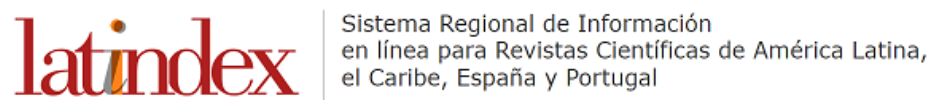




Caminhos para a Sustentabilidade: Contribuições do Direito desde uma Perspectiva Crítica e Interdisciplinar



A AGENDA 2030: A CONSTRUÇÃO OU CRISTALIZAÇÃO DE UMA ASPIRAÇÃO?

Janny Carrasco Medina, Leandra Dias Melo Azevedo

SEGURANÇA E DIREITO ALIMENTAR PELAS VEREDAS DA AGROECOLOGIA

Gernardes Silva Andrade, Gabrielle Jacobi Kölling, Sandra Regina Martini,
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

TRABALHO REMOTO NA PERSPECTIVA DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 8 da ONU

Camila Lins Rodrigues, Valéria Santos Araújo, Larissa Jorge Ferreira Torquato

SUSTENTABILIDADE: PROTEÇÃO DO SUJEITO PELO EMPREGO PRINCIPALISTA DA BIOÉTICA NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Luna Stipp, Bruna Guesso Scarmagnan Pavelski

DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE: A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dirceu Pereira Siqueira, Juvêncio Borges Silva, Bruna Caroline Lima de Souza

A RETÓRICA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA IMPLEMENTAÇÃO DA LOGÍSTICA REVERSA

João Hélio Ferreira Pes

ANÁLISE DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA INTERFEDERATIVA À LUZ DA AGENDA 2030

Josué Mastrodi Neto, Maria Eduarda Ardinghi Brollo

ENERGIA E DIREITO REGULATÓRIO SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O DESCOMISSIONAMENTO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL

Clarissa Kowarski, Marilda Rosado

A FRAGMENTAÇÃO E A DISPENSA DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO DESAFIOS À EFICÁCIA JURÍDICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL E HÍDRICA NO DISTRITO FEDERAL

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes, Nathalia Peres Bernardes

DEMOCRACIA, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E ESTATUTO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS

Maren Guimarães Taborda, Vanêsa Prestes

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 7 N. 2 (mai./ago. 2023) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Quadrimestral. 2023.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Law Journal

Revista vinculada ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

Maio – Agosto de 2023, volume 7, número 2

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

EDITORES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Evandro Piza Duarte

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Fabiano Hartmann Peixoto

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Janaína Lima Penalva da Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcelo da Costa Pinto Neves

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Othon de Azevedo Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Simone Rodrigues Pinto

CONSELHO CIENTÍFICO

Universität Bielefeld, Alemanha – Ifons Bora

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil – Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil – Ana Lúcia Sabadell

Universidade de Connecticut, Estados Unidos – Ángel Oquendo

Universidade de Glasgow, Escócia – Emiliós Christodoulidis

Universidade Federal de Goiás, Brasil – Francisco Mata Machado Tavares

Universität Flensburg – Hauke Brunkhorst

University of Luxembourg, Luxemburgo – Johan van der Walt

Universidade Agostinho Neto, Angola – José Octávio Serra Van-Dúnem

University of Glasgow – Johan van der Walt

Universidade de Helsinque – Finlândia Kimmo Nuotio

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil – Leonel Severo Rocha

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil – Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira

Universidade Meiji, Japão – Masayuski Murayama

Universidade Clássica de Lisboa, Portugal – Miguel Nogueira de Brito

Universidade Federal do Piauí, Brasil – Nelson Juliano Cardoso Matos

Universidade Federal do Pará, Brasil – Paulo Weyl

Universidade Católica de Santos, Brasil – Olavo Bittencourt Neto

Universidad de Los Andes, Colômbia – René Fernando Urueña Hernandez

Universidade Federal de Uberlândia, Brasil – Thiago Paluma

Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha – Thomas Vesting

Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil – Valesca Raizer Borges Moschen

Universidade de São Paulo, Brasil – Virgílio Afonso da Silva

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

EQUIPE DE REVISÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleomara Elena Nímia S. Moura

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Bárbara Luize Santos Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleomara Elena Nímia S. Moura

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Gabriel Teles Pontes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Thaís Cristina Freitas Marques

DIAGRAMAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleomara Elena Nímia S. Moura

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos C. Farias

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

ASSISTENTES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Kelly Martins Bezerra

CAPA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

IMAGEM

RosZie por Pixabay, disponível em <https://pixabay.com/pt/photos/economize-energia-economia-de-energia-7382279/>

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Journal Law

V. 07, N. 02

Maio - Agosto, 2023

SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL	11
Inez Lopes	
AGRADECIMENTOS	17
Inez Lopes	
DOSSIÊ TEMÁTICO	20
A AGENDA 2030: A CONSTRUÇÃO OU CRISTALIZAÇÃO DE UMA ASPIRAÇÃO?	21
Janny Carrasco Medina Leandra Dias Melo Azevedo	
SEGURANÇA E DIREITO ALIMENTAR PELAS VEREDAS DA AGROECOLOGIA	43
Gernardes Silva Andrade Gabrielle Jacobi Kölling Sandra Regina Martini Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega	
TRABALHO REMOTO NA PERSPECTIVA DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 8 DA ONU	75
Camila Lins Rodrigues Valéria Santos Araújo Larissa Jorge Ferreira Torquato	
SUSTENTABILIDADE: PROTEÇÃO DO SUJEITO PELO EMPREGO PRINCIPALISTA DA BIOÉTICA NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	99
Luna Stipp Bruna Guesso Scarmagnan Pavelski	

DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE: A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	121
Dirceu Pereira Siqueira Juvêncio Borges Silva Caroline Lima de Souza	
ANÁLISE DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA INTERFEDERATIVA À LUZ DA AGENDA 2030	143
Josué Mastrodi Neto Maria Eduarda Ardinghi Brollo	
A RETÓRICA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA IMPLEMENTAÇÃO DA LOGÍSTICA REVERSA	169
João Hélio Ferreira Pes	
A ENERGIA E DIREITO REGULATÓRIO SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O DESCOMISSIONAMENTO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL	189
Clarissa Brandão Kowarski Marilda Rosado de Sá Ribeiro	
A FRAGMENTAÇÃO E A DISPENSA DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO DESAFIOS À EFICÁCIA JURÍDICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL E HÍDRICA NO DISTRITO FEDERAL	217
Gabriela Garcia Batista Lima Moraes Nathalia Peres Bernardes	
DEMOCRACIA, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E ESTATUTO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS	251
Maren Guimarães Taborda Vanesca Buzelato Prestes	



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

DEMOCRACIA, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E ESTATUTO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS

DEMOCRACY, ENVIRONMENTAL PROTECTION AND CONSTITUTIONAL STATUTE OF INDIGENOUS PEOPLES

Recebido: 03/03/2023

Aceito: 18/08/2023

MAREN GUIMARÃES TABORDA

Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela UCLM - Universidad Castilla La Mancha. Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procuradora do Município de Porto Alegre (inativa).

E-mail: tabordamaren@yahoo.com.br

 <https://orcid.org/0000-0002-2947-7983>

VANESCA BUZELATO PRESTES

Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do RGS – PUCRS. Doutora em “Forme Dell’ Evoluzione Del Diritto” pela Università Del Salento/Itália. Especialista em Direito Municipal pela Faculdade Ritter do Reis/ESDM. Diretora da ESDM - Escola Superior de Direito Municipal. Coordenadora geral do projeto “Direito e Mudanças Climáticas nos Países Amazônicos”, do Instituto O Direito por um Planeta Verde, da qual é Secretária Geral. Procuradora do Município de Porto Alegre (inativa).

Advogada e consultora jurídica, com ênfase em Direito Urbanístico, Ambiental, Municipal e Regularização Fundiária

E-mail: vanescaprestes@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0008-3019-8165>

RESUMO

Trata o presente ensaio de demonstrar que a sustentabilidade institucional no Brasil depende da construção de instituições eficazes de proteção ao meio ambiente e aos povos originários, nos termos daquilo que foi objeto de deliberação prévia pela Constituição. Para atingir o objetivo, foram explicitados os fundamentos políticos da democracia moderna, para, a seguir, discorrer sobre o vínculo necessário entre proteção ambiental, participação popular e estatuto indígena, analisando-se casos concretos submetidos ao STF, ainda em aberto, que concretizam tais descrições e diferenciações. O caminho utilizado foi o dedutivo, pois, primeiro, fixa as distinções feitas pela filosofia política, pela teoria social e pela dogmática constitucional, de modo geral, para só então aplicá-las na observação de casos concretos. Os procedimentos, comparativos de posições teóricas e de decisões judiciais. Conclusões parciais foram sendo fixadas ao longo do texto, para restarem alinhavadas ao final.

Palavras-chave: Sustentabilidade Institucional; Democracia; Proteção Ambiental; Estatuto Indígena.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

This essay is about demonstrating that institutional sustainability in Brazil depends on the construction of effective institutions to protect the environment and native peoples, in terms of what was the object of prior deliberation by the Constitution. To achieve the objective, the political foundations of modern democracy were made explicit, to then discuss the necessary link between environmental protection, popular participation and indigenous status, analyzing concrete cases submitted to the STF, still open, that materialize such descriptions and differentiations. The path used was the deductive one, since, first, it fixes the distinctions made by political philosophy, by social theory and by constitutional dogmatics, in general, to only then apply them in the observation of concrete cases. The procedures, comparison of theoretical positions and judicial decisions. Partial conclusions were fixed throughout the text, to remain stitched at the end.

Keywords: institutional Sustainability; Democracy; Environmental Protection; Indigenous Status.

1. INTRODUÇÃO

No momento em que estas páginas são escritas, o Brasil é o epicentro de tragédia humanitária de dimensões globais - a crise *Yanomami*. Os meios de comunicação do país estão mostrando aos brasileiros que a guerra aos povos originários ainda está em curso, com a destruição contínua de sua cultura e *habitat*, perpetuando-se a lógica escravagista e genocida. Faz mais de 400 anos que seus corpos são saqueados e transmigrados¹. Tais

1 Sobre a contínua escravização e genocídio na América, é ampla a bibliografia. Literatura histórica dos últimos 30 anos, contém sínteses, valiosas, por exemplo: ALENCASTRO, Luiz Felipe. **O Trato dos Viventes. Formação do Brasil no Atlântico Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000; BUENO, Eduardo. **A Coroa, a Cruz e a Espada. Lei, ordem e corrupção no Brasil Colônia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006; BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil. A saga dos Primeiros Colonizadores**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999; CROWLEY, Roger. **Conquistadores. Como Portugal forjou o primeiro império global**. São Paulo: Planeta, 2016; DORIA, Pedro. **1565. Enquanto o Brasil nascia**. A aventura de portugueses, franceses, índios e negros da fundação do País. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 201; FITZ, Francisco García. **La Edad Media. Guerra e ideología. Justificaciones religiosas y jurídicas**. Madrid: Sílex, 2003; FRAGOSO, João Luís Ribeiro, CARVALHO DE ALMEIDA, Carla Maria, SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá (Org.). **Conquistadores & Negociantes. História das Elites no Antigo Regime nos trópicos. América Lusa, séculos XVI a XVIII**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007; GOMES, Laurentino. **Escravidão**. Vol. 1.1ª. |Ed., Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019; GUARACY, Thales. **A criação do Brasil 1600-1700: como uma geração de desbravadores desafiou coroas, religiões e fronteiras, dando ao país 5 dos seus 8,5 milhões de m2 e ilimitadas ambições de grandeza**. São Paulo: Planeta, 2018; MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra. Índios e bandeirantes nas origens de São Paulo**. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2022; PAGE, Martin. **A primeira aldeia global. Como Portugal mudou o mundo**. 15ª. ed. Lisboa: Casa das Letras, 2016; WEFORT, Francisco. **Espada, Cobiça e Fé. As origens do Brasil**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

eventos podem ser observados como uma “trama” que relaciona inclusão universal de todos no sistema da política, viabilizada pelo sistema de direitos fundamentais, a crise do Estado como lugar da centralização das decisões e governo da diversidade e a proteção do Meio Ambiente, a partir da ideia de democracia, uma aquisição evolutiva do sistema da política².

Examinando-se o conteúdo do documento da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável³, adotado em setembro de 2015, observa-se que, dentre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas, envolvendo temáticas diversificadas, está a promoção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas e a *construção de instituições eficazes, isto é, de meios de implementação* (objetivo 16). Os subitens 16.3 (promoção do Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantia da igualdade de acesso à justiça, para todos), 16.6 (desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis), 16.7 (garantia de tomada de decisões responsivas, inclusivas, participativas e representativas em todos os níveis), 16.10 (garantia do acesso público à informação e proteção de liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais) e 16.b (promoção e execução de leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável), estão, *todos*, vinculados ao conceito mesmo de democracia, como diferenciado pela teoria jurídica e pela teoria política.

Com efeito⁴, subjaz ao documento a compreensão de que não há democracia sem publicidade do processo político, porque ela depende, em última instância, de cidadãos ativos, responsáveis e informados, que possam legitimar e controlar a ação dos governos. Em última análise, a democracia depende de instituições, de condições fáticas e jurídicas, e fundamentalmente, no caso brasileiro, de concretização da Constituição a partir de si mesma, isto é, dos princípios jurídicos, regras e valores que nela estão insculpidos. Assim, questões de acesso à informação e à deliberação democrática, ou de proteção ao meio ambiente e a construção de um estatuto dos povos originários, são de estruturação do Estado e não de deliberação independente.

Na segunda metade do século XX, com a ampliação dos limites temporais e espaciais, a confusão dos planos nacional e internacional, o decaimento do princípio da hierarquia normativa e forte dependência do conhecimento científico e a variação das fontes de legitimidade do ordenamento jurídico, pensar sobre a contribuição do direito

2 DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 41.

3 BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). **Ministério das Relações Exteriores**, 2022. Disponível in: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>, acesso em 22fev2023.

4 BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). **Ministério das Relações Exteriores**, 2022. Disponível in: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>, acesso em 22fev2023.

para os caminhos para a sustentabilidade implica adotar as estratégias da filosofia política e da sociologia para descrever as relações entre a política (poder) e o direito (ordem legal), que enxergam uma cisão entre indivíduo (ser humano) e Sociedade.

Considerando característica básica da sociedade mundial contemporânea a sua fragmentação, em que há não só a diferenciação dos sistemas sociais, mas, sobretudo, a “tendência expansiva da política e de outros subsistemas sociais”⁵, objetivo deste ensaio demonstrar que a sustentabilidade institucional no Brasil depende da construção de instituições eficazes de proteção ao meio ambiente e aos povos originários, nos termos daquilo que foi objeto de deliberação prévia pela Constituição, incluindo a concretização e densificação das normas constitucionais a partir “de si mesmas”. Para atingir tal desiderato, inventariou-se, sumariamente, os fundamentos políticos da democracia moderna (1), para, a seguir, fazer-se a discussão sobre o vínculo necessário entre proteção ambiental, participação popular e estatuto indígena, analisando-se casos concretos submetidos à cognição da Justiça Constitucional que, com sucessivas descrições e diferenciações, a partir de distinções, pode orientar processos de decisão (política/administrativa ou judicial) (2). O caminho utilizado foi o dedutivo, pois, primeiro, fixa as distinções feitas pela filosofia política, pela teoria social e pela dogmática constitucional, de modo geral, para só então aplicá-las na observação de casos concretos. Os procedimentos são comparativos de posições teóricas e de decisões judiciais.

2. LIBERDADE, PARTICIPAÇÃO POLÍTICA, PODER VISÍVEL E ESPECIALIZAÇÃO FUNCIONAL: OS FUNDAMENTOS POLÍTICOS DA DEMOCRACIA MODERNA

O ponto de partida para a reflexão moderna sobre a democracia é o indivíduo como sujeito de vontade racional. O indivíduo racional deve reconhecer na vontade geral a sua vontade individual, contribuição para a formação daquela (a liberdade como autonomia). O pensamento político é representativo de *per se*: o poder não é propriedade de um

5 TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 13

indivíduo, pertence a um grupo. Quando se diz que alguém está no poder, só estamos referindo ao fato de que ele foi empossado pelos demais, para agir em seu nome⁶. Assim, a regra é a representação e a participação direta, a exceção. Isso é fruto de uma longa evolução do sistema da política, que relaciona liberdade, participação política, poder visível e especialização funcional, a seguir sintetizada.

2.1 Da natureza do regime do regime democrático (sistema político)

No centro da ideia de democracia (ou *res publica*), tal como inicialmente formulado no mundo helênico, está a noção de governo das classes médias ou da maioria (*demos* ou *populus*) e a garantia da liberdade do cidadão, por meio da participação na vida pública⁷, cujo fundamento estava “no consentimento jurídico e na utilidade comum”⁸. Assim, nas sociedades gregas antigas e em Roma, democracia ou *res publica* era o regime político em que o cidadão, o indivíduo, podia decidir, pois participava diretamente do poder, ainda que o cidadão de uma democracia fosse diverso do de uma oligarquia. Para o exercício do poder, no entanto, decidia-se escolhendo representantes (magistrados), às vezes até por sorteio, de modo a participar do poder também por essa via. Então, a democracia dos antigos representava o poder do *demos* (*populus*). A participação direta, era a regra; a representação, a exceção.

O jusracionalismo inverteu essa perspectiva, que restou consolidada na obra de Montesquieu, segundo a qual se, nos estados livres, é o povo quem possui o poder legislativo, e nos grandes estados é impossível que o povo faça leis diretamente, é conveniente que o faça através de seus representantes⁹. O corpo de representantes é escolhido não para tomar resoluções “mas, sim, para fazer leis ou para ver se as que fez são bem executadas”. Na *Metafísica dos Costumes*, Kant assevera que, dentre os atributos jurídicos de um cidadão no Estado (*civitas*) estão “a liberdade legal de não obedecer a nenhuma lei além daquela à qual deu seu consentimento; a igualdade civil, é dizer não reconhecer nenhum superior no povo, só aquele que tem a capacidade moral de obrigar juridicamente do mesmo modo que este pode obrigar-se a ele”¹⁰. Na *Paz Perpétua*,

6 ARENDT, Hannah. **Poder e Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 26.

7 ARISTÓTELES, **Política**. Lisboa: Vega, 1998. Livro III, 1, 25, verbis: “(...) melhor critério para definir o que é cidadão, em sentido estrito, é entender a cidadania como a capacidade de participar da administração da justiça e do governo”, p. 187

8 CÍCERO. República, Livro I, XXV. In: **Os Pensadores**. Abril Cultural, São Paulo, 1980, p. 137-180, p. 147.

9 MONTESQUIEU. De l'esprit des lois (EL, XI, VI). KRIEGEL, BLANDINE. **Textes de Philosophie Politique Classique**. Coleção **Que sais-je?** Paris: Presse Universitaires de France, 1993, pp. 90-101, p. 94.

10 KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 143.

retoma esses conceitos, para voltar a afirmar que a *res publica* está fundada segundo os princípios da liberdade, da dependência de todos em relação a uma legislação comum e da igualdade e para fazer a distinção entre *res publica* e democracia: democracia é uma das formas que pode assumir a soberania, e república é forma de regime, referindo-se ao modo como o Estado faz uso da plenitude de seu poder¹¹.

Segundo isso, o desenvolvimento do tema “participação política”, nos últimos 50 anos, está relacionado à tentativa de fazer coincidir, o máximo possível, a realidade social e o centro das decisões políticas e administrativas, em um processo de “expansão progressiva e <quotidiana> do princípio da soberania popular, de modo a facilitar a integração, no aparelho do Estado, das forças sociais que dele estão excluídas”¹². Tal concepção procedimental de democracia (conjunto de regras que tendem a preservar a liberdade dos indivíduos na tomada de decisões) pressupõe que o governo do “povo” é o governo da maioria, e, por “povo” - sujeito da democracia -, entende os destinatários da ordem jurídica (“a totalidade dos indivíduos submetidos à ordem jurídica”) que participam da criação do governo, diretamente pela assembleia desses indivíduos ou indiretamente por seus representantes¹³. *É justamente nesta função de participação na criação da ordem estatal que reside a ideia de democracia.* Como nem todo o “povo” possui direitos políticos, só aqueles que são cidadãos conseguem atuar no processo político, ocorrendo a inevitável diferenciação entre o “povo ativo” e o conjunto de indivíduos submetidos à ordem jurídica¹⁴.

Bovero, ao refletir sobre o regime democrático, distingue ‘democracia liberal’ e ‘democracia socialista’ concluindo que, em princípio, os valores sobre os quais se funda a democracia são, essencialmente, liberais (quatro grandes liberdades de Bobbio), quais sejam: liberdade pessoal, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de reunião e liberdade de associação¹⁵. Mas ele esclarece que essas quatro liberdades somente são possíveis a partir do respeito às necessidades primárias, conforme pugnado pelos valores socialistas, pois, se assim não for, as liberdades somente serão usufruídas por poucos privilegiados, de modo que, para se chegar à democracia formal (não aparente) buscada, as condições a serem observadas são de natureza liberal-socialista.

11 KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 130.

12 SAVIGNANO, Aristide. Partecipazioni, *In: Enciclopedia del Diritto*, Volume XXXII. Milano: Giuffrè, 1982, p. 2.

13 BARZOTTO, Luís Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 144.

14 KELSEN, Hans. Essência e Valor da Democracia e Fundamentos da Democracia, *in: A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 37.

15 BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática democrática**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, pp. 48-49.

Na realidade do Brasil, o Estado Democrático Brasileiro, instituído pela Constituição de 1988, nunca foi para todos: há uma multidão de excluídos do poder, que só é chamada em períodos eleitorais, como que para referendar um estado de coisas apenas formal. Essa ausência de “povo” na democracia é explicada, pela filosofia política¹⁶, Essa ausência de “povo” na democracia é explicada, pela filosofia política, com a tese da encriptação do poder, pois esta descreve a democracia como um simulacro, em que se reconhecem direitos e se os nega, ao mesmo tempo, de forma parcial ou total e automática, em razão da instrumentalidade do direito pelo poder constituído. A democracia é simulada para privilegiar o poder econômico e político, de modo que a chamada encriptação a desarticula politicamente, reduzindo os conflitos às formas jurídicas, retirando do povo a capacidade de discutir política e juridicamente os conflitos. Há, no caso, a operacionalização das formas para a dominação e ocultação do poder popular. Ricardo Restrepo indica que a tal ocultamento (encriptação) supõe, primeiro, o entrelaçamento progressivo da linguagem e da interpretação que constituem a realidade mesma; para além disso, arrebatada a realidade de sentido e saberes comuns para convertê-los em “capital exclusivo” de especialistas e, por último, produz o deslocamento das decisões dos foros politicamente abertos para foros especializados, subtraídos de responsabilidade na discussão pública, fazendo com que os atos de poder sejam visíveis, mas não inteligíveis.

Tal teoria, em que pese ser uma ontologia da filosofia política, dialoga com as teses do chamado pensamento decolonial, que advoga ter o capitalismo e o colonialismo imprimido “uma dinâmica histórica de dominação política e cultural submetendo à sua visão etnocêntrica o conhecimento do mundo, do sentido da vida e das práticas sociais”¹⁷, pois, nos dois casos, discute-se, criticamente, a capacidade das constituições de assimilar o social e o político em contínuo processo de interação social. Em nosso país, a Constituição tem falhado em impor seu código aos demais sistemas sociais, principalmente ao sistema político e ao sistema econômico. A indiferenciação funcional pode levar à destruição da democracia, e, por isso, é necessário verificar, ainda que sinteticamente, no que consiste a divisão funcional, em termos de filosofia (teoria)

16 Assim, BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática democrática; RESTREPO, Ricardo Sainz. **Teoría Crítica Constitucional: la democracia en la enésima potencia**. 1ª. Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 207; NEGRI, Antonio. **Le pouvoir constituant**. Essai sur les alternatives de la modernité. Paris: Presse Universitaire de France – PUF, 1992, p.1-2; MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Edição Especial. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000; HOLMES, Stephen. Linajes del Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (Coord). **Más allá del acceso a la información. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho**. México: Siglo XXI, 2008, pp. 36-38.

17 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. O conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado: um olhar para o pluralismo jurídico. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes (orgs). **Constitucionalismo, decolonización y pluralismo jurídico en America Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis. USFC-NEPE, 2015, pp; 195 a 216. Disponível in: http://www.ppgdireito.ufc.br/public_html/images/Renato/Constitucionalismo%20descolonizacin.pdf, acessado em 02jun2022.

política, como segue.

2.2 A separação funcional como elemento da Constituição Democrática

Uma das funções da Constituição é disponibilizar institutos normativos que servem à garantia das estruturas e operações de outros sistemas sociais e institutos constitucionais para a eleição política, divisão de poderes e diferenciação entre política e administração¹⁸. Inovação institucional do Constitucionalismo (evolução do Humanismo), correlato à ideia de Estado de Direito como previsibilidade na aplicação da lei e igualdade de todos perante a lei, a separação funcional (mecanismo reflexivo próprio do direito), permite que os poderosos deleguem poderes específicos, como aqueles que podem incentivar “ódios e ressentimentos perduráveis”¹⁹, garantindo-se, com isso, vantagens de caráter político, como a redução da responsabilidade. Por isso, é melhor para os políticos renunciar ao poder judicial, pois este não estimula lealdades nem mobiliza apoio político.

A doutrina da divisão e/ou separação dos poderes do Estado se impôs, ao combater “a prática de concentração dos poderes típica do absolutismo, para ser depois recorrentemente desafiada, com variada sorte, pelas doutrinas e pelas práticas de várias formas de poder autoritário e totalitário”²⁰. Para Bovero, a especialização funcional é a estrutura fundamental do Estado constitucional (forma evoluída do Estado moderno) por que institui “órgãos de poder distintos, entre os quais é necessário, dosando as suas competências, distribuir as diversas funções públicas”, que se constituem no eixo do sistema criado “pelas constituições modernas como remédio preventivo para o abuso do poder político por parte de seus próprios detentores”²¹. Assim, a especialização funcional é uma estratégia

“para tutelar dos abusos dos poderosos exatamente aquelas liberdades fundamentais ‘pré-políticas’ do indivíduo – a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento e de expressão, a liberdade de reunião e de associação – que são as precondições indispensáveis da democracia”²².

18 NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020.

19 HOLMES, Stephen. “Linajes del Estado de Derecho”, en ACKERMAN, John, (coord.), **Más allá del acceso a la información. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho**, México: Siglo XXI, 2008, p. 43.

20 BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática democrática**, p. 151.

21 BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática democrática**, p. 153.

22 BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática democrática**, p. 153.

A finalidade da democracia não é tão somente ser eficiente, mas ser democrática, e com isso, o presidencialismo não é compatível, porque é um sistema de poder em que o Executivo é mais forte que os demais. Este toma mais facilmente a forma de governo autoritário e antidemocrático porque, neste sistema, opõem-se falsamente a soberania do povo à soberania do parlamento, como se este não fosse o conjunto de representantes. Pressupõe uma concepção organicista do povo com massa que se reconhece compacta em um chefe. Só uma coletividade pressuposta homogênea pode ser representada por um único indivíduo. A coletividade articulada e pluralista só pode ser representada por um colegiado.

Por conseguinte, em face à crise de representatividade dos parlamentos, são necessárias novas diferenciações e descrições que permitam outras decisões para o aprimoramento do regime democrático. Isso é assim em razão da forma de atuação do ideal democrático: fora de um regime democrático, esse ideal é um antagonista; no interior de uma democracia, o princípio democrático tende a estabelecer medidas ideais para avaliar e controlar as conquistas democráticas do mundo real. A regra de conversão para a transformação dos ideais em realidade descoberta pelo constitucionalismo é a representação e a estrutura garantidora do Estado constitucional²³.

A separação funcional é uma diferenciação consolidada no sistema político e no sistema jurídico, principalmente no que diz respeito à chamada “função-poder”, entendido o poder como um “conjunto de órgãos que exercem institucionalmente uma função com a correlativa autoridade”²⁴. Como concretização do poder político, a expressão “função do Estado” desdobra-se em dois sentidos possíveis, relacionados ambos com o sentido originário da expressão “função”: função como *tarefa* ou incumbência em que o elemento finalístico se manifesta diretamente ou como *atividade* na qual a finalidade se manifesta indiretamente. Na primeira acepção, é tarefa ou incumbência (encargo) correspondente a certa necessidade coletiva, uma finalidade do Estado que se concretiza em certa época histórica. Alargando-se o espectro das necessidades humanas coletivas, as funções-tarefas assumidas pelo Estado são cada vez mais complexas: vão desde a garantia da segurança e da paz civil até a promoção do bem-estar e da justiça social²⁵.

As chamadas “funções-atividades” do Estado constituem meios para atingir aquelas “funções-finalidades” previamente determinadas, são conhecidas através da análise da obra do Estado, de seus órgãos, agentes e serviços e dependem das normas constitucionais concernentes à organização do poder político, principalmente as normas de fixação e repartição de competência dos órgãos estatais. Ainda nesse caso, deve-se

23 SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada 1**: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994, p. 183.

24 MODUGNO, Franco. Funzione. In: **Enciclopedia del Diritto**, Vol. XVII, Milão, Giuffré, 1964, p. 303.

25 MIRANDA, Jorge. **Funções, Órgãos e Actos do Estado** (Apontamento de lições). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, p. 5.

distinguir entre um significado impróprio do termo que define o conteúdo ou a espécie de uma atividade (função política, de controle, consultiva) e um próprio, mas parcial, que se refere à formalização da atividade mesma (função administrativa, legislativa e jurisdicional). Dentre os conteúdos e espécies da “função-atividade executiva” (função administrativa), está a “função de governo”, compreendida como “função-atividade” executiva em sentido impróprio.

No Brasil, a distinção funcional enfrenta numerosos desafios, desde a distorção histórica da Constituição Imperial de 1824 (a articulação do Poder Moderador), até nossos dias, com a constante debilidade do Legislativo e do Judiciário frente ao Executivo, que tende a preponderar, porque a Administração é mais apropriada para manipular necessidades concretas e distribuir privilégios. O Executivo, via de regra, não age conforme preceitos abstratos: desenvolvem-se sistemas com caráter de troca nos domínios da economia, da política e da educação. Além disso, mantém-se um “paralelismo jurídico”, constituído de práticas ilegais perpetradoras das situações de opressão intraclasses ou interclasses²⁶.

Reconhecendo a existência de “atos de governo” diferentes, pela finalidade e conteúdo, dos atos administrativos (não “políticos”), a tradição constitucional brasileira determinou o campo de ação do Governo, “determinando que ao Poder Judiciário fosse vedado conhecer de questões exclusivamente políticas”²⁷, a não ser que a ação governamental, no exercício de suas competências constitucionais, ameace ou venha a lesar direitos individuais e o direito objetivo²⁸. “Governo” é o comando, a iniciativa, a fixação de objetivos do Estado e a manutenção da ordem jurídica vigente, atuando mediante atos de soberania ou de autonomia política na condução dos negócios públicos e “administração”, em sentido formal, o conjunto de órgãos que executam os objetivos do Governo; em sentido material, o conjunto das funções necessárias ao serviço público e, em sentido operacional, atividade técnica subordinada. O ato político é discricionário e não um ato neutro, vinculado à lei ou à norma técnica.

Em terras brasileiras, o Executivo se expande constantemente e isso impede a configuração funcional da divisão de poderes. Ainda que o *regime de governo*²⁹ seja democrático, o sistema da política acabou por engendrar, na última legislatura, um poder em que o Presidente da República, chefe do Estado e do Governo, irresponsável perante

26 LOPES, José Reinaldo. **Direitos Sociais**. Teoria e prática. 1ª ed., São Paulo: Editora Método, 2006, p. 113.

27 CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, nº 95, 1987, pp.73-85, p. 80.

28 URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 25.

29 Regime de Governo é o que define, de forma integrada, a questão do fundamento, do funcionamento e da finalidade do poder. Assim, a República Federativa do Brasil constitui-se em *Estado Democrático de Direito*.

o Congresso, tratou matérias de “Estado” como se fossem de “Governo”. De fato, ocorreu aquilo que Neves apontou como uma disfuncionalidade, no sentido de que a política (em sentido amplo) desenvolveu-se sem considerar seu ambiente jurídico e o sistema jurídico não observou adequadamente o seu ambiente político³⁰. No domínio das questões que entendeu “políticas”, o Executivo reivindicou liberdade e isenção de controle judicial.

No caso brasileiro, em muitas ocasiões, variáveis particularistas acabaram se impondo sobre uma prática universalista de decisão, fazendo-se um uso seletivo da legalidade contra a Constituição, como no caso da edição de vários decretos pelo Poder Executivo, de 2019 a 2021, reduzindo a participação social nos órgãos colegiados de deliberação sobre políticas públicas ambientais ou impondo sigilos a eventos não autorizados pela Constituição ou pela Lei de Acesso à Informação ou, ainda, no caso da interpretação que tem sido dada aos comandos constitucionais que dizem respeito ao estatuto indígena, em clara afronta à Constituição da República e seus princípios fundamentais. É o que se passa a descrever.

3. PROTEÇÃO AMBIENTAL, PARTICIPAÇÃO POPULAR E STATUS DOS POVOS ORIGINÁRIOS: UM VÍNCULO NECESSÁRIO

A Constituição da República, ao consagrar a soberania do povo, que exerce o poder diretamente ou por meio de seus representantes, nos termos de seu artigo 1º, Parágrafo único, conforma o regime democrático brasileiro com fundamento na teoria eleitoral, ainda que, observados seus ‘Preâmbulo’ e art. 3º, bem como as várias referências à ‘Justiça’, se possa afirmar que a democracia, no País, é do tipo “participativa-deliberativa”, porque o processo de tomada de decisões está orientado antecipadamente. Isso é uma questão de conformação (constituição) do Estado, e não dos governos que possam vir a se estabelecer.

Por outro lado, considerada a relevância do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na afirmação do direito à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana e a conformação da ordem social, a Constituição brasileira também estruturou a proteção ao meio ambiente como uma *política de Estado*, no seu Título VIII, Capítulo V, artigo 225 e ss, da mesma forma que o fez em relação ao *status* dos povos originários, isto é, a posição (situação) jurídica dos indígenas na ordem nacional, no

30 NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**, p. 263.

Capítulo VIII, artigos 231 e 232.

3.1 O ‘Estado Socioambiental Democrático de Direito’: da participação popular na formulação de políticas públicas ambientais

A Carta Política de 1988 trouxe um novo paradigma para a concretização do direito, ao incluir, dentre as tarefas (funções) estatais, a proteção ambiental. Nos termos da Constituição, a defesa do meio ambiente é princípio estruturante da ordem socioeconômica, “ao lado dos princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais”, como argumenta Prestes³¹, e está diferenciada nas normas constitucionais de vários modos, pois pode ser objeto de ação popular (art. 5º LXXIII), é finalidade de políticas públicas urbanas (art. 182), de saúde (art. 200, III) e de regulação (art. 174, § 3º), dentre outros. Por outro lado, os recursos naturais e ambientais são considerados bens da União (art. 20, II e IV) e os imprescindíveis ao bem-estar dos indígenas, integram o conceito de “terra tradicionalmente ocupada” (art. 231, § 1º).

Por meio ambiente, se entende um bem imaterial, cuja efetiva proteção depende da cooperação de diversos atores sociais, a partir da “perspectiva de *solidariedade* (benefícios e responsabilidades comuns)”³². São os recursos naturais e o ambiente construído pelo ser humano – artificiais e culturais – e nisso, o conceito jurídico de meio ambiente é distinto do conceito utilizado nas ciências naturais, como se vê da dicção da do art. 3º, I, da Lei Federal n. 6. 938/81, que define como meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”³³. As normas constitucionais protegem esse bem contra intervenções danosas na qualidade dos recursos naturais, na vida e na saúde dos humanos.

O pensamento jurídico, tratando de fazer as distinções e descrições necessárias à concretização do novo paradigma constitucional, foi desenvolvendo teses como a que a Constituição institui um estado que pode ser adjetivado como “Estado Verde”, “Estado Constitucional Ecológico”, “Estado de Direito Ambiental” ou, ainda, um “Estado Ambiental

31 PRESTES, Vanêsa B. Municípios e Meio Ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: PRESTES, Vanêsa B. (org.) **Temas de Direito Urbano-Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp.19-50, p. 23.

32 KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao ar. 225, *caput*. In: CANOTILHO, J.J.Gomes...[*et al.*]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 2078-2086, p. 2078.

33 BRASIL. **Lei Federal 6938/81**. Disponível in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm, acesso em 23fev2023.

de Direito”, como inventariado por Prestes³⁴. Independentemente da nomenclatura, o que resta diferenciado é a descrição de um tipo de Estado social, “que reconhece direitos fundamentais e fornece meios jurisdicionais para sua garantia [...] dentre as quais, e com prevalência o direito ambiental” e, por isso, a autora visualiza um “Estado Socioambiental”, em que se garante “sobrevivência e conservação das espécies, inclusive a humana”³⁵.

Assim, se na perspectiva do meio ambiente artificial (construído) está a “cidade”, o espaço urbano como *locus* próprio ao desenvolvimento da *cidadania*, essa qualidade que afirma o “direito a ter direitos” e identifica e localiza o sujeito no espaço político-jurídico, há íntima conexão entre o direito urbanístico e o direito ambiental, que pode ser refletida na descrição mais abrangente do “direito à cidade” e na teorização sobre o “direito urbano-ambiental”. Por conseguinte, na reflexão sobre o Direito Urbanístico, é preciso considerar o contexto maior em que se situa, ou seja, o Direito Ambiental. O tratamento concomitante das duas vertentes imperativas para a ordenação racional do espaço urbano e para a adequada proteção ambiental da cidade é a marca preponderante da tese do “Direito à cidade” (Capítulo II do Título VII da Constituição)³⁶.

A legislação infraconstitucional acabou por afirmar essa compreensão e o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) determina que os Planos Diretores dos municípios (o estado em que todos vivem) considerem diversas diretrizes que dizem respeito à proteção ambiental, além de prever a necessidade da aprovação, não mais de um zoneamento urbano e sim de um zoneamento ambiental. Para Prestes, que visualiza o “Estado Socioambiental” a cidade “é um espaço da cidadania e da expressão das diferenças”, cuja prática constitucional tem “a dignidade da pessoa humana como fio condutor.” A “sustentabilidade urbano-ambiental” é meta principal da política pública e permeia todas as ações da cidade, não sendo política de um órgão só. Tal cidade é “democrática” e, nela, a propriedade só é legítima na observância da função socioambiental estabelecida no Plano Diretor. Articula-se, portanto, um *direito fundamental à cidade*, que se constitui em garantia contramajoritária e está positivado na Constituição por meio de vários princípios, como o da gestão democrática (participação popular no poder) e o da função socioambiental da propriedade, do direito à moradia e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁷.

34 PRESTES, Vanêsa B. **Dimensão Constitucional do Direito à Cidade e Formas de Densificação no Brasil**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. Porto Alegre, 2008, pp.50-52.

35 PRESTES, Vanêsa B. **Dimensão Constitucional do Direito à Cidade e Formas de Densificação no Brasil**, p. 52.

36 TABORDA, Maren Guimarães Participação Popular, direito fundamental à cidade e transparência na gestão pública: relato sobre a práxis do direito constitucional no Brasil meridional, de 1989 a 2016. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, ano 19, n.70 (out./dez 2018). Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp.143-159.

37 PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão Constitucional do Direito à Cidade e Formas de Densificação no Brasil**, pp. 52-53.

Com isso, a concreção do alcance dos preceitos constitucionais inscritos no art. 225 da Constituição consagra, “prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, declarou o Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento da ADI-MC 3540-1/DF³⁸, em 2005. Segundo o entendimento do relator, consubstanciado já na Ementa do Acórdão, o direito ao meio ambiente equilibrado é típico de terceira dimensão (ou geração), assiste a todo o gênero humano, e, por isso, resta justificada a obrigação do Estado e da coletividade de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das gerações humanas. Como isso, evita-se “que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”

Já em 2022, estando em curso um projeto autoritário de poder, em que decretos presidenciais foram editados para excluir a sociedade civil do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, governadores, do Conselho Nacional da Amazônia e extinguir o Comitê Orientador do Fundo da Amazônia, o STF³⁹, assentou que, por tais decretos, frustrou-se a participação da sociedade nas decisões e no controle da sua execução em matéria ambiental, e que esta exclusão atinge a opção constitucional “pela presença da sociedade civil na formulação de políticas públicas ambientais, à vedação do retrocesso e ao princípio da isonomia” e que, por isso mesmo, são inconstitucionais.

No voto da relatora, fica expresso o entendimento de que, se na Constituição da República, dispõe-se ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, sua defesa e preservação cabem aos Poderes Público e à coletividade em geral, “sendo que toda pessoa deve ter a possibilidade de participar no processo de tomada de decisões na formulação, execução e controle das políticas públicas ambientais”⁴⁰. Ressalta-se, por igual, na decisão, que a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a preservação do meio ambiente, é dever do Poder Público (inc. VI do § 1º do art. 225), bem como que as medidas de proteção ambiental impostas pelo Estado “*exigem a garantia de informações e de participação social,*” (grifos nossos), em razão da dupla funcionalidade da proteção ambiental, ao mesmo tempo uma tarefa estatal e um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade.

38 BRASIL. STF. **ADI-MC 3.540-1/DF**. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento em 01/09/2005 Acórdão disponível in: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2311268>, acesso em 22fev2023

39 BRASIL. STF. **ADPF 651/DF**. Relatora Min. Carmen Lúcia Antunes da Rocha. Julgamento em 28/04/2022. Acórdão disponível in: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352994204&ext=.pdf>, acesso 22fev2023.

40 BRASIL. STF. **ADPF 651/DF**, item 28 do voto-condutor, p. 16.

Se a proteção ambiental é dever dos Poderes Públicos, a política ambiental é uma política de “Estado”, e não de “Governo”, porque, neste caso há limitações à discricionariedade estatal, a adoção de medidas atinentes à tutela do ambiente não é livre, insindicável (“ato de governo”), e, sim, vinculada, hierarquizada (“ato de administração”), havendo clara limitação ao seu poder-dever de discricionariedade, restringindo-se a sua margem de liberdade na escolha nas medidas protetivas do ambiente”⁴¹.

Assim, a retora da decisão é a de que a participação da sociedade civil nos órgãos de deliberação de políticas ambientais “é uma derivação do princípio da participação popular nas instâncias de poder como fundamento do Estado democrático (ins. II e V do art. 1o. da Constituição do Brasil)”⁴², bem como que a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado é responsabilidade social e estatal. Além disso, ainda com base na lição de Sarlet e Fensterseifer, a relatora afirma que as normas impugnadas na ação, (Decretos n. 10.224/2020 e 10.239/2020)⁴³ ofendem “ao princípio da vedação do retrocesso, pois diminuem o nível de proteção do meio ambiente a partir do enfraquecimento dos órgãos de controle ambiental por elas afetados, afastando a participação popular”.

Da mesma forma, aduziu a relatora que extinguir a paridade Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, assim como eliminar a participação popular das entidades da sociedade civil

“evidenciam centralização antidemocrática da intervenção estatal exclusiva, vale dizer, afastada da participação da sociedade civil nas políticas públicas ambientais, deslegitimando as ações estatais, em ofensa ao princípio da participação popular, prevista no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República”⁴⁴.

Por igual, o voto afirma que o direito ambiental se apoia em três princípios, que são identificadores do âmbito material: a consideração da ciência no que se refere ao conhecimento produzido no tema, a participação popular, em colaboração necessária com o Estado, “sendo o mais alargado passo da democracia participativa efetiva da sociedade civil” e a cooperação internacional.

41 SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA); Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília, 2012, pp. 118-203, Disponível in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Acesso 23fev2023.

42 BRASIL. STF. **ADPF 651/DF**, item 34 do voto-condutor, p. 38.

43 BRASIL. **Decreto nº 10.224/2020**. Disponível in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10224.htm, acesso 03 mar 2023; BRASIL. **Decreto nº 10239/2020**. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10239.htm Acesso 03 mar 2023;.

44 BRASIL. **ADPF 651/DF**, item 36 do voto-condutor, p. 39.

Na mesma linha de argumentação, o Min. Alexandre de Moraes⁴⁵ agregou que o princípio da proibição ao retrocesso diz respeito não só à proteção à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente, “mas também, expressamente, à necessidade de participação popular”, uma vez que o constituinte previu expressamente isso, ao erigir a ação popular e a ação civil pública como instrumentos judiciais de defesa do meio ambiente.

Assim, se a Constituição diferenciou o regime democrático e a proteção ambiental, como elementos dela integrantes (como o são o sistema administrativo que inclui as relações exteriores e a administração da Justiça), os governos de plantão não podem impor novas finalidades a tais decisões, porque elas são fundamentais, constitutivas, do Estado, assim como o são as políticas públicas relativas aos povos originários (indígenas), desenhadas, em suas linhas gerais, no artigo 231 da Carta de 1988. Analisando-se casos concretos submetidos à cognição do STF, verifica-se que democracia, especialização funcional, proteção ambiental e descrição adequada de um estatuto indígena, que envolva a demarcação suas terras, estão umbilicalmente ligados, de modo que não há e não haverá democracia no País sem o reconhecimento dos direitos indígenas e do multiculturalismo das respectivas nações. É essa complexidade que se passa a observar.

3.2 Sobre o vínculo entre proteção ambiental e demarcação de terras indígenas

No ambiente brasileiro, os direitos fundamentais têm sido institucionalizados de forma distorcida e a separação de poderes e as eleições respondem a fórmulas de reconciliação mais amplas, com o objetivo de manter os privilégios dos “sobreintegrados” (“superintegrados” na linguagem de Müller)⁴⁶, que podem dispor da Constituição. As exclusões são geradas pela sociedade moderna como diferença funcional, pois a exclusão econômica permite que a ordem social e jurídica se fragmente entre aqueles que não têm acesso às prestações materiais vitais (exclusão primária) ou não o têm mais em razão do empobrecimento e do descenso social maciço (exclusão secundária)⁴⁷.

No caso dos indígenas brasileiros, a exclusão se dá em todos os âmbitos:

45 BRASIL. **ADPF 651/DF**, voto do Min. Alexandre de Moraes, p. 76.

46 MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *In: Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Edição Especial. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000, p. 29.

47 NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**, p. 300 e Müller, Friedrich. **Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, p. 29.

político, econômico, social, jurídico, pois, ainda que a eles se reconheçam formalmente direitos, as normas jurídicas são objeto de disputa e “pano de fundo para a negação dos direitos que elas pretendem afirmar, o que se chamou de ‘inclusão da exclusão’ dos povos indígenas no Brasil”, asseveram Caixeta e Neuenschwander, sobre o tema⁴⁸. Isso é assim porque, na democracia liberal, verifica-se a tendência, sempre crescente, de reprimir as novas subjetividades, e isso diz respeito ao paradoxo da democracia, que “decorre da possibilidade de produzir ampliação das diferenças – e, conseqüentemente, de produzir novas desigualdades – por meio da compensação do tratamento de outras desigualdades”⁴⁹. Tal constatação levou historiadores, juristas e sociólogos a referirem-se à colonização da América não como um evento passado, por exemplo, mas como uma “lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do conhecimento e também do conhecimento jurídico”⁵⁰. O paradoxo da modernidade consiste exatamente na afirmação de ideias pretensamente universais, como democracia, Estado, etc., que escondem (ou permitem) a perpetuação da dominação, exploração, dispensabilidade das vidas humanas, subalternização de saberes, e assim por diante.

A história contínua de violência, exclusão, subalternização e discriminação vivida pelos povos autóctones⁵¹ da América, que possuem culturas e costumes absolutamente distintos daqueles vivenciados pelos europeus no século XVI, perpassa os discursos e argumentos sobre a questão indígena. No Brasil mais especificamente, ocorreu “um inigualável aniquilamento físico da população indígena, cuja quantificação é quase impossível, [...] o que resta de cada povo é somente um exemplo de tenacidade com que as culturas resistem à opressão e a assimilação compulsória.”⁵² Essa assimilação compulsória estava imbricada no conteúdo das legislações que tratavam sobre o assunto na época, ou seja, as mesmas oscilavam pelo reconhecimento ao direito dos povos indígenas de se manterem culturalmente diferenciados, bem como ao mesmo tempo possibilitavam os aldeamentos⁵³.

48 CAIXETA, Ruben; NEUENSCHWANDER, Juliana. Duas visões do passado e um só futuro para os povos indígenas no Brasil: um julgamento histórico no STF. In: **Dois marcos temporais**. A Terra é redonda. Disponível in: <https://aterraeredonda.com.br/dois-marcos-temporais/> acessado em 12jan.2023.

49 DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**, p. 46.

50 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. **Desafios coloniais e interculturais**: o conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado. Revista Contribuciones a Las ciencias sociales. Universidad de Málaga, Espanha, 2013, p. 195. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/24/colonialidade.html> Acesso em 12set.2022

51 Povos autóctones segundo Rouland “são aqueles instalados em um território há tempos imemoriáveis ou (a alternativa é importante) considerados como tais” ROULAND, Norbert (Org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 458

52 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Introdução ao direito socioambiental. In. LIMA, Andre. (Org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.38.

53 Sobre os aldeamentos, aldeias de repartição e encomiendas, na América, ver: FREIRE, José Ribamar; MALHEIROS, Márcia Fernanda. **Os aldeamentos indígenas no Rio de Janeiro**. Disponível em: www.educacaopublica.gov.br, acessado em 12fev.2023; CAPDEQUÍ, José Maria Ots. **Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propriamente Indiano**. Tomo I. Buenos Aires: Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943, pp. 88-89.

Na época contemporânea, tanto na Constituição do Brasil quanto na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas⁵⁴, os indígenas não são tratados numa perspectiva de inferioridade e, sim, na perspectiva de diferença, ou seja, não são mais classificados dentro de uma escala evolutiva a partir do “paradigma da integração”, sendo-lhes garantido o direito de serem “diferentes” a partir do “paradigma da interação”, que respeita a cultura e os valores indígenas. Tal declaração é resultado de longa resistência do movimento indígena na América, e reconhece, entre outros pontos importantes, a autodeterminação dos povos indígenas.

Na Carta brasileira de 1988, a primeira da América Latina a afirmar o direito originário, autônomo dos povos indígenas, reconhece a sua organização social como estando “fora do paradigma da modernidade”, e ao fazer isso, “não criou uma categoria genérica, quer dizer, não se trata de uma organização de todos os índios do Brasil, mas cada povo que mantenha sua organização social é, como tal, reconhecido”, afirma Souza Filho⁵⁵. Segundo isso, os índios devem desfrutar de um espaço que lhes assegure meios dignos de sobrevivência econômica para mais eficazmente preservar o seu modo de vida: sua identidade somática, linguística e cultural.

O que a Constituição afirma, então, é o valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica, superado o paradigma assimilacionista (integração dos indígenas à cultura branca)⁵⁶ e o da integração⁵⁷ (o índio é um ser incapaz, que deve ser integrado à sociedade nacional), esclarecendo as bases do paradigma da interação (a organização social, os costumes, a língua, as tradições, as crenças, bem como os direitos originários sobre as terras devem ser reconhecidos aos indígenas e defendidos pelas instituições).

Em 2009, o relator do acórdão da Petição 3.388, Roraima⁵⁸ assentou-se que há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de ‘conservação’ e ‘preservação’ ambiental, pois “índios e meio ambiente mantêm entre si uma natural relação de unha e carne”. Mais do que uma relação de compatibilidade, esse vínculo é de ortodoxa pertinência e, por isso, às terras que vão sendo demarcadas, são conferidas uma dupla afetação: a ecológica e a propriamente indígena. Quer dizer, cada demarcação acaba se constituindo uma APP – Área de Preservação

54 ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas** Rio de Janeiro: NAÇÕES UNIDAS, 2008. Disponível in: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf, acesso em 12set.2022.

55 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Comentário aos artigos 231 e 232 In: CANOTILHO, J.J.Gomes...[et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 2147-2157, p. 2150.

56 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. **Desafios coloniais e interculturais**: o conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado. Revista Contribuciones a Las ciencias sociales. Universidad de Málaga, Espanha, 2013. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/ccss/24/colonialidade.html>. Acesso em 12set.2022

57 BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p.34.

58 BRASIL. STF. **Petição 3.388 Roraima**.

Permanente, nos termos do que dispõe o inc. II do art. 1º da Lei Federal No 4771/65, porque tais áreas, cobertas ou não de vegetação nativa, são precisamente protegidas em razão de sua função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas que nela vivem (no caso particular, os “povos da floresta”).

Por outro lado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 709 MC/DF⁵⁹, proposta pela APIB (Articulação dos Povos Indígenas do Brasil) e seis partidos políticos, apontando falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, o alto risco de contágio e mesmo extermínio de etnias, em violação à dignidade da pessoa humana, aos direitos à vida e à saúde, bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições, é um paradigma para a visualização da complexidade da “questão indígena”, porque, na decisão, os vínculos entre democracia, proteção ambiental e estatuto constitucional indígena restam explicitados.

Os argumentos utilizados pela APIB são os de que os povos indígenas estão sujeitos a múltiplas vulnerabilidades, como a *imunológica*, por possuírem uma memória imunitária distinta da de outros povos, que estiveram mais expostos a determinadas enfermidades; *social*, decorrente de sua cultura e modo de vida peculiar, caracterizados pela intensidade da vida comunitária e pelo compartilhamento de habitações e objetos; e *política*, dada sua baixa representação nas instâncias majoritárias e/ou sua dificuldade de manifestação pelos mesmos mecanismos de representação comumente aceitos pelo Estado. Além disso, apontaram atos comissivos e/ou omissivos do Poder Público, como a não contenção ou não remoção de invasões às terras indígenas, por grileiros, garimpeiros, desmatadores e grupos de extração ilegal de madeira e as ações deficientes do governo federal em matéria de saúde. Por fim, alertaram para o risco iminente de que ocorra um genocídio indígena, decorrente da inação ou da ação inapropriada do Poder Público. Pediram que fosse determinado à União Federal que tomasse as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se fosse o caso, do auxílio das Forças Armadas.

No particular, o tribunal determinou a criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União; a instalação de “Sala de Situação”, como previsto nas normas vigentes, para a gestão de ações quanto aos povos em isolamento e de contato recente, com representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral

59 BRASIL. STF. **ADPF 709-DF**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento em 10/07/2020. Acórdão disponível in: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>, acessado em 15 ago.2022.

da República e da Defensoria Pública da União; a adoção de medidas emergenciais de contenção e isolamento dos invasores em relação às terras indígenas, “sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão”⁶⁰ e a determinação de que os serviços do ‘Subsistema de Saúde Indígena’ fiquem acessíveis a todos os aldeados.

Premissas da decisão foram os princípios da precaução e da prevenção, no que toca à proteção da vida e da saúde, “a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição”⁶¹ e que as questões envolvendo indígenas, como a demarcação de suas terras, e a garantia de seu bem-estar, se tratam de deveres constitucionais “e não de escolha política” (grifos não originais). A leitura das peças processuais revela que a questão da demarcação das terras indígenas perpassou toda a discussão, assim como o ambiente institucional: em seus votos, em diferentes ocasiões, o relator toma, como ponto de partida, a “grande resistência no governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas”⁶², chegando a reproduzir declarações do Chefe do Executivo, como “Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia”⁶³. O Executivo, até dezembro de 2022, tergiversou como pode, apresentou informações inexatas, relatou inúmeras dificuldades e nada fez.

De outra parte, desde dezembro de 2016, está submetido ao conhecimento do STF recurso com repercussão geral⁶⁴, em que se discute o direito de posse em área de tradicional ocupação indígena, no estado de Santa Catarina. No centro do debate está a tese do “marco temporal”, segundo a qual o direito dos indígenas às terras tradicionalmente por eles ocupadas depende do fato desses efetivamente “estarem habitando-as” em 05 de outubro de 1988, data em que foi promulgada a Constituição.

A decisão do caso Raposa do Sol reafirmara a dicção constitucional, no sentido de que o direito dos povos originários às terras tradicionais, é “originário” ou “natural” e, assim, o seu reconhecimento tem o caráter declaratório, e não constitutivo. Declarou-

60 BRASIL. STF. **ADPF 709-DF**. Voto do Relator Min. Roberto Barroso, p. 24.

61 BRASIL. STF. **ADPF 709-DF**. Voto do Relator Min. Roberto Barroso, pp.12-13.

62 BRASIL. STF. **ADPF 709-DF**. Voto do Relator Min. Roberto Barroso, p. 13.

63 “De fato, a imprensa atribui ao então Presidente da República as seguintes declarações: “Não entro nessa balela de defender terra pra índio”; “[reservas indígenas] sufocam o agronegócio” (Campo Grande News, 22.04.2015) [4]; “Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros” (No Congresso, 21.01.2016) [5]; “Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018) [6]; “Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia” (Revista Exame, 13.02.2020) [7]. Esse é o contexto, portanto, em que se insere a presente discussão e que reforça o dever de cuidado por parte do Tribunal quanto a tais povos”. BRASIL. STF. **ADPF 709-DF**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento em 10/07/2020. Acórdão disponível in: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>, acessado em 15 ago.2022, p. 13.

64 BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário 1.017.365**. Relator Min. Edson Fachin. Julgamento em 21/02/2019. Acórdão disponível in: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339909193&ext=.pdf>, acessado em 15 ago.2022.

se, no caso concreto, uma situação jurídica ativa preexistente à ocupação europeia, e restou clara a compreensão de que os fenômenos econômicos e os jurídicos e políticos se entrelaçam para dar resultado à unidade da vida social, uma vez que todos os direitos procedem de uma determinada experiência jurídica, sobre a qual sua construção repousa⁶⁵.

Dúvidas não existem de que o “querer” da decisão *Raposa do Sol* pode ser incluído, sem contradição, no conjunto das normas que definem o estatuto dos indígenas, bem como que uma determinada concepção de justiça norteou toda a decisão, a saber, aquela segundo a qual é objetivo da República Brasileira a construção de uma sociedade fraterna (livre, justa e solidária) e multicultural, de modo que a integração comunitária se dá pelo respeito aos segmentos minoritários. No caso, concebeu-se que os indígenas têm direito a desfrutar um “espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade”⁶⁶ e estão em condição de transmitir aos demais brasileiros os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida.

As terras indígenas, pela decisão que confirma o “querer” constitucional, foram consideradas desde o ponto de vista do imaginário coletivo aborígene, pois não são simples objeto de direito, constituindo-se em verdadeiros entes ou “ser que resume em si toda a ancestralidade, toda coetaneidade e toda a posteridade de uma etnia”⁶⁷, o disse o Relator. O instituto da posse civil restou modificado para ser entendido como um heterodoxo instituto do Direito Constitucional, em razão da proibição de remoção dos povos nativos das terras por eles tradicionalmente ocupadas, do reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, e de que todas essas terras são inalienáveis e disponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Para além disso, a decisão chama a atenção do intérprete para o fato de a Constituição fazer uso das tradições indígenas o engate lógico para a compreensão da semântica da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas.

A justiça da decisão se revela no reconhecimento de que a proteção constitucional não se limita aos indígenas; na afirmação de que tais terras são parte essencial do território

65 Cf. STAMMLER, Rudolf. **Economía Y Derecho según La Concepción Materialista de la Historia**. Madrid: Editorial Reus, 1929, pp. 315-322. Filósofo de orientação kantiana, Stammler, em 1897, com fundamento no materialismo histórico, faz, pela primeira vez, um uso não político da doutrina materialista da história e da sociedade. Primeiro opositor do positivismo, Stammler pode ser considerado como verdadeiro criador da filosofia do direito no seu sentido atual, por que, em seu trabalho, realizou, de certa forma, uma síntese entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Para isso, ver, também, PANIÁGUA, José Maria Rodríguez. **História del Pensamiento Jurídico**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 455-458 e LARENZ, Karl. **Metodología da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 116/117.

66 BRASIL. STF. **Petição 3.388 Roraima**, p.32.

67 BRASIL. STF. **Petição 3.388 Roraima**, p. 8.

brasileiro; na consolidação da necessária liderança institucional da União; no uso do conceito de “constitucionalismo fraternal”, que se volta à efetivação da igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o “proto-valor” da integração comunitária. Ademais, a decisão ressalta que o desenvolvimento nacional a que alude a Constituição engloba o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, humanizado e culturalmente diversificado, considerado um direito fundamental dos brasileiros, assim como dá um conteúdo positivo ao ato de demarcação das terras indígenas, como a consideração da tradicional da ocupação, da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação.

Problemática, no entanto, foi a imposição, *naquele caso específico* (Petição Roraima), de uma série de condicionantes chamadas de “salvaguardas institucionais”, entre elas, o critério do *marco temporal da ocupação*, porque o STF, equivocadamente, interpretou a expressão constitucional “terras que tradicionalmente ocupam”, como se essa se referisse apenas àquele presente, de 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição). A interpretação não considerou que a própria Constituição é um processo de construção histórica que se projeta para o futuro e, por isso mesmo, os verbos são utilizados no tempo presente, a indicar um “acontecer contínuo”. Isso significa que em 2009, 2023 ou qualquer data no futuro, os povos originários sempre poderão reivindicar terras a serem demarcadas, desde que se comprove, com laudos antropológicos, que tradicionalmente a ocuparam, ou de que delas foram violentamente retirados.

De lá para cá, baseando-se nas condicionantes desse julgamento, foi realizada uma série de instrumentos anulando a demarcação de terras indígenas e determinando o despejo de comunidades inteiras. Assim, desde 2016, a tese do “marco temporal” está no centro do debate constitucional do País. As comunidades e organizações indígenas, junto ao Ministério Público federal têm buscado nova manifestação na Corte, para definir se as condicionantes postas no julgamento *Raposa do Sol* se estendem automaticamente a outras terras, ou não, porque, já em 2013, o STF analisou questão idêntica e decidiu que as condicionantes daquele julgamento não vinculava juízes e tribunais quando do exame de outros processos relativos a terras indígenas diversas, e que a decisão valia apenas para a terra em questão.

Assim, não só pela matéria e alcance da decisão, tal julgamento é histórico, porque diz respeito a uma decisão sobre o passado e o futuro dos povos indígenas do Brasil. Na ação, constam como *amicus curie* mais de 90 entidades da sociedade civil, e revela-se altamente complexa, como aduz o relator. Segundo o ministro, a questão diz respeito à luta dos povos nativos para manter a sua relação de estreita dependência em relação à terra, desde os tempos coloniais, porque ela “em sua visão, não se resume a aspectos meramente econômicas, mas que, como já ressaltou o I. Relator da Pet nº 3.388, ‘no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão

de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia”⁶⁸.

A tese do marco temporal, ficção jurídica que é, desconsidera que o direito é ordem de cultura e convivência, que os direitos fundamentais positivados na Constituição são o resultado das lutas e relações de força que foram o marco institucional do fim da ditadura militar, como argumentam Marcus Giraldes e Marcus de Matos⁶⁹.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Governo Federal do Brasil, no período de 2019-2022, no que condiz com a proteção ao meio ambiente, garantia de direitos humanos e dos processos democráticos de decisão, foi antidemocrática, na medida em que o sistema político caminhou na direção do poder autocrático, isto é, do poder opaco. O poder público federal de então, na concretização da Constituição, não considerou que as decisões sobre proteção ambiental ou sobre o estatuto indígena não eram livres (de governo) e sim hierarquizadas (administração). Nos termos da Constituição, essas matérias são de estruturação do Estado, e, portanto, os governos de plantão não podem impor novas finalidades a tais decisões.

De outra parte, a partir da dicção do STF, restou evidenciado que concretização do direito ambiental implica considerar a complexidade, sabendo-se aquilo que se pode supor a partir das ciências biológicas, históricas, antropológicas, econômicas, sociais, etc., e que aspectos importantes da ecologia mudam pelo emprego da técnica e dos seus produtos e ainda podem provocar danos. Por conseguinte, se as concatenações causais de numerosos processos biológicos, assim como sua longa duração, não permitem atribuições precisas, o sistema social não se deixa mais descrever como linearidade “causa/consequência/resultado” e exige a adoção de novas descrições, a partir de outras observações, como a que descreve o sistema social como diferenciado, por que estas possibilitam o conhecimento das alternativas possíveis, a partir de distinções.

Nos conflitos que têm chegado ao Judiciário, estão se concretizando e densificando, pouco a pouco, as normas e princípios relativos ao *status* indígena, em uma disputa ideológica e política de grandes proporções, que ainda está em aberto. Estes conflitos refletem o fato de que, na sociedade mundial, a autonomia dos sistemas

68 BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário 1.017.365**.

69 GIRALDES, Marcus; MATOS, Marcus V.A.B. O direito dos índios. **A Terra é redonda**. Disponível in: <https://aterraeredonda.com.br/o-direito-dos-indios/> Acesso em 12jan2023.

sociais exclui radicalmente os seres humanos da sociedade, constituindo-se uma diferença intransponível entre instituições sociais e seres humanos concretos, e assim, as pretensões de indivíduos de carne e osso à integridade corporal e psíquica, são o que se pode descrever como direitos humanos latentes, surgidos dos conflitos comunicativos e de seus resultados obtidos na política, moral, religião e direito.

Considerando, ainda, que pode ser observado, na sociedade mundial, a expansão do direito dos juízes e um retorno teórico ao direito natural (ou um neorealismo de cariz fenomenológico), resta claro que os juristas nacionais, para enfrentar as demandas de concretização do estatuto indígena, deverão adotar outros métodos de concreção do direito e fazer novas descrições e diferenciações, que permitam a tomada de decisões.

No caso das decisões administrativas, o Executivo Federal brasileiro do período, movendo-se na lógica do poder autoritário, e na defesa intransigente da exploração econômica da Amazônia por pessoas privadas, tratou de subverter, de forma inconstitucional, as políticas públicas socioambientais, de transparência e as que dizem respeito à garantia dos povos originários. Não fosse o funcionamento do sistema de Justiça, barrando iniciativas autoritárias, o apoio de organismos internacionais de direitos humanos e ações da sociedade civil, a devastação institucional teria sido maior do que foi. Contudo, não livrou a nação Yanomami da possibilidade de extinção.

Enfim, fazer novas descrições, aprofundar a diferenciação funcional, compreender que proteção ambiental e garantia do estatuto indígena são intimamente ligados, é fundamental para a consolidação da cultura democrática no país e, portanto, essencial à sustentabilidade institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDRT, Hannah. **Poder e Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004.
- BARZOTTO, Luís Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

- BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática democrática**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BRASIL. **Decreto nº 10.224/2020**. Disponível in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10224.htm, acesso 03 mar 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 10239/2020**. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10239.htm Acesso 03 mar 2023.
- BRASIL. **Lei Federal 6938/81**. Disponível in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm, Acesso em 23fev2023.
- BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). **Ministério das Relações Exteriores**, 2022. Disponível in: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>, acesso em 22fev2023.
- BRASIL. STF. **ADI-MC 3.540-1/DF**. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento em 01/09/2005 Acórdão disponível in: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2311268>, acesso em 22fev2023.
- BRASIL. STF. **ADPF 651/DF**. Relatora Min. Carmen Lúcia Antunes da Rocha. Julgamento em 28/04/2022. Acórdão disponível in: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352994204&ext=.pdf>, acesso 22fev2023.
- BRASIL. STF. **ADPF 709-DF**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento em 10/07/2020. Acórdão disponível in: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>, acessado em 15 ago.2022.
- BRASIL. STF. **Petição 3.388 Roraima**. Rel. Ministro Ayres Britto. Julgamento em 19.03.2009. Acórdão disponível in: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PET+3388%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya24pn34>, acessado em 29ago.2022.
- CÍCERO. República. In: **Os Pensadores**. Abril Cultural, São Paulo, 1980, pp.137-180.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, nº 95,1987, pp.73-85.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HOLMES, Stephen. “Linajes del Estado de Derecho”, en ACKERMAN, John, (coord.), **Más allá del acceso a la información. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho**, México: Siglo XXI, 2008.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

KELSEN, Hans. *Essência e Valor da Democracia e Fundamentos da Democracia*, in: **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao ar. 225, *caput*. In: CANOTILHO, J.J.Gomes... [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 2078-2086.

LOPES, José Reinaldo. **Direitos Sociais. Teoria e prática**. 1ª ed., São Paulo: Editora Método, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Funções, Órgãos e Actos do Estado (Apontamento de lições)**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.

MODUGNO, Franco. Funzione. In: **Enciclopedia del Diritto**, Vol. XVII, Milão, Giuffré, 1964.

MONTESQUIEU. **Espírito das Leis**. Paris: Presse Universitaires de France, 1993. In: KRIEGLER, BLANDINE. **Textes de Philosophie Politique Classique**. Coleção **Que sais-je?** pp. 90-101.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Edição Especial. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: NAÇÕES UNIDAS, 2008. Disponível in: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf, acesso em 12set.2022.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. Municípios e Meio Ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: PRESTES, Vanêsa Buzelato (org.) **Temas de Direito Urbano-Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp.19-50.

RIVERO, Jean. Introduction. In: **La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative**. Bruxelles. Bruylant Bruxelles, 1986.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA); Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília, 2012, pp. 118-203. Disponível in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, acesso 23fev2023

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo**. São Paulo: Ática, 1994.

SAVIGNANO, Aristide. Partizipazioni, In: **Enciclopedia del Diritto**, Volume XXXII. Milano:

Giuffrè, 1982.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Comentário aos artigos 231 e 232.** In: CANOTILHO, J.J.Gomes...[et al.]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 2147- 2157, p. 2150.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. **Desafios coloniais e interculturais:** o conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado. Revista Contribuciones a Las ciencias sociales. Universidad de Málaga, Espanha, 2013. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/24/colonialidade.html> Acesso em 12set.2022.

TABORDA, Maren Guimarães. Participação Popular na Administração Pública: o caso dos Planos Urbanísticos no Brasil. **Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental** (Cessou em 2005. Cont. ISSN 2175-1994) **Revista Magister de Direito Ambiental**, v. Ano II, p. 9-34, 2008.

TABORDA, Maren Guimarães. Participação Popular, direito fundamental à cidade e transparência na gestão pública: relato sobre a práxis do direito constitucional no Brasil meridional, de 1989 a 2016. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, ano 19, n.70 (out./dez 2018). Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp.143-159.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo.** Brasília: Ministério da Justiça, 1997.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB

**FUTURO
É AGORA**



latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal