada, não pertencente ao processo de comunhão nacional, não possuíam capacidade para gerir suas próprias vidas e a de seus bens, sendo, pois, incapazes frente à legislação civil, motivo pelo qual deveriam ser assistidos pelo Estado, na figura de um órgão especialíssimo, inicialmente o juiz de órfão, posteriormente o SPI (Sistema de Proteção ao Índio), substituído, finalmente, pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio) em 1967.

Em contraposição a essa concepção do Estado nesse período, a Constituição Federal consagra dispositivo e importante ferramenta de luta que lhes garantem serem donos do futuro e do próprio destino, quanto ao exercício da cidadania sem dependência estatal. É que no Art. 232 traz que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” (BRASIL, 1988, p. 135)

Cumprido destacar que a luta pela autonomia dos povos indígenas almejada pelos processos de mobilização é uma resposta ao tratamento dado pelo Estado em relação a incapacidade civil que justificou diversos processos de expulsão de suas terras e avanço aos recursos naturais existentes em seus territórios com vistas a atender interesses de grupos econômicos.

A primeira Constituição a disciplinar os direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro foi a de 1934. O Art. 129 do referido texto constitucional assentava a garantia de posse de suas terras, asseverando nos termos seguintes: o respeito “a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934, p. 90). Indicava a atribuição da União como competente para legislar sobre “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” na linha, conforme analisado, do paradigma do integracionismo, fortemente influente na época.

Na Constituição de 1988, em um avanço civilizatório, elegendo a teoria do indigenato, garante os direitos originários, considerando-os imprescritíveis, recaindo a proteção sob as terras que tradicionalmente ocupam, devendo à União realizar o processo de demarcação, e sua proteção e garantir fazer valer o respeito perante todos os bens dos indígenas, inclusive os bens imateriais, como por exemplo as crenças, tradições e costumes dos povos, por a terra indígena ser considerada para aqueles que ocupam um valor de sobrevivência de ordem física e cultural.

A posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, bem como o usufruto exclusivo das riquezas naturais que existem nos solos, subsolos, rios são garantidos pela Constituição Federal de 1988, sendo bens da União, conforme disciplinado no Art. 20, XI, garantindo, nesse sentido, a terra de ocupação física e o direito à ocupação tradicional.

Quando o constituinte prevê que a outorga constitucional das terras ocupadas pelos indígenas são bens da União, ele visa proteger e permanecer o vínculo de propriedade vinculada ou propriedade reservada, sendo, por assim entendido, como bens inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas considerados imprescritíveis (SILVA, 2012).

Entende-se como direito originário à posse da terra sem depender de titulação, precedendo os demais direitos, por isso, a titulação que venha a existir sobre terras indígenas é considerada nula e extinta pelo ordenamento jurídico, não produzindo efeito algum.

Para José Afonso da Silva (2012, p. 865):

A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil.

Nesse sentido, o julgamento no Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 1017365, de relatoria do Ministro Edson Fachin, com o aceite da tese do Marco Temporal poderá impactar diretamente nos direitos originários dos povos indígenas.

Outra demanda que o movimento indígena reivindicou perante a constituinte era a proibição de exploração de atividade de mineração em terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, a Constituição permitiu em seu Art. 231, §3º, desde que atendido alguns requisitos:

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, p. 134)

Também traz no §1º do Art. 176 o seguinte:

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (BRASIL, 1988, p. 111)

A obediência aos ditames de preservação ambiental, sobretudo calcado no respeito à garantia da dignidade da pessoa humana em cumprimento ao bem-estar social e de proteção das comunidades indígenas são os parâmetros que dever ser levados em consideração quando da exploração da atividade de mineração.

A exploração de mineração em terra indígena, mesmo que realizada de modo formal ou por meio informal (garimpo), afetam as comunidades indígenas, pois alteram a rotina dessas populações diante da dinâmica organizativa da atividade econômica, e pior ainda, causa impacto negativo nos recursos naturais, com a consequente contaminação de rios e solos, e assim, comprometendo a vida dessas comunidades. Vale lembrar o caso da Terra Indígena Yanomami, considerada uma das maiores da América do Sul e que vivem sistematicamente sob ataque do garimpo ilegal e a consequente contaminação dos recursos naturais que desencadeou sérias doenças e modificação do meio de vida tradicional desse povo.

Houve muitos avanços com a Constituição Federal de 1988, contudo, para Julianne Holder da Câmara Silva (2019, p. 59) ainda foram feitos de forma tímida e, assim, merecem atenção e destaque nas lutas seguintes dos povos indígenas, vejamos:

De fato, importantes conquistas foram alcançadas, como o fim da incapacidade civil e do regime tutelar, a substituição do paradigma da assimilação pelo reconhecimento da identidade étnica e cultural, o ensino bilíngue, o usufruto exclusivo e direitos originários sobre as terras. Mas os avanços foram tímidos em muitos aspectos, sobretudo em relação ao reconhecimento da autonomia aos povos indígenas. Observamos isso sobretudo na falta de controle dos povos indígenas sobre os usos de suas terras, através de uma previsão de consulta "fraca" que não privilegia a autonomia dos povos, e que irá repercutir decisivamente sobre a consolidação de outros direitos, como os territoriais, a participação política e ao desenvolvimento.

Vale lembrar que todo o continente da América Latina, nesse período, passou por transformações e conviveu com o nascedouro de movimentos indígenas na perspectiva de influenciarem nos processos de constitucionalização de seus direitos.

Diante de todo o exposto, os indígenas que até então eram sujeitos objetos de tutela por parte do Estado, passam pelo reconhecimento como sujeitos de direitos de forma livre e autônoma. A Constituição Federal de 1988, conferiu um tratamento revolucionário aos indígenas, fundado nos valores pluralistas e interculturais, sobretudo com a superação do paradigma da assimilação cultural, estruturando um arcabouço normativo e protetivo à diversidade cultural, com o reconhecimento da identidade cultural dos povos originários, possibilitando o direito de viver plenamente conforme seus costumes, crenças e tradições.

Por fim, cumpre destacar que a capacidade postulatória, aliada a ampliação de legitimados com acesso ao controle concentrado de constitucionalidade e a evolução jurisprudencial da Suprema Corte se revelam avanços nos direitos dos povos originários que caminha para a efetiva proteção de seus interesses.

### **3.2 A ampliação do rol de legitimados no controle concentrado e a jurisprudência restritiva da Suprema Corte**

Os interesses dos indígenas e seus direitos possuem natureza coletiva, comunitária e por essa razão, a Constituição nos Art. 109, XI e Art. 232, §2º, possibilitou o reconhecimento de legitimidade para que eles próprios pudessem fazer a defesa de suas preferências em juízo, devendo o Ministério Público, nesse caso, intervir em todos os atos do processo.

A Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados ativos para atuação perante a Suprema Corte, no controle concentrado de constitucionalidade, estabelecendo no Art. 103 outros atores processuais, resolvendo a problemática política e jurisprudencial existente até então em virtude da concentração do monopólio das ações constitucionais ao Procurador-Geral da República, conforme previsto nos ordenamentos constitucionais anteriores, vide Constituição de 67/69.

Como objeto de análise do presente trabalho, importante analisarmos o conceito trazido pelo constituinte quando estabelece a entidade de classe de âmbito nacional, no inciso IX do Art. 103. Contudo, em nenhum momento é citado, de forma expressa na Constituição, a legitimidade ativa para os grupos que representam minorias atuarem perante a Corte no cotejo processual do controle concentrado.

O conceito de entidade de classe de âmbito nacional de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, comporta o cumprimento de alguns requisitos básicos para a configuração de sua legitimidade ativa. Nesse contexto, define que é necessário a comprovação de associados em pelo menos nove Estados da federação, a composição da classe por membros ligados entre si por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional e a pertinência temática entre seu objetivo social e os interesses defendidos em juízos.

Esse conceito de entidade de classe foi objeto de diversos debates perante o STF, no julgamento da ADIn-MC 34-DF, quando se tentou estabelecer uma definição, sendo apontado como “uma associação de pessoas que representa o interesse comum de uma determinada categoria” (1989). Nesse primeiro momento, tentou-se definir apenas determinada categoria e de grupos específicos, limitando à legitimação a esses determinados grupos.

Com o passar do tempo, foi sendo percebido que o STF adota um entendimento que tem se limitado a reconhecer, de uma forma mais ampla, as entidades no acesso à jurisdição constitucional e isso, sobremaneira, aliado ao requisito de caráter nacional, dificulta a atuação de grupos vulneráveis e excluídos socialmente na defesa dos seus direitos perante a corte.

Como se pode notar, a jurisprudência da Suprema Corte confere uma interpretação restritiva ao conceito de entidade de classe. Ao incluir o requisito profissionalizante no bojo desse conceito, restringe claramente o alcance da norma constitucional e desprotege outras entidades que merecem proteção em seus direitos fundamentais.

Um importante julgado em que o STF sustenta a posição restritiva e conceitua entidade de classe é na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 894, proposta pela União Nacional dos Estudantes – UNE para invalidar Lei que autorizava estabelecimentos de ensino privados reterem provas de estudantes que estavam inadimplentes. Naquela ocasião, o Ministro relator Néri da Silveira não reconheceu a legitimidade ativa da entidade e assentou a posição com os seguintes argumentos:

No que concerne à “entidade de classe” de âmbito nacional (“segunda parte”, do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas, de classe, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade; cumpre se informar a noção de “classe” de conteúdo, profissional ou econômico, determinado. Assim têm se admitido como entidade de classe de âmbito nacional a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação Nacional do Ministério Público, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia, associações nacionais de áreas da produção, do comércio e da indústria. (SILVEIRA, ADI no 894. 1993. p. 6)

Dessa forma, a corte inviabiliza a efetiva participação da sociedade civil e informa que elas não estariam amparadas pelo texto constitucional, em virtude da ausência, conforme

explicitado no voto, de correlação com grupos profissionais ou de caráter econômico, sendo que estes sim, estariam autorizados, na visão do ministro e da construção jurisprudencial da corte.

Sarmiento (2020) sustenta que a defesa da atuação contramajoritária na tutela dos grupos vulneráveis é fundamental na medida em que esses atores não podem ficar à mercê de processos políticos construídos majoritariamente, na medida em que, em um dado momento histórico acaba sendo derrotados.

Por outro lado, a interpretação do mencionado artigo pela Suprema Corte, notadamente em virtude de alguns julgados, já assenta o entendimento de ampliação deste rol, tendo em vista que em algumas oportunidades foram reconhecidas a legitimidade de entidades que representam grupos vulneráveis, como por exemplo em decisões individuais no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 527 de 2018, tendo como relator o ministro Luís Roberto Barroso e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5.291 de 2015 de relatoria do ministro Marco Aurélio, ambas reconhecendo a legitimidade ativa das seguintes entidades: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) e Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (Idecon) na defesa dos interesses coletivos e dos direitos fundamentais de seus representados.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, que tinha por objetivo estimular providencias em relação às omissões do Poder Executivo Federal em relação ao combate da pandemia da Covid-19 frente aos povos indígenas, foi a primeira vez que o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a legitimidade ativa de uma entidade voltada para as defesas de grupos vulneráveis, assentando esta tese e revertendo a cultura jurisprudencial de cunho restritiva até então vigente, superando o entendimento de que se classifica como entidade de âmbito nacional não apenas aquelas representativas de segmentos oriundo de grupos econômicos ou profissionais especificamente.

No presente caso, apontou o ministro relator Luís Roberto Barroso reconhecendo a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB:

Merece breve destaque - embora na linha da evolução da jurisprudência do Supremo - a admissão da participação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, que representa legitimamente as comunidades indígenas e - assim entendi - beneficia-se da flexibilização de nossa jurisprudência na caracterização do que devemos entender como entidades de classe para fins de propositura de ação direta. Como todos sabemos, em um primeiro momento, por algum tempo se entendeu como entidade de classe apenas o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica ou profissional. Porém, nos últimos tempos, temos tido precedentes - um, meu mesmo, outro, do eminente Ministro Marco Aurélio - em que passamos a admitir também entidades representativas da defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Ainda que assim não fosse, no caso específico das comunidades indígenas, aplicar-

se-ia o artigo 232 da Constituição, que tem a seguinte dicção: "Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo." De modo que, Presidente, não teria dúvida, nas circunstâncias, de reconhecer também a legitimação ativa da APIB. (ADPF 709. 2020. p. 19)

Como se pode notar, a Suprema Corte opera uma mudança de entendimento, marcadamente no julgamento da ADPF 709. Não obstante, a jurisprudência restritiva fechava as portas do Tribunal para grupos que defendias os interesses de minorias vulneráveis aos processos políticos majoritários, como indígenas, quilombolas, mulheres, negros e negras, minorias sexuais e pessoas com deficiência.

Matheus Abreu Lopes de Andrade (2022, p. 10) menciona que:

Dessa forma, pode-se afirmar que subsiste, ainda hoje, na jurisdição constitucional concentrada do STF, um grande paradoxo, ou, na crítica de Sarmento (2017, p. 392), "um constrangedor hiato" entre o discurso a todo tempo por ela propagado de sua legitimação e a sua prática, em grande medida fruto de sua "jurisprudência defensiva" ou interpretação restritiva. Ora, não se pode perder de vista, consoante ressalta Rodrigues (2016, p. 14), que "há na Constituição, portanto, um caráter transformador, não sendo meramente um instrumento de manutenção do status quo, mas também transformador do direito, para maior efetivação possível dos direitos fundamentais da coletividade".

A jurisdição constitucional concentrada, no último período, tem se ocupado sobremaneira a casos que envolvem interesses políticos, econômicos e de grandes corporações, na contramão da sistemática de lutas travadas pelas minorias políticas e de suas reivindicações.

Juliano Zaiden Benvindo (2014, p. 77) demonstra isso em pesquisa realizada perante os processos em trâmite na Suprema Corte, aduzindo que:

[...] Essa participação nas decisões ligadas a direitos fundamentais poderia indicar que tais entidades foram mais ativas na defesa do interesse público, mas essa seria uma interpretação enganosa, pois a jurisprudência defensiva do STF limitou a participação dessas entidades à defesa dos interesses corporativos. Assim, ainda que ao menos uma dessas decisões possa ser entendida como tendo resultados reflexos sobre o interesse público, o fato é que essa alta participação das entidades corporativas nos julgamentos de procedência baseados em direitos fundamentais indica que esse tipo de argumentação está sendo utilizada amplamente na defesa dos interesses corporativos. [...]

No entendimento dele, a Suprema Corte opera na concretização desses interesses corporativos e econômicos, em sua prática e na prestação jurisdicional, não buscando precipuamente o interesse público, principal e importante objeto da jurisdição constitucional, senão vejamos:

O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses

institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. (BENDINVO. 2014, p. 77)

Por outro lado, como anteriormente mencionado, com o julgamento da ADPF 709, houve mudança jurisprudencial da Suprema Corte e este fato merece ser celebrado, na medida em que propiciou o empoderamento desses grupos que representam vulneráveis, aproximando a Suprema Corte, em seu papel institucional como Tribunal Constitucional, corroborado com a legitimação dos discursos proferidos e da decisão tomada neste caso, e nos seguintes, com a efetiva proteção as minorias.

Na esteira da evolução jurisprudencial, para que se possa efetivamente surtir efeito a nova postura da Suprema Corte, se faz necessário o estímulo para que os grupos vulneráveis se organizem formalmente, sobretudo constituídos sob o prisma de entidades nacionais, na medida em que são elas que possuem reconhecimento do STF como legitimados ativos (SARMENTO, 2020).

Cumprir destacar que a efetiva participação no processo constitucional dos grupos vulneráveis se dá não só pelo reconhecimento da legitimidade ativa, mas também no estímulo a formação de quadros próprios dentro da advocacia e do direito, oriundos desses grupos, para atuarem de forma mais direta e incisiva na defesa de seus direitos na Suprema Corte.

Vale lembrar que no julgamento da ADPF 709 foi decisiva e importante a participação do advogado indígena Luiz Eloy Machado, oriundo da etnia Terena. Projetar quadros oriundos dessa própria coletividade resultam em maior força e legitimidade nas suas reivindicações. Também tem o condão de conferir maior representatividade das entidades quanto ao reconhecimento por aqueles que estão apostando suas expectativas de concretização dos direitos, no caso, em relação aos próprios indígenas.

Sarmento (2020, p. 4) lembra as articulações conferidas pelas entidades integrantes no julgamento da ADPF em relação ao protagonismo indígena nesse caso:

Para a sustentação oral, por exemplo, todos os autores da ADPF acordaram que o protagonismo na causa deveria ser indígena, e que, por isso, Eloy falaria antes e por mais tempo do que as demais advogadas e advogados (dentre os quais eu estava). Ninguém se arrependeu. Foi uma sustentação histórica, certamente a mais empolgante entre todas as realizadas naquela sessão. Na ADPF 709, os povos indígenas contam com vários apoios – inclusive da Clínica da UERJ. Mas o protagonismo é dos próprios indígenas, por meio da APIB.

Nesse sentido, possibilitar a atuação da APIB, entidade nacional e legítima de defesa e representação dos povos indígenas, na jurisdição constitucional da Suprema Corte foi

um avanço na concretização da intenção do constituinte em proteger os direitos dos povos indígenas. Com isso, se dará maior efetividade na prestação jurisdicional no papel contramajoritário da Suprema Corte, haja vista que a jurisprudência defensiva construída ao longo dos anos favoreceu, sobremaneira, para que as portas do Tribunal estivessem abertas apenas aqueles detentores do processo político majoritário.

E, conseqüentemente, a interpretação sobre a legitimidade ativa da APIB cumpre um papel digno do tribunal em democratizar o acesso à justiça e fortalecer a institucionalidade como um Tribunal Constitucional na defesa dos interesses dos direitos fundamentais dos povos indígenas.

Em tempos de retrocesso nos direitos, com as dificuldades impostas pela conjuntura social, política e jurídica, quando ocorre o reconhecimento da legitimidade ativa dessas entidades que representam as minorias, há que ser comemorado, pois releva-se como importante instrumento de efetivação da cidadania no empoderamento desses grupos perante a jurisdição constitucional.

Por essas razões, conclui-se que a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil é legitimada ativa para atuar perante a Suprema Corte na defesa dos interesses e dos direitos fundamentais dos povos indígenas, não apenas pelo reconhecimento jurisprudencial assentado no julgamento da ADPF 709, mas também na própria concepção da missão institucional do STF na proteção, viabilização e concretização dos direitos fundamentais das minorias, no pluralismo jurídicos e na democracia.

#### **4 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS**

O sistema representativo-popular, no qual os representantes são escolhidos por procedimentos majoritários, se caracteriza como o pilar da democracia e conseqüentemente, legitimando o Poder Legislativo. Contudo, falhas no sistema representativo ou por força de decisões deliberativas que não respondem aos pleitos sociais com a rapidez que exigem as sociedades contemporâneas, colocam as maiorias em situações típicas de abusos de Poder, sendo evidente, nesse sentido, a necessidade da existência de um sistema capaz de frear arbitrariedades perpetradas contra as minorias.

A crise de representatividade se corrobora na descrença do povo diante da inércia do parlamento a responder com fluidez essas demandas sociais, com isso ressalta Fonseca (2013) que o parlamento “permanece confortavelmente em silêncio em relação àquelas demandas que mais afligem as diversas camadas sociais e que mereceriam uma resposta rápida, eficiente e concreta”.

Por isso, o controle dessas decisões majoritárias que caracterizam ofensas aos direitos fundamentais das minorias se dá na chamada teoria do caráter contra majoritário do *judicial review* (BARROSO, 2012).

Com as novas demandas sociais surgidas em razão do pluralismo, os direitos dos povos indígenas ganharam maior corpo diante da organização política e social e a Constituição trouxe o desafio de dar maior proteção aos direitos conquistados durante o processo constituinte.

A função da jurisdição constitucional, tal qual concretizada pelo Supremo Tribunal Federal, nas ideias sustentadas por Abboud (2012) é a de “limitar, racionalizar e controlar o poder estatal, a fim de assegurar a proteção das minorias dos mais fracos e promover a reparação dos perigos que possam surgir para atingir a dignidade humana”.

Nesse aspecto, o processo constitucional é entendido e definido como subsistema processual apto a proteger e efetivar os direitos fundamentais quando ameaçados por conflitos jurídicos com escopo constitucional e que envolva diretamente o Estado.

A evolução do constitucionalismo no ocidente permitiu assentar uma nova roupagem hermenêutica como elemento de consolidação da jurisdição constitucional em um instrumento responsável pela proteção dos direitos fundamentais e das minorias. E com isso, a efervescência da luta indígena ganhando espaço no ambiente político do país, se tornando cada vez mais necessário a atuação judicial em defesa de seus interesses.

No papel contramajoritário, a Suprema Corte desempenha a função de proteção aos direitos fundamentais e dos interesses das minorias, conforme leciona Barroso (2014, p. 45):

em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário.

Nesse sentido, o Judiciário exerce sua atividade desobstruído de amarras políticas, podendo atuar em matérias que tenham especial atenção da opinião pública, com alto interesse e relevância social, em uma função contramajoritária, possibilitando, o Direito no novo constitucionalismo democrático, promover a proteção de princípios fundamentais, longe dessas interferências políticas momentâneas, sendo que necessita, o magistrado, tomar as decisões, fundamentadas em argumentação legítima e com uma atuação condizente aos mandamentos legais e constitucionais.

Para Barroso (2019, p. 5), é um papel legítimo desempenhado pela Suprema Corte, tendo em vista que atua em nome da Constituição com objetivo de proteger os direitos fundamentais e preservar as regras do jogo democrático, mesmo que isso implique em uma atuação que se volte contra a vontade da maioria, vejamos:

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepor a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962).

Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. A despeito da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.

Sem dúvidas, a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 709, ao corrigir latente omissão do Poder Executivo quanto à proteção da vida, da dignidade da pessoa humana, do direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições, e da saúde indígena, em decorrência da pandemia da Covid-19, representou um legítimo exercício do papel contramajoritário da corte, promovendo os direitos fundamentais dos indígenas e efetivando a proteção conferida pela Constituição.

É esse o papel de uma democracia constitucional, fundamentada na vocação do Poder Judiciário em assegurar a supremacia da ordem de natureza constitucional e garantir a efetivação das disposições contidas em normas constitucionais que representem de forma verdadeiramente fiel a intenção do constituinte, em conferir proteção especial aos povos indígenas, no intuito, também de pavimentar a construção de uma sociedade plural e democrática.

#### **4.1 Interpretação democrática da constituição na proteção de direitos das minorias**

A interpretação constitucional com a efetiva participação daqueles que são destinatários das normas enseja a possibilidade da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática e com um alto grau de participação social em sua estruturação.

Peter Harbeler (2014, p. 3) considera que em uma sociedade aberta exige uma interpretação concomitantemente aberta da Constituição, vejamos:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição

Nesse contexto, o autor assevera que, anteriormente, a teoria da interpretação da constituição se vinculou a uma interpretação de uma sociedade fechada, fundando-se em um modelo que permitia que apenas juízes realizassem a interpretação constitucional, utilizando-se dos procedimentos formais, resultando em um âmbito de investigação com menor densidade argumentativa.

Com a teoria da sociedade aberta é vislumbrado uma nova ordem hermenêutica na interpretação constitucional, conduzida essencialmente por essa sociedade e tendo como destinatária, ela própria, não sendo a interpretação mais destinada, exclusivamente, aos juízes operadores formais e oficiais do Direito.

Com base na teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, aliada ao acúmulo político e social desencadeado pela atuação de maneira mais orgânica e organizada nos anos anteriores, pode-se dizer que permitiram sedimentar a participação dos indígenas na constituinte e no âmbito da jurisdição constitucional. Inocêncio Mártires Coelho (1998, p. 3) destaca que:

O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como

é o caso dos direitos das populações indígenas, nos termos em que são reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição do Brasil. Sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas - que, aliás, participaram do processo constituinte - o juiz não conseguirá ler esse dispositivo constitucional.

Com isso, ocorre uma democratização da interpretação constitucional, ao passo que a jurisdição constitucional, ao fornecer a interpretação última do texto da Constituição, permite que esses outros atores atuem, contribuindo para o desenvolvimento de um conceito mais amplo na hermenêutica jurídica. Isso significa que, a interpretação da Constituição, erigida de forma mais ampla e plural, com a efetiva participação dos cidadãos atingidos pelas normas, passa a ter forte influência da teoria democrática (HARBELER, 2014, p. 28).

Por isso, foi fundamentalmente importante a criação de mecanismos capazes de permitir a participação de entidades que representam a minorias, sendo no presente trabalho, relevante destacar a decisão proferida pelo relator, Ministro Roberto Barroso, e referendada por unanimidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, concedendo o direito à Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para figurar como legitimada ativa na jurisdição constitucional em defesa dos interesses e proteção dos direitos indígenas.

Para Natália Albuquerque Dino (2014, p. 20):

Para que as decisões políticas que lhes afetam e o sistema jurídico que a elas correspondem possuam legitimidade, é necessário, no mínimo, o estabelecimento de um arranjo procedimental que lhes permita exercer a sua autonomia e comunicar as suas razões, o que propomos ser, exatamente, a institucionalização de espaços qualificados e permanentes de participação social indígena e a previsão de procedimentos de consulta adequados e vinculantes. Sem esse arranjo procedimental, que possibilite um verdadeiro diálogo intercultural, não há possibilidade de consenso/consentimento, porque nem sequer os referenciais culturais, históricos e cosmogônicos são compartilhados, e, sem consentimento, o que resta é violência e imposição.

A Constituição Federal de 1988 confere o princípio da dignidade humana como um dos elementos de pavimentação do Estado Democrático de Direito. Os objetivos fundamentais apontados na carta é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de forma em que se elimine toda e qualquer forma de discriminação e preconceito. Esses também são os pressupostos que prevalecem diante de relações entre o Estado Brasileiro em âmbito das relações internacionais.

Na tendência de promoção do patrimônio constitucional que são expandidos por tratados internacionais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 123 que agrega maior valor aos princípios constitucionais quando confere ao Poder Judiciário a observância e aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte

IDH), dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e o necessário controle de convencionalidade.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais estabeleceu que as decisões que envolvam a proteção ao direito a vida, ao meio ambiente e a saúde acerca dos povos indígenas, devem ser desenvolvidas e decididas com a plena participação dessas comunidades.

Esse marco normativo internacional influenciou diversos países da América Latina por se tratar de um modelo exemplar de proteção aos direitos indígenas, inspirando a constitucionalização desses direitos nos mais variados países e corroborando em uma produção legislativa infraconstitucional, no intuito de fortalecer, ainda mais, os direitos fundamentais das comunidades.

Os conceitos trazidos pela Convenção nº 169 da OIT foram incorporados nos ordenamentos jurídicos latino-americanos, como por exemplo, o direito de consulta livre, prévia e informada, em temas relacionados que afetem direta ou indiretamente aos povos indígenas, para que esses atores possam influenciar nos processos de tomadas de decisão, configurando-se como vetor basilar da Convenção.

Em seu Art. 6º, a Convenção nº 169 da OIT (1989) prevê que:

Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
  - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
  - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Esse instrumento internacional foi basilar e norteador na proteção aos direitos humanos, pois tratou dignamente os povos indígenas, conferindo padrões minimamente convencionados a serem seguidos pelas Estados, possibilitando a indicação da pavimentação de um novo caminho na luta indígena que superasse a ideia do princípio da assimilação e da aculturação, que atingiam de vez esses as comunidades e suas identidades.

Também fora incorporado a ideia de povo e comunidade indígena, com um conjunto de elementos sociais, culturais e políticos que lhes caracterizam em suas

peculiaridades, promovendo a ideia do pluralismo cultural, o conceito de autoidentificação, autonomia, territórios tradicionais e usos e costumes.

Além da influência normativa jurídico-constitucional, a Convenção representou um marco na luta indígena, passando a ser incorporada pelas próprias comunidades, povos e diversos atores que surgiram como aliados, e também em espaços institucionais como órgãos públicos que passaram a adotar sistematicamente a aplicação do documento, mas também de organizações da sociedade civil que atuam na defesa dos interesses e proteção dos direitos das comunidades indígenas. A adoção desse importante instrumento se deu em processos judiciais no âmbito de conflitos jurídicos em Tribunais locais e na atuação das entidades perante organismos internacionais de proteção aos direitos humanos (COURTIS, 2009, p. 5).

Considerando as peculiaridades de cada comunidade, é interessante que haja o que é chamado de teoria de diálogo intercultural entre a jurisdição constitucional e os povos indígenas, no intuito de adequar as decisões que lhes afetem a uma maior participação no processo decisório, expressando de modo efetivo suas necessidades, com o objetivo de auxiliar a Suprema Corte.

No ordenamento jurídico brasileiro, o diálogo intercultural se estruturou com bases em marcos teóricos que fundamentam as experiências do novo constitucionalismo na América Latina, aliado aos movimentos que desencadearam o pluralismo cultural. Isso explica as mudanças de paradigmas existentes na constituinte de 1988 quanto aos direitos dos povos indígenas, sobretudo em relação a superação do modelo monista e assimilacionista (NASCIMENTO, 2022).

As reflexões de Boaventura de Souza Santos (1997, p. 29) informam os desafios atinentes a questão do estabelecimento do diálogo intercultural:

[...] uma concepção idealista de diálogo intercultural poderá esquecer facilmente que tal diálogo só é possível através da simultaneidade temporária de duas ou mais contemporaneidades diferentes. Os parceiros no diálogo são apenas superficialmente contemporâneos; na verdade, cada um deles sente-se apenas contemporâneo da tradição histórica da sua cultura. É assim sobretudo quando as diferentes culturas envolvidas no diálogo partilham um passado de sucessivas trocas desiguais. Que possibilidades existem para um diálogo intercultural se uma das culturas em presença foi moldada por maciças e prolongadas violações dos direitos humanos perpetradas em nome da outra cultura? Quando as culturas partilham tal passado, o presente que partilham no momento de iniciarem o diálogo é, no melhor dos casos, um *quid pro quo* e, no pior dos casos, uma fraude. O dilema cultural que se levanta é o seguinte: dado que, no passado, a cultura dominante tornou impronunciáveis algumas das aspirações à dignidade humana por parte da cultura subordinada, será agora possível pronunciá-las no diálogo intercultural sem, ao fazê-lo, justificar e mesmo reforçar a sua impronunciabilidade?

O texto constitucional também esteve, naquele momento da constituinte, na dianteira ao conferir status constitucional aos direitos multiculturais em um cenário de avanços sociais na América Latina.

A interpretação das normas constitucionais de proteção aos indígenas, em virtude dessa influência, passa a sofrer análises de cunho emancipatório, em uma perspectiva decolonial do Direito, considerando que todo o contexto histórico, de violência, perseguição e marginalização dos povos são entendidos como necessários para a compreensão da intenção do constituinte na efetivação das normas fundamentais nos direitos indígenas.

A adoção do diálogo intercultural, por essa razão, amplia a possibilidade de uma interpretação cada vez mais aguçada e condizente com os interesses dos povos indígenas, uma vez que permite uma maior compreensão acerca da interculturalidade, da pluralidade, possibilitando mais sentido na aplicação do direito para a efetivação dos direitos fundamentais.

Na ADPF nº 709, o eminente relator, Ministro Luís Roberto Barroso, ao decidir medida cautelar na ação, fixou como uma das premissas, o estabelecimento de um diálogo intercultural entre a cultura indígena e entre a “nossa própria cultura”, considerando imprescindível, por tratar-se de questões que envolvem os direitos dos povos indígenas. Em sua decisão no âmbito da mencionada ADPF, Barroso (2020, p. 22), ressaltou que:

“A terceira e última premissa de minha decisão que gostaria de destacar, Presidente, foi estabelecer um diálogo intercultural entre nossa própria cultura e a cultura indígena, porque me parecia imprescindível para a solução adequada desses problemas. As comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas. Há um certo antropocentrismo em que se condicionou achar que os índios são todos iguais, são a mesma coisa. Na verdade, são culturas e tradições diferentes, que têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões. A participação das comunidades indígenas, a meu ver, além de decorrer de um princípio de justiça natural - porque estamos tratando da vida, da terra e da cultura deles - também decorre de tratados internacionais que determinam que sejam ouvidos e considerados em todas as questões que digam respeito a seus povos, conforme decorre da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho”

No mesmo sentido, também prevê a Constituição, convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos. Em seguida, se faz necessário analisar no bojo da mencionada ADPF, que além da adoção do critério de preferência ao diálogo intercultural, houve por bem mencionar que a interpretação constitucional se deu de forma concomitante a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Um dos exemplos é a fundamentação em relação a instalação de barreiras sanitárias que se justificam pelo agravamento da pandemia da Covid-19, considerando,

conforme exposto no voto do ministro Luís Roberto Barroso (2020, p. 42) que “os povos em isolamento e de contato recente são os mais expostos ao risco de contágio e de extinção. Isso ocorre em razão das condições de vulnerabilidade imunológica e sociocultural já narradas”, mas também decorrente do direito à autodeterminação que possibilita a preservação da identidade cultural, usos, costumes e tradições, que conseqüentemente são afetadas quando há ingresso de pessoas estranhas à comunidade, configurando-se ilícito que ser coibido pelo Estado aliado a uma atuação protetiva a esses direitos.

A interpretação nessa parte da decisão leva em consideração o Art. 231 da Constituição Federal, mas, se fundamenta de modo mais profundo na Convenção nº 169 da OIT, em seus Artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º, na Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, no artigo XXVI que assenta o direito a permanência na condição de isolamento e a viver livremente e de acordo com suas culturas e nas Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Região Amazônica, do Gran Chaco e da Região Oriental do Paraguai, que fora produzido pela Oficina do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH) que indica o respeito a decisão de permanecer isolados como uma garantia elencada pela autodeterminação.

A instalação das barreiras sanitárias também foi justificada, na decisão, por meio da observância as diretrizes do Alto Comissário da Organização das Nações Unidas para o enfrentamento da pandemia (OACNUDH, 2020), prevendo o seguinte:

Em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou na fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis. Barreiras para impedir que pessoas de fora acessem seus territórios devem ser rigorosamente gerenciadas para evitar qualquer contato

Houve também a observância e aplicação da Resolução nº 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre pandemia e direitos humanos nas américas (CIDH) que considerou os impactos severos quando existente contato de cidades e segmentos indígenas que vivem em isolamento voluntário, representando risco de sobrevivência a vida dos povos, considerando uma maior vulnerabilidade imunológica existente nas comunidades indígenas.

As vulnerabilidades dos povos indígenas atingem variadas vertentes e segundo Beatriz Huertas (2015, p. 6), existem os tipos de vulnerabilidades no qual os povos indígenas estão expostos, e conseqüentemente, aumentam seus riscos, procedendo de maior proteção estatal, sendo elas, conforme tradução da APIB (2020) em petição inicial no âmbito da ADPF 709:

(i) a vulnerabilidade epidemiológica, decorrente da inexistência de memória imunológica em seus organismos para defesa contra determinadas doenças – a exemplo de uma simples gripe –; (ii) a vulnerabilidade demográfica, que ocorre pela fragilidade do contingente populacional, em consequência dos números reduzidos e das grandes taxas de mortalidade decorrentes do contato; (iii) a vulnerabilidade territorial, pela contínua pressão da nossa sociedade sobre seus territórios e a estreita relação desses povos com os recursos naturais e suas respectivas cosmologias; e (iv) a vulnerabilidade política, que ocorre pela impossibilidade desses povos se manifestarem através dos mecanismos de representação comumente aceitos pelo Estado, tais como partidos políticos, associações ou assembleias.

Em relação a solicitação da criação de uma Sala de Situação para acompanhar a gestão das ações desenvolvidas pelo Poder Executivo Federal no combate à pandemia em relação aos povos indígenas em isolamento e, também, os de contato recente, garantido a participação de membros da União, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, o relator sustentou a interpretação com base em norma federal, a Portaria Conjunta nº 4.094/2018, expedida pelo Ministério da Saúde e a FUNAI, que disciplina a sua criação e no princípio da prevenção e precaução.

Quanto a composição, firmou-se o entendimento baseado na Convenção nº 169 da OIT para garantir a participação dos indicados indígenas na sala, em virtude de mencionar no Art. 25 que os serviços de saúde estruturados e organizados em nível comunitário, devendo ser planejados e administrados com a cooperação necessária dos povos indígenas.

A extensão e garantia da prestação de assistência à saúde dos povos indígenas também foi objeto de pedido por parte das entidades, tendo em vista que houve uma limitação à atuação da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI e da FUNAI a apenas indígenas aldeados, residentes em terras homologadas, negando-se o direito à saúde aos indígenas aldeados localizados em terras não homologadas e o encaminhamento dos indígenas que estejam localizados em áreas urbanas ao Sistema Único de Saúde convencional.

Esse entendimento da política pública de saúde indígena por parte do Poder Executivo Federal consiste em grave violação e discriminação a identidade dos indígenas, assentada no direito ao autorreconhecimento. Nesse diapasão, o ministro relator assenta a interpretação com base na Convenção nº 169 da OIT, que considera a consciência da identidade indígena e tribal como critério fundamental na determinação dos grupos no qual incidem a determinada norma de direito internacional, vejamos:

Artigo 1º

[...]

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

[...]

A Lei nº 8.080/1990 que disciplina os SUS, também é objeto de fundamentação, quanto a análise de seu Art. 19-A e seguintes que tratam das ações e serviços de saúde voltados ao atendimento dos povos indígenas.

Por fim, a interpretação constitucional que preponderantemente preserva os direitos indígenas, reforçando a teoria do indigenato adotado na Constituição, preservando o caráter originário dos direitos, deve levar em consideração o papel contramajoritário da Suprema Corte na proteção aos direitos fundamentais desses povos, em consonância com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, desde que, para uma maior democratização e legitimação da atuação constitucional, propicie a efetiva participação das comunidades no processo da jurisdição constitucional.

É o que faz a Suprema Corte quando reconhece a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para o manejo da ADPF nº 709 em sede do controle concentrado, superando a jurisprudência restritiva da corte, mas também quando admite a participação de *amicus curiae* que representam os povos indígenas na ação, como por exemplo, o Conselho Indigenista Missionário – CIMI, o Conselho Indígena Tapajós Arapiuns – CITA e Terra de Direitos, a Comissão Guarani Yvyrupa – CGY e a União dos Povos Indígenas do Vale do Javari – UNIVAJA, se estabelecendo como um marco na proteção dos direitos indígenas.

A interpretação constitucional que se dá pela Suprema Corte em uma função de Tribunal Constitucional para preservação dos direitos dos povos indígenas, leva em consideração a construção de uma ordem constitucional fundamentado em uma teoria democrática que considera importante a participação dos diversos atores sociais, principalmente dos povos indígenas nos processos decisórios.

Dessa forma, à prevalência da observância da constitucionalização dos direitos indígenas pela Constituição Federal de 1988 e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que da análise de casos que tramitam na jurisdição constitucional, nesse caso, na ADPF 709, são considerados importantes objetos de análise da hermenêutica constitucional do julgadores, juntamente com uma preponderância de se efetivá-la em atenção ao chamado diálogo intercultural, necessário para a reafirmação do pluralismo, do caráter emancipatório das normas insculpidas no texto da Constituição e da preservação da identidade e autodeterminação dos povos indígenas.

## 4.2 A ADPF 709 como marco na proteção dos direitos da saúde indígena

A ADPF 709 foi proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Rede Sustentabilidade – Rede, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT com objetivo de suprir falhas e omissões do Poder Público relacionadas à saúde indígena durante à pandemia da Covid-19, que implicavam sérios riscos a contaminação e, em consequência, o extermínio dos povos indígenas.

Os preceitos fundamentais violados, por essa razão, são os relativos à dignidade da pessoa humana, direito à vida, à saúde e ao direito de os povos viverem livremente em seus territórios, em consonância com suas tradições, culturas e costumes, todos esses direitos estão previstos em tratados internacionais e na Constituição Federal (Art. 1º, inciso III, 5º, caput, Art. 6º, 196 e 231).

No plano internacional, a saúde indígena encontra guarida da Convenção nº 169 da OIT em seu Artigo 25 que aduz:

Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

Nesse contexto, a convenção prevê não apenas o direito de acesso aos serviços de saúde, mas também delega a efetiva participação dos integrantes das comunidades tradicionais na organização dos serviços, bem como na prestação sob a própria gestão e responsabilidade, consagrando-se, assim, a autonomia dos povos indígenas frente aos processos decisórios que possam atingir suas vidas, sob o prisma da cooperação, sendo eles os donos do próprio destino com a efetiva proteção do Estado.

Em seu Artigo 33, também assenta que:

A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se assegurar de que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções. 2. Tais programas deverão incluir: a) o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados, das medidas previstas na presente Convenção; [...]

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2008) também confere especial proteção à saúde indígena, quando aponta no Artigo 21:

Os povos indígenas têm direito, sem qualquer discriminação, à melhora de suas condições econômicas e sociais, especialmente nas áreas da educação, emprego, capacitação e reconversão profissionais, habitação, saneamento, saúde e seguridade social.

No contexto da pandemia da Covid-19, as organizações mundiais também editaram instrumentos normativos que visavam proteger especialmente aqueles indivíduos com maior vulnerabilidade, como no caso da Organização das Nações Unidas, nas diretrizes do Alto Comissariado da ONU e, em formato regionalizado, pela Resolução nº 1 de 2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, fora garantido direitos a grupos considerados em situação especial de vulnerabilidade, devendo-se adotar medidas necessárias para atenuar os impactos causados pela pandemia da Covid-19, vale registrar os itens 38, 39, 54 e seguintes da Resolução nº 1/20, em Pandemia e Direitos Humanos nas Américas (ONU, 2020):

**“Grupos em situação de especial vulnerabilidade**

38. Considerar os enfoques diferenciados requeridos ao adotar as medidas necessárias para garantir os direitos dos grupos em situação de especial vulnerabilidade no momento de adotar medidas de atenção, tratamento e contenção da pandemia da COVID-19, bem como para mitigar os impactos diferenciados que essas medidas possam gerar. 39. Promover, a partir das mais altas autoridades, a eliminação de estigmas e estereótipos negativos que possam surgir sobre certos grupos de pessoas a partir do contexto de pandemia.

(...)

**Povos indígenas**

54. Proporcionar informação sobre a pandemia em seu idioma tradicional, estabelecendo, quando for possível, facilitadores interculturais que lhes permitam compreender de maneira clara as medidas adotadas pelo Estado e os efeitos da pandemia. 55. Respeitar de forma irrestrita o não contato com os povos e segmentos de povos indígenas em isolamento voluntário, dados os gravíssimos impactos que o contágio do vírus poderia representar para sua subsistência e sobrevivência como povo. 56. Extremar as medidas de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas no contexto da pandemia da COVID-19, levando em consideração que estes coletivos têm direito a receber uma atenção à saúde com pertinência cultural, que leve em conta os cuidados preventivos, as práticas curativas e as medicinas tradicionais. 57. Abster-se de promover iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios dos povos indígenas durante o tempo que durar a pandemia, em virtude da impossibilidade de levar adiante os processos de consulta prévia, livre e informada (devido à recomendação da OMS de adotar medidas de distanciamento social) dispostos na Convenção 169 da OIT e outros instrumentos internacionais e nacionais relevantes na matéria”.

Os dois instrumentos normativos internacionais foram utilizados para fundamentar as decisões proferidas no âmbito da ADPF nº 709 em relação a proteção da saúde e ao bem-estar indígena.

A pandemia da Covid-19 emergiu em meados de dezembro de 2019 na China, especificamente na província de Wuhan e se tornou a maior crise sanitária da história civilizatória brasileira e do planeta. Só no Brasil foram confirmados 37 milhões de casos e a ocorrência de 702.907 óbitos (BRASIL, 2023). A Organização Mundial da Saúde (2023) declarou o fim da emergência de saúde pública referente à Covid-19 em 05 de maio de 2023.

No Brasil, a condução por parte do governo pela pandemia se mostrou catastrófica e foram objetos de disputa por parte da garantia dos direitos à saúde e dos direitos sociais especialmente dos grupos vulneráveis.

Diogo F. da Rocha (2020, p. 5) apontou que foram latentes as disputas entre organizações voltadas a proteção dos direitos indígenas, dos direitos humanos e movimentos sociais, e por outro lado, grupos políticos e econômicos:

Por um lado, 5 organizações indigenistas, de defesa dos direitos humanos, da saúde pública, movimentos dos trabalhadores, organizações ligadas às igrejas e até mesmo os Ministérios Públicos têm se posicionado a respeito da urgência de se coordenar nacionalmente medidas que evitem a rápida expansão da epidemia e as consequências sociais mais imediatas, como o aumento da fome, da miséria e da vulnerabilidade dos grupos sociais a condições precárias de trabalho e vida. Por outro, há diversos grupos políticos e econômicos, especialmente aqueles ligados ao empresariado, às empresas de mineração ou certos setores das igrejas neopentecostais que pressionam a União, os estados e municípios a afrouxarem as medidas de isolamento social e permitirem que se reabram os comércios e os serviços não essenciais de modo a evitar o aprofundamento da crise econômica que o país já vivia. Mesmo diante da tragédia das mortes e falta de leitos, tais grupos querem manter ou mesmo acelerar medidas que impulsionem o neoextrativismo via quebra de direitos territoriais dos povos indígenas e quilombolas.

Desse modo, proposta a ADPF 709 pela APIB e partidos políticos no intuito de preservar os direitos indígenas voltados principalmente à questão da saúde. A Constituição Federal elencou em seu Art. 196 como um direito social de todos e dever do estado, que será garantida sua efetivação por meio de políticas públicas e econômicas que possibilitem a redução aos riscos de doenças, bem como ao acesso universal e igualitário aos serviços públicos com essa finalidade.

O direito à saúde se configura como um dos mais importantes direitos sociais previstos, também, no Art. 6º, que com o processo de evolução histórica do conceito, subtrai-se a ideia do caráter curativo para o surgimento do caráter preventivo, influenciando, sobremaneira, na da edição da Lei nº 8.080/90 que regulamentou e implementou a política de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS).

Portanto, Marcia Andrea Bühring (2016, p. 32) aduz que:

O direito à saúde é ao mesmo tempo direito de defesa, “no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular”, e direito de

prestação “impondo ao Estado à realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando para, além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde” exemplificando, tem-se o atendimento hospitalar, médico, exames, medicamentos, tudo para a realização efetiva da saúde.

Em relação à saúde indígena, os riscos causados pela pandemia da Covid-19 foram maiores, justamente por causa das vulnerabilidades que as comunidades possuem de modo diferenciado do restante da população, devendo esse direito ter especial proteção do Estado, considerando as especificidades socioculturais das comunidades, desde ao respeito aos costumes, cultura, crenças e as práticas tradicionais que evocam, também, certa peculiaridade em relação ao processo organizativo dos povos.

Não somente por isso, as comunidades indígenas sofrem com a falta de estrutura, com as invasões em suas terras, com o distanciamento dos equipamentos e centros médicos, ao passo que tais circunstâncias colaboram para agravar essas vulnerabilidades relacionadas à saúde dos povos indígenas, principalmente, durante a pandemia da Covid-19.

Nessa esteira, vale ressaltar que a vulnerabilidade epidemiológica é mais latente nas comunidades tradicionais, por justamente não possuírem as defesas imunológicas inerentes à ao vírus da covid, dado que as menores condições de proteção, conjuntamente com as omissões perpetradas pelo Estado na condução das questões voltadas a pandemia, contribuíram para o recrudescimento desse cenário.

Em seu voto no bojo da ADPF 709, o Ministro Edson Fachin (2020, p. 98) aduz que:

É notório que na história brasileira, os índios padeceram, em nome de um intento civilizatório trazido pelo homem branco, de grande sofrimento, representado pela perda de seus territórios, aprisionamento, aculturação e acometimento de graves moléstias, que chegaram a dizimar povos inteiros. Se medidas enérgicas não forem tomadas, estaremos novamente diante de um quadro de grande mortandade de grupos indígenas, o que se mostra inadmissível dentro de um regime plural e democrático, que se compromete, por meio da Carta Constitucional, a proteger a vida e as diversas formas de existências dos indígenas no País.

De fato, trata-se de um direito que exige do Estado o dever de tutela à vida e a saúde dos povos indígenas, bem como de seus territórios e suas comunidades, corroboradas pelo texto da Constituição.

Eduardo Galeano (2003, p. 35) argumenta que os vírus e bactérias foram os principais aliados, de modo eficaz, dos Europeus quando das invasões na América Latina. Vale lembrar que os primeiros movimentos voltados a institucionalização da saúde indígena no Brasil foram entre os anos de 1910 e 1967, na medida em que surgiram com a atuação do

Serviço de Proteção aos Índios (SPI), criado em 20 de junho de 1910 por meio do Decreto nº 8.072, que tinha como objetivo prestar assistência aos indígenas em todo o território nacional.

Ana Lucia de Moura Pontes (2019, p. 4) pontua que o SPI:

Tratava-se de uma atuação que, por várias décadas, envolvia apenas ações pontuais de assistência sanitária aos indígenas, como a manutenção de alguns postos com enfermeiros, realização de convênios itinerantes de prestação de assistência médica e/ou produção de levantamentos sanitários entre os grupos indígenas

O pleito da APIB no controle concentrado, por meio desta ADPF, exigia melhores condições sanitárias e o desenvolvimento de políticas públicas eficazes para a proteção da saúde dos indígenas frente à pandemia da Covid-19. A concepção do direito humano universal à saúde está intimamente ligado a questão da democracia.

Em seu célebre discurso durante a VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986, o sanitarista Sérgio Arouca (1986, p. 35) afirma que “democracia é saúde”, ao passo que, o pleno acesso as melhores condições de vida e gerais do povo em relação à saúde, perpassa ao desenvolvimento de um projeto democrático de país.

Matheus Abreu Lopes de Andrade (2022, p. 8) argumenta que:

Fica claro que a busca pela saúde e pela democracia passa pela superação da opressão e da exploração nos diversos tipos de violência (social, física, psíquica), porque a saúde, em seu sentido amplo, é conquistada via cidadania. Somente com a superação da condição de oprimido, tanto no âmbito individual quanto no coletivo, é que passa a ser possível falar-se em conquista de saúde e em melhoria dos determinantes sociais, econômicos e culturais.

Com isso, é considerável o entendimento de que não é possível a democracia em uma sociedade que se sustente em relações com intolerância, opressão, exploração entre classes e discriminação, não sendo, portanto, viável se conceber uma saúde voltada efetivamente para todas e todas enquanto tais práticas persistirem na sociedade.

Cabe lembrar que a promulgação da Constituição de 1988 permitiu que se fosse estruturado um sistema específico de saúde indígena, tendo em vista que o constituinte conferiu especial proteção aos povos indígenas, sedimentou o direito social à saúde e, com isso, proporcionou posteriormente a edição da Lei nº 9.836/88 que alterou a Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS) para inserir capítulo específico sobre o subsistema de saúde indígena.

A Lei nº 9.836/88 dispõe que o subsistema de atenção à saúde indígena compreende “as ações e serviços voltados ao atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente” (BRASIL, 1990), passando-se a integrar o Sistema Único de Saúde – SUS e surge em cumprimento com o compromisso assumido pelo Estado Brasileiro em ratificar a Convenção nº 169 da OIT.

A ADPF 709 tem o condão de representar para os povos originários um avanço nos direitos inerentes à saúde indígena, com a demarcação clara da prevalência de seus direitos originários.

A reafirmação pelo Supremo Tribunal Federal do direito de permanecerem isolados em seus modos de vida, costumes e crenças, impossibilitando o contato forçado por pessoas estranhas à comunidade, propiciando o esvaziamento na tentativa de assimilação ou da aculturação por parte de terceiros, com a devida proteção do Estado Brasileiro, tanto no âmbito da pandemia da Covid-19 mas também em relação aos demais casos relacionados à saúde, fortalece as perspectivas inerentes a esse direito social indígena, e também a ascensão dos direitos inerentes a autodeterminação, expandindo o significado da identidade cultural dos povos.

Por essa razão, o precedente aberto pela ADPF 709 com o debate em torno da saúde dos grupos indígenas, aliada ao reconhecimento do direito de atuação no controle concentrado pela entidade, representou um avanço na sedimentação e reafirmação dos direitos indígenas previstos tanto na Constituição Federal, bem como nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal e constitucional.

Por todo o exposto, a ADPF 709, representou um marco nos direitos indígenas, especialmente no direito à saúde, pois permitiu que os próprios povos participassem de forma direta na cobrança de formulação de políticas públicas frente à omissão do Poder Público em relação a pandemia, garantindo a efetiva participação da entidade nos espaços institucionais criados como mecanismos de formulação de estratégias para a proteção da saúde destinadas as comunidades, corroborando-se em um verdadeiro processo democrático situado no âmbito da jurisdição constitucional do STF.

## 5 RESULTADOS FINAIS

A estrutura do Estado foi pensada, historicamente, para atender aos interesses das elites econômicas e financeira, isso se deu, desde o processo do período da escravidão até o estado moderno, com a perpetuação das violações de direitos humanos dos grupos marginalizados.

A construção jurisprudencial defensiva produzida no Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, que qualifica como entidade de âmbito nacional apenas aquelas que representam grupos econômicos ou categorias profissionais específicas, demonstra que o modelo de estado e acesso à jurisdição constitucional da Suprema Corte foi produzido para possibilitarem atuação apenas desses grupos, dificultando o acesso pelas organizações que representam grupos vulneráveis e suas respectivas demandas.

A criação do instituto da pertinência temática foi um dos argumentos utilizados pela corte para proceder com a restrição de acesso à jurisdição, ante a inexistência de qualquer norma nesse sentido, apenas valendo-se de aspecto interpretativo que não encontra, como mencionado, fundamento no texto da constituição.

Com isso, o problema apresentado se dava juntamente por entender as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a construir uma jurisprudência defensiva que dificultava o acesso à Jurisdição Constitucional pelas entidades e organizações sociais que atuam em defesa dos direitos das minorias.

Os povos indígenas no Brasil, nesse caso, foram conquistando seus espaços através das lutas que foram travadas ao longo da história e encontram no Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal, mais uma arena de disputa na defesa dos seus direitos.

O direito à saúde dos povos indígenas, compreendidos tanto por tratados e convenções de direito internacional quanto pela jurisprudência assentada na Suprema Corte, enquanto grupos populacionais especialmente vulneráveis, foram a principal reivindicação de proteção pela entidade durante o julgamento da ADPF 709, por justamente terem maior vulnerabilidade.

No contexto da pandemia da Covid-19 a vulnerabilidade dos indígenas se mostrou mais latentes em relação ao restante da população, em virtude de diversas peculiaridades geográficas, sociais e imunológicas que atingem as comunidades, considerando que o rastro de destruição deixado pelo contexto pandêmico nas cidades eram relativamente menos grave do que em relação aos indígenas. Por essa razão, necessitava de proteção especial diante das

omissões perpetradas pelo Poder Executivo Federal em relação à preservação de seus direitos fundamentais.

A legitimidade na jurisdição constitucional desempenha uma garantia para que grupos vulneráveis, especialmente aqueles que sofrem as decorrências do poder político majoritário, possam resguardar seus direitos fundamentais e participem, efetivamente, do processo democrático de construção social, também perpassado dentro da institucionalidade da Suprema Corte.

Nesse sentido, a demanda dos povos indígenas por proteção aos direitos à saúde, à dignidade humana, à vida e à permanência em seus territórios tradicionalmente ocupados, com o devido isolamento por meio de barreiras sanitárias e proibição de ingresso de terceiros não pertencentes às comunidades, durante à pandemia da Covid-19, no âmbito da ADPF 709, que possibilitou o acesso necessário aos instrumentos do Poder Judiciário, especialmente ao controle concentrado e reconheceu a legitimidade ativa da APIB, foi um avanço civilizatório em relação aos direitos fundamentais dos indígenas.

A resposta alcançada e que foi importante na mudança de entendimento da Suprema Corte em relação ao conceito de entidade de classe se deu com a reafirmação do tribunal em seu papel contramajoritário e que não poderia se omitir diante dos processos que as minorias sofriam em relação aos seus direitos. Superando a compreensão meramente econômica e profissional e incluído as entidades ligadas às defesas dos direitos das minorias, com o reconhecimento da legitimidade ativa da APIB pelo plenário da corte.

A reafirmação, pela Suprema Corte dos direitos originários constantes na Constituição Federal e em convenções e tratados internacionais de direitos humanos representam um marco na luta dos povos indígenas. Mas não é só, a dificuldade enfrentada durante à pandemia da Covid-19, com os consequentes ataques aos seus direitos que ainda perduram até hoje, demonstram que a luta está longe do fim, mas, diante da história, constatou-se que somente a partir dela é que a efetiva proteção prevalecerá.

Por essa razão, a mudança de jurisprudência pelo STF confere à sociedade civil um papel de protagonista, sendo compreendida enquanto figuras ativas nos processos decisórios e de interpretação da Constituição, deixando de lado a função de mera expectadora, tanto do processo quanto dos debates travados em torno de questões que lhe diziam respeito.

Com o STF prevalecendo o entendimento firmado sobre a legitimidade ativa entidades representativas de minorias, caminhará para facilitar cada vez para dar voz aqueles que tem sido muitas vezes silenciado quando da reivindicação de seus direitos, dando voz a quem não tem voz.

## REFERÊNCIAS

8ª Conferência Nacional de Saúde. 17 a 21 de março de 1986. p. 35. Disponível em: <[http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf\\_nac\\_anais.pdf](http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf)> Acesso em 05 de junho de 2023.

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 921, p. 191-214, 2012.

ABBOUD, Georges. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP. TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. 2ª Edição. Editora PUCSP. 2022.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005,. p. 234.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. **Migalhas Jurídicas**, 2014.

BARROSO, L.R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito. UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297)>. Acesso em: 07 de setembro.2019.

BENVIDO, Juliano Zaiden.; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos**

**direitos Fundamentais.** Universidade de Brasília. 2014. (Relatório de Pesquisa financiada pela CAPES)

BERMAN, J. G. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. *Direito Público*, [S.L], v.7, n.32, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1742>. Acesso em: 17 de maio, 2023.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013. p. 195.

BRANDAO, Rodrigo. NUNES, Daniel Capecchi. **O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade.** *Revista de Direito da Cidade*. Vol. 10, nº 1, ISSN 2317-7721. p. 164-196. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão do Ministro Roberto Barroso). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF. Requerentes: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e PSB, PSOL, PCdoB, REDE, PT, PDT. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF. Requerentes: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e PSB, PSOL, PCdoB, REDE, PT, PDT. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, julgado em: 05 ago. 2020, DJe: 07 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.836 de 23 de setembro de 1999. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19836.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19836.htm)> Acesso em: 05 de junho de 2023.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Democracia, Participação e Processo. In **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo S. (Org.). Direito fundamental à saúde: uma experiência compartilhada. BUHRING, Marcia Andrea. Direito Fundamental à Saúde e o Sistema Único. Brasília: IDP, p. 32. 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/343>>. Acesso em: 05 jun. 2023.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, Ano. 6, n. 10. p. 5. São Paulo. 2009.

DE ANDRADE, M. A. L. .; NICHELE, C. da S. T. .; FERREIRA, A. P. Jurisdição constitucional do STF nas ações diretas: a legitimidade ativa dos povos indígenas no controle de constitucionalidade. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, [S. l.], v. 10, n. 20, p. e13429, 2022. DOI: 10.21527/2317-5389.2022.20.13429. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/13429>. Acesso em: 6 jun. 2023.

DINO, Natália Albuquerque. 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. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 13 – n. 42-43, p. 481-520 – jan./dez. 2014.

.DOI: 10.22477/rdj.v109i1.164. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164>. Acesso em: 6 jun. 2023.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 106-115.

FEIJÓ, J. H. da C. S. A capacidade civil indígena. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 8, n. 28, p. 209–228, 2014. DOI: 10.30899/dfj.v8i28.203. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/203>. Acesso em: 6 jun. 2023.

FONSECA, Letícia de Assis. **A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal: análise da decisão que equiparou a união homoafetiva à união estável (ADPF 132 e ADI 4.277)**. 2013. Pag. 52. 68 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina**. 23ª ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Catálogos, 2007, p. 35.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Podivm, 2016, p. 188-189.

Guimarães, Livia Gil. **A participação social no STF: repensando o papel das audiências públicas**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 11, n. 01, 2020, p. 245-246.

GRECO, L. **Estudos de Direito Processual**. Campos de Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HÄBERLE, P. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución. **Revista Academia**, v. 6, n. 11, p. 29-61, 2008.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional—A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. **Direito Público**, v. 11, n. 60, p. 25-50, 2014.

HEEMANN, T. A. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 109, n. 1, p. 5–18, 2018

HUERTAS. Corredor Territorial de Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial Pano, Arawak y otros. FENAMAD 2015. Disponível em: <<http://cpiacre.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Corredor-Territorial-de-Pueblos-Indi%CC%81genas-en-Aislamiento-y-Contacto-Inicial-Pano-Arawak-y-otros-2015.pdf>>

JUNIOR, João Mendes. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos**. Typ Hennies Irmãos. Rua Riachuelo, 14 a 16, São Paulo. 1912.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 150-151.

LEAL, M. C. H.; STEIN, L. K. A POLÊMICA EM TORNO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL INCIDENTAL: EXISTÊNCIA, LOCALIZAÇÃO E EFICÁCIA. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 14, n. 2, p. 147–174, 2009. DOI: 10.14210/nej.v14n2.p147-174. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1772>. Acesso em: 23 maio. 2023.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Amicus curiae”: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**. nº 153. Jan. Brasília. 2002.

MEDEIROS, Oriene Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50. nº 200. Ed. Senado Federal, 2013.

MEDEIROS, Vera Maria Alécio Brasil. **Da jurisdição constitucional: uma análise da concretização dos direitos fundamentais à luz da hermenêutica constitucional**. 2006. 227 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Laura Fernanda Melo. **Autodeterminação indígena e megaprojetos econômicos: o desafio do diálogo intercultural no Brasil**. 2022. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus (AM), 2022.

NAKAMURA, Erick Kiyoshi. **Os direitos indígenas em disputa na ADPF 709: Há caminhos possíveis na jurisdição constitucional?** IDP Law Review, 1 (n.2). Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5867>.

NEME, E. F.; CIONE, L. B. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO APTO PARA DAR FORÇA À CONSTITUIÇÃO. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 6, 2018. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1279>. Acesso em: 22 maio. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 169. 1989.

Painel Geral – Coronavírus Brasil. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>> Acesso em: 05 de junho de 2023.

PONTES, Ana Lucia de Moura et al. Diálogos entre indigenismo e Reforma Sanitária: bases discursivas da criação do subsistema de saúde indígena. **Saúde em Debate**, v. 43, p. 146-159, 2020.

Resolução nº 1/2020. Comissão Interamericana de Direito Humanos. Aprovada em 10 de abril de 2020. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>> . Acesso em 06 de junho de 2023.

ROCHA, Diogo F. da; PORTO, Marcelo Firpo S. **A vulnerabilização dos povos indígenas frente ao COVID-19: autoritarismo político e a economia predatória do garimpo e da**

**mineração como expressão de um colonialismo persistente.** Observatório Covid-19 Fiocruz, Rio de Janeiro, p. 1-17, 2020.

SANTORO, Raquel Botelho. **A atuação do Supremo Tribunal Federal na efetividade plena dos direitos fundamentais: análise crítica da jurisprudência recente.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, p. 70. 2013.

SANTOS, Marcos André Couto; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: limites e finalidades do Instituto no Direito Constitucional Brasileiro.** 2003. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, jun. de 1997. Disponível em:<[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>. Acesso em: 05 junho de 2023.

SARMENTO, Daniel. **A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos: análise da mudança jurisprudência na ADPF 709 e os novos desafios.** Jota. 2020.

SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 36ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1982; 8ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

SILVA, Julianne Holder da Câmara. A legitimidade do uso da terra indígena a partir do protagonismo dos povos indígenas. 2019. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WATANABE, K. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.