

**ATIVISMO JUDICIAL E MOVIMENTO MIGRATÓRIO INDÍGENA: A TUTELA  
JUDICIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE CENTROS INDÍGENAS DE OCUPAÇÃO  
ITINERANTE A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE  
ROBERT ALEXY**

**JUDICIAL ACTIVISM AND INDIGENOUS MIGRATORY MOVEMENT: JUDICIAL  
PROTECTION IN THE IMPLEMENTATION OF INDIGENOUS CENTERS OF  
ITINERANT OCCUPATION ON THE THEORY OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS  
OF ROBERT ALEXY**

<i>Recebido em:</i>	16/09/2018
<i>Aprovado em:</i>	30/11/2018

Ricardo Aparecido de Souto<sup>1</sup>

Rogério Cangussu Dantas Cachichi<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** *Introdução. 2. Os centros indígenas de ocupação itinerante (casa de passagem indígena): caracterização da política pública e responsabilidade. 3. A intervenção legítima do juiz na efetivação das políticas públicas. 4. Política pública de proteção do índio: possibilidade e limites do ativismo judicial na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. 5. Conclusão. Referências.*

**RESUMO:** O texto traz à baila o problema do ativismo judicial em matéria de política pública indígena. A questão central reside na (in)admissão de tutela judicial que determine ao gestor público a construir e manter centros de ocupação itinerante (casas de passagem), com estrutura mínima de funcionamento (água, luz, quartos, banheiro, cozinha etc), para atender os índios que transitam pelas cidades em movimento migratório próprio de sua etnia. O objetivo do texto não é apresentar uma resposta definitiva, tampouco única. O intuito é sugerir algum caminho mais ou menos definido por meio do qual poderia ser adequado versar sobre o problema. A justificativa da pesquisa decorre da importância de assuntos que vão desde a proteção do índio, da cultura e das tradições indígenas até os limites e parâmetros de atuação do Judiciário no Estado de Direito Democrático, em especial quando atua no campo das políticas públicas, judicializando opções normalmente atinentes ao gestor público. Com arrimo no método dedutivo, a partir de

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Concluiu com êxito, conceito (A) o crédito em Retórica e Direito Internacional no Mestrado em Direito Internacional (USP-SP). Coordenador da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB-Londrina. Ordem dos Advogados do Brasil e estatutário da Universidade Estadual de Londrina. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC). Membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC). Advogado. E-mail: ricardo.soutoadvocacia@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação. Graduado em filosofia (UEL). Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. E-mail: rogeriocangussu@gmail.com.

procedimento bibliográfico, de abordagem qualitativa, o texto conclui com algumas razões pelas quais as circunstâncias concretas vivenciadas em eventual conflito submetido ao Judiciário podem ter grande relevância metodológica e argumentativa para desate das questões travejadas no artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; Ativismo judicial; Política indigenista; Ponderação; Alexy.

**ABSTRACT:** The text brings to light the problem of judicial activism in matters of indigenous public policy. The central issue is the (in) admission of judicial protection that determines to the public manager to construct and maintain centers of itinerant occupation (houses of passage), with minimum structure of operation (water, light, rooms, bathroom, kitchen, to attend to the Indians who travel through the cities in migratory movement proper to their ethnic group. The purpose of the text is not to provide a definitive or a unique answer. The purpose is to suggest some more or less definite path through which it might be appropriate to address the problem. The rationale for this research stems from the importance of issues ranging from the protection of the Indian, indigenous culture and traditions to the limits and parameters of the Judiciary in the State of Democratic Law, especially when it acts in the field of public policies, judicializing options usually related to the public manager. Based on a bibliographic procedure, with a qualitative approach, the text concludes with some reasons why the concrete circumstances experienced in an eventual conflict submitted to the Judiciary may have great methodological and argumentative relevance to unveil the issues covered in the article.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; Judicial activism; Indigenist policy; Weighting; Alexy.

## INTRODUÇÃO

O texto discute o ativismo judicial em matéria de política pública indígena. O problema em torno do qual gravita o presente texto reside na (in)admissão de tutela judicial que determine ao gestor público a construir e manter centros de ocupação itinerante (casas de passagem), com estrutura mínima de funcionamento (água, luz, quartos, banheiro, cozinha etc), para atender os índios que transitam pelas cidades em movimento migratório próprio de sua etnia.

Além de apresentar uma noção clara e objetiva do que seriam esses centros de ocupação itinerante(i) e quem é o gestor responsável para decidir e implementar essa política pública (ii), é de rigor perscrutar se ao Poder Judiciário é dado o poder de ditar via tutela judicial a consecução da providência caso omissa o gestor responsável (iii). Sendo positiva a resposta, quais os parâmetros dessa intervenção judicial (iv).

O objetivo do texto não é apresentar uma resposta definitiva, tampouco única. Em especial quanto às questões “iii” e “iv” o intuito é sugerir algum caminho mais ou menos definido por meio do qual poderia ser adequado versar sobre o problema.

A justificativa da pesquisa decorre da importância de assuntos que vão desde a proteção do índio, da cultura e das tradições indígenas até os limites e parâmetros de atuação do Judiciário no Estado de Direito Democrático, em especial quando atua no campo das políticas públicas, judicializando opções normalmente atinentes ao gestor público.

Com arrimo no método dedutivo, a partir de procedimento bibliográfico, de abordagem qualitativa, o texto segue de em diante em mais três partes. Na primeira delas são versados os dois primeiros pontos (i e ii); na segunda parte, os dois últimos (iii e iv); na parte derradeira, conclui-se com algumas razões pelas quais as circunstâncias concretas vivenciadas em eventual conflito submetido ao Judiciário, na esteira do escólio de Robert Alexy, podem ter grande relevância metodológica e argumentativa para desate da fundamental questão travejada no artigo.

## **2. OS CENTROS INDÍGENAS DE OCUPAÇÃO ITINERANTE (CASA DE PASSAGEM INDÍGENA): CARACTERIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA E RESPONSABILIDADE**

Nesse tópico, como já pontuado, em um primeiro movimento do texto, calha oportuna uma caracterização básica do que sejam esses centros de ocupação itinerante; em um segundo desdobramento, tratar-se-á da indicação de quem seria o gestor público responsável para decidir e implementar essa política pública.

Pois bem. O primeiro assunto a ser cuidado aqui diz respeito a uma breve noção sobre centros de ocupação itinerante (casa de passagem), incluindo a estrutura mínima que deve ter para atender a sua finalidade, bem como quais dificuldades e desafios existem para sua implementação e, de outro lado, a importância delas no contexto do movimento migratório indígena.

Nesse intuito, faz-se relevante considerar o movimento migratório indígena das comunidades até centros urbanos. Tal movimento tem caráter permanente e raízes nas tradições de algumas comunidades indígenas (como da etnia Kaingang). Constitui movimento de caráter permanente e significativo. Os índios permanecem em situação de precariedade no ambiente urbano, onde buscam fonte de subsistência alternativa com a comercialização de artesanatos a título de compensação pela falta de espaço territorial próprio para coletar, caçar e pescar, montar acampamentos e novamente se deslocar.

No final do séc. XIX, começo do séc. XX chefes dos Kaingang estiveram nas cidades para negociar limites e locais dos aldeamentos. Estados como o Rio Grande do Sul vivenciou isso a partir de 1846, Paraná, pouco depois, a partir de 1859, São Paulo de 1912 em diante<sup>3</sup>.

O aumento da importância das cidades para os Kaingang está relacionado, direta ou indiretamente, com as condições de precariedade crescente nas Terras Indígenas. O crescimento vegetativo da população, somado com a exiguidade da terra e o empobrecimento do solo, produziu problemas que antes tinham solução, mas não têm hoje<sup>4</sup>.

A permanência nas cidades é temporária com o objetivo de venda e troca de artesanato produzido nas comunidades com não-indígenas das cidades. Nesse sentido, destacam Tommasino e Almeida: “No norte do Paraná, as mulheres saem para vender seus artesanatos nas cidades da região, onde permanecem por uma semana ou duas e retornam para suas Terras Indígenas.<sup>5</sup>”)

Destarte, dotados de condições mínimas de uso e com capacidade de abrigar um número de famílias compatível com a população das terras indígenas que frequentam a localidade, os centros indígenas de ocupação itinerante, conhecidos como casas de passagem indígena, têm a finalidade de abrigar indígenas em trânsito nas cidades. Cuida-se, portanto, de uma estratégia de enfrentamento ao problema da vulnerabilidade social vivida pelos povos indígenas nas cidades, já que os centros de ocupação itinerante promovem segurança e abrigo às famílias indígenas provenientes das aldeias quando estão em trânsito com a finalidade de comercializar artesanatos, evitando situação de risco e precariedade de permanecerem nas vias públicas, sobretudo pela frequente presença de mulheres e crianças.

Assim, a política dos centros de ocupação itinerante assegura o direito indígena de ir e vir e de realizar sua atividade produtiva com respeito a cultura, tradições e modo de vida próprios com mais segurança e menos risco para as famílias indígenas, garantindo-se-lhes integridade física e bem-estar quando estão em contextos urbanos.

---

<sup>3</sup> TOMMASINO, Kimiye; ALMEIDA, Ledson Kurtz de. **Territórios e territorialidades Kaingang: a reinvenção dos espaços e das formas de sobrevivência após a conquista.** *Mediações*, Londrina, v 19, n. 2, p. 18-42, jul. /dez. 2014. p. 34.

<sup>4</sup> TOMMASINO, Kimiye; ALMEIDA, Ledson Kurtz de. **Territórios e territorialidades Kaingang: a reinvenção dos espaços e das formas de sobrevivência após a conquista.** *Mediações*, Londrina, v 19, n. 2, p. 18-42, jul. /dez. 2014. p. 34.

<sup>5</sup> TOMMASINO, Kimiye; ALMEIDA, Ledson Kurtz de. **Territórios e territorialidades Kaingang: a reinvenção dos espaços e das formas de sobrevivência após a conquista.** *Mediações*, Londrina, v 19, n. 2, p. 18-42, jul. /dez. 2014. p. 38.

De outro lado, asseguram o melhor uso dos espaços públicos, evitando a ocupação desordenada em praças e parques, em situação de vulnerabilidade pela falta de água potável, com risco de acidentes de trânsito, sujeição aos mais diversos tipos de violência urbana (furtos, roubos, drogas).

Ocorre que tudo isso vem inserido em contexto urbano historicamente desordenado. Alonso a propósito do direito à moradia, traz à colação algo que merece ser considerando aqui. Segundo esse Alonso, o contingente de pessoas deslocadas do campo às cidades gerou problemas e carências até então não equacionadas, muitas vezes intensificadas pelo processo de crescimento populacional “desordenado e sem preocupações urbanísticas”<sup>6</sup>.

Com efeito, a par desse cenário já desajustado, a concretização da política dos centros de ocupação implica grande investimento de recursos públicos justamente nesse problemático campo. Assim, à evidência, muitas dificuldades, notadamente de ordem financeira, mas também burocrática, apresentam-se como óbice à implementação a contento da política dos centros de ocupação itinerantes. Além da destinação de um local, a construção e/ou reforma muitas vezes dependente de projetos de engenharia, aquisição de mobiliário, o que esbarrará não raramente na falta de dotação orçamentária, necessidade de remanejamento orçamentário, elaboração de convênios, elaboração de projetos, licitações etc. Sobre mais, faz-se necessária, para manutenção do imóvel, organização e fiscalização do local, funcionários (talvez alguns possam ser voluntários) e recursos.

Agora, a segunda parte desse tópico, é dedicada ao responsável ou aos responsáveis para consecução dessa política pública. No Brasil, competindo à União legislar sobre proteção das populações indígenas (CF, art.22, XIV)<sup>7</sup>, foi recepcionada a Lei Federal 6.001/73 (o Estatuto do Índio)<sup>8</sup>, da qual o art. 2º incumbe a todos os entes políticos da federação a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos; ou seja, cabe à União, aos Estados e aos Municípios, direta ou indiretamente, tal desiderato.

---

<sup>6</sup> ALONSO, Ricardo Pinha. **Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas**. 172p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 47.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

Nesse sentido, criada pela Lei 5.371/67<sup>9</sup>, a FUNAI é a autarquia fundacional por meio da qual a União indiretamente haveria de garantir a proteção e a promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas<sup>10</sup>. Consta no vigente Estatuto da FUNAI (Decreto 9.010/17)<sup>11</sup> justamente essa finalidade a ser realizada pela autarquia em nome da União (art.2º, I, do citado Decreto). Dentro da FUNAI, aos Comitês Regionais compete a formulação de políticas públicas de proteção dos povos indígenas na respectiva região de atuação, inclusive em cooperação interinstitucional com governos estaduais, distritais e municipais e com organizações não governamentais (Estatuto da FUNAI, art.11, I e II). Essas políticas, por sua vez, serão objeto de acompanhamento e avaliação pela Diretoria Colegiada da FUNAI, órgão de cúpula, da qual faz parte o Presidente da autarquia (Estatuto da FUNAI, art.10, II).

À vista disso, fica clara a incumbência da FUNAI, por meio do Comitê Regional e sob a supervisão da Diretoria Colegiada a formulação, planejamento, execução, acompanhamento e fiscalização da política pública dos centros de ocupação itinerante nas cidades. Contudo, cabe perscrutar, ainda, a responsabilidade dos gestores estaduais e municipais pela mesma política. É o que será feito nas linhas que seguem.

A Constituição Federal é clara ao atribuir aos Municípios a competência de “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local” (art. 30, V)<sup>12</sup>. Conquanto possa parecer genérica a disposição, um raciocínio esclarecerá o ponto. Nesse escopo, bastaria, numa experiência de pensamento, suprimir a atuação da FUNAI na política pública para expor com clareza o interesse local nos centros de ocupação. Isso porque a ausência de tal política, como já verberado alhures, além de gerar transtornos locais de ocupação desordenada de vias públicas municipais, aumentar o risco de acidentes de trânsito entre outros problemas, coloca em risco os direitos mínimos vitais de moradia, segurança, saneamento básico, o que atenta contra a dignidade humana dos indígenas que se encontram em situação de vulnerabilidade temporária devido aos deslocamentos aos centros urbanos. Tudo isso clarifica o

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências.** *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>10</sup> VILLARES, Luiz Fernando Villares. **Direito e Povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 281.

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto 9.010, de 23 de março de 2017. **Estatuto da FUNAI.** *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

interesse local que justifica a atuação dos Municípios, quer em colaboração com a FUNAI quer cobrando desta autarquia fundacional as providências necessárias para implementação da política.

À parte, a questão não é tão clara quanto aos Estados membros da federação, cujas competências comum e legislativa abrangem à evidência a promoção de programas habitacionais, de combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização e a proteção aos patrimônios histórico e cultural, dentro dos quais se insere as culturas dos povos indígenas (CF, arts.23, III, IX, X e 24, VII)<sup>13</sup>.

De qualquer forma, ainda que se pudesse sustentar a pertinência da atuação dos Estados-membros, até com base no aludido Estatuto do Índio (art.2º)<sup>14</sup>, força convir que o foco central da política pública recai diretamente sobre a FUNAI e indiretamente sobre os Municípios nos quais se dá com maior frequência a prática cultural de perambulação indígena.

### **3. A INTERVENÇÃO LEGÍTIMA DO JUIZ NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Considera-se importante no presente capítulo esclarecer brevemente sobre a legitimidade do juiz para intervir na efetivação das políticas públicas e decidir conflitos derivados de ditas ações afirmativas. Em países como Colômbia e Argentina o juiz considerado Juiz Constitucional, é legitimado para intervir na efetivação das políticas públicas conhecidas como ações afirmativas derivadas da Constituição.

Quem são os juízes constitucionais? Na Colômbia conforme a Corte Constitucional (Auto 145/06<sup>15</sup>) são considerados juízes constitucionais todos os juízes, independentemente de suas especialidades própria da jurisdição ordinária, a qual não são relevantes para estabelecer a competência em matéria de tutela. Por sua parte em Argentina, Néstor Pedro considera que o juiz legal assume o perfil de juiz constitucional quando interpreta a lei ordinária em consonância com

---

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>14</sup> Villares com razão sublinha: “Apesar das atribuições legais da Funai com relação à divisão de competências da Administração federal, Estados, municípios e particulares têm o dever de assistir os povos indígenas e assim o fazem nos mais diversos casos, inclusive contando com a ajuda de organismos internacionais.” VILLARES, Luiz Fernando Villares. **Direito e Povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 281

<sup>15</sup> Referencia: expediente ICC-996. Conflicto de competencia entre la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y el Juzgado Civil del Circuito de Envigado, Antioquia. Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil seis (2006).

a constituição, devendo definir conflitos de direitos e necessitando para sua solução a aplicação de princípios constitucionais<sup>16</sup>.

As razões dessa legitimidade dos juízes para intervir na efetivação das políticas públicas, como expressa Juan Carlos Henao Pérez, deve-se às condições sociais e a governança, pois a posse de condições financeiras e administrativas para transformar a realidade das decisões que toma o Estado encontra-se em crise, não especificamente pela falta de recursos, e sim pela delimitação de prioridades; o Estado não é suficientemente efetivo, seja na forma administrativa, jurídica, e financeiramente, para garantir os direitos fundamentais das pessoas, não obstante, descumpra as obrigações e fins contemplados na constituição<sup>17</sup>.

Se o Estado-governo é inerte na implementação de políticas públicas a outra parte (judiciário) deverá tomar para si essas atribuições, ainda que, de forma atípica, *sui generis* ou secundária, (tutela judicial) já que originariamente tal atribuição corresponde ao Estado, assim, devendo o juiz intervir na efetivação e materialização dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição como ações afirmativas, sobretudo quando esta tem um enfoque diferenciado que busca levar a um nível de igualdade os direitos de minorias que se encontram em alto grau de vulnerabilidade.

Expressa Juan Carlos Henao Pérez que, embora a Corte Constitucional Colombiana não pode participar na construção de uma política pública, não pode ser evitado que o juiz constitucional por sua natureza de função participe, como juiz; e essa participação denominada de “justiça política” não deve-se a uma ambígua politização, e sim ao caráter dos assuntos que ele conhece em virtude de sua função constitucional, sendo assim, a importância da política atual das intervenções judiciais derivam-se do crescente envolvimento da jurisdição judicial nos conflitos sociais ou em temas políticos e sociais não resolvidos a ele levados<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> NESTOR, Pedro Sagués. **Del Juez Legal al Juez Constitucional**. Disponível em: < [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjSo7T2pvrAhXmfAKHVc8CwvQFjAAegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1976105.pdf&usq=AOvVaw2C9H0CWM03W66cO\\_i-MyPa](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjSo7T2pvrAhXmfAKHVc8CwvQFjAAegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1976105.pdf&usq=AOvVaw2C9H0CWM03W66cO_i-MyPa) > Acesso em: 08 out. 2018. p. 338.

<sup>17</sup> JUAN, Carlos Henao Pérez. **El Juez Constitucional: Un Actor de las Políticas públicas**. Revista de Economía Institucional, Vol. 15, n° 29, segundo semestre? 2013, pp 67-102. Disponível em: < <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/3620> > Acesso em: 09 out. 2018. p. 71-72.

<sup>18</sup> JUAN, Carlos Henao Pérez. **El Juez Constitucional: Un Actor de las Políticas públicas**. Revista de Economía Institucional, Vol. 15, n° 29, segundo semestre? 2013, pp 67-102. Disponível em: < <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/3620> > Acesso em: 09 out. 2018. p. 73.

Dessa forma, diretamente o juiz constitucional passa a intervir investido de legitimidade na gestão da formulação, controle e materialização das políticas públicas, sendo que, com as limitações da não intervenção de ofício, devendo ser acionado para tal efeito o sistema judicial.

Na Argentina, a doutrina aborda o tema do controle jurisdicional das políticas públicas, indicando Federico D. Sedlacek<sup>19</sup> que o conceito de democracia, encontra-se na atualidade em crise pela insuficiência da representação dos governantes pelas minorias; a democracia não está resolvendo definitivamente problema da violação sistemática de direitos fundamentais por parte dos Estados, e diante essa situação, a participação e controle do poder judiciário sobre as políticas públicas surge praticamente como um dever de atuação que emerge da Constituição.

No Brasil, o juiz é competente para admitir a tutela jurisdicional para implementação de políticas públicas, partindo do pressuposto exposto por Luis Roberto Barroso<sup>20</sup>, este sustenta que todo juiz é um juiz constitucional, explicando que a sociedade brasileira passou por um processo de constitucionalização do Direito e, quando a Constituição passa para o centro do sistema, passa a ser possível afirmar que toda interpretação jurídica é direta ou indiretamente interpretação constitucional.

#### **4. POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO DO ÍNDIO: POSSIBILIDADE E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY**

Versados nos tópicos anteriores, os temas dos centros de ocupação itinerante e dos responsáveis direta ou indiretamente por tal política pública e da legitimidade do juiz para intervir na efetivação das políticas públicas azado se faz o momento de cuidar da possibilidade ou não da tutela jurisdicional, determinar a consecução da política em caso de omissão dos gestores

---

<sup>19</sup> FEDERICO. D. Sedlacek. **El control jurisdiccional de políticas públicas: hacia una formulación del dogma republicano.** Civil Procedure Review, v.4, Special Edition: 3-69, 2013. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewiFq8\\_pqvrAhXGIJAKHTgrBOoQFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.civilprocedurereview.com%2Fbusca%2Fbaixa\\_arquivo.php%3Fid%3D71%26embedded%3Dtrue&usg=AOvVaw1F6P5CDAg63tyD8-x6J\\_kY](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewiFq8_pqvrAhXGIJAKHTgrBOoQFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.civilprocedurereview.com%2Fbusca%2Fbaixa_arquivo.php%3Fid%3D71%26embedded%3Dtrue&usg=AOvVaw1F6P5CDAg63tyD8-x6J_kY)> Acesso em 08 oct. 2018. p. 67.

<sup>20</sup> TRT -13. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho 13 Região. “Todo juiz é um juiz constitucional”, afirma Luis Roberto Barroso. 2012. Disponível em < <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2012/05/atodo-juiz-a-c-um-juiz-constitucionala-afirma-luis-roberto-barroso> > Acesso em 08 outubro de 2018

responsáveis e, em caso positivo, quais os limites e padrões dessa intervenção judicial em vista dos ditames do Estado de Direito Democrático. Nessa senda, desde logo cabe aqui distinguir entre ativismo judicial pernicioso e judicialização de política pública. “A expressão ativismo judicial é polissêmica.”<sup>21</sup> Prevalecerá nesse texto a noção de ativismo pernicioso como aquele que acompanha a judicialização sempre que o agir judicial está em disfunção quanto a suas atribuições constitucionalmente previstas, extrapolando, sem mais nem porquê, o exercício das atribuições que lhe foram ordinariamente reservadas pela Constituição, rompendo os limites democráticos de sua atuação.

De molde, o assunto será dividido novamente em duas partes. A primeira objetiva caracterizar a política pública dos centros de ocupação itinerante no contexto do direito fundamental à diferenciação social, expondo a relevância constitucional e convencional da preservação da cultura e dos povos indígenas. Na sequência, o movimento seguinte do texto revelará as duas possíveis posturas quanto à intervenção judicial sobre a questão, incluindo o procedimento e os limites em caso de considerá-la viável.

O direito fundamental à diferenciação social pode ser visualizado na Constituição Federal, a qual determina ao Estado brasileiro a proteção, entre outras, das culturas indígenas (CF, art.215, §1º), que devem compor o patrimônio cultural brasileiro na medida em que, tomada em conjunto, é responsável por boa parte da referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (CF, art. 216, *caput*). É inestimável a contribuição desses povos à diversidade cultural do Brasil.

De rigor, pois, a garantia de que esses povos tenham o controle sobre suas instituições e formas de vida, administrando o próprio desenvolvimento econômico, assim como sua língua, religião, leis, valores, costumes e perspectivas. Com efeito, como destaca Silva<sup>22</sup>, não olvidou a mesma Constituição de reconhecer aos povos indígenas a organização social que lhes é própria, costumes, línguas, crenças e tradições (CF, art.231). Para garantia desses direitos, ainda, a Constituição concedeu à comunidades e organizações indígenas legitimidade para ingressar em juízo, visando a proteção jurisdicional em defesa de seus direitos e interesses (CF, art.232). Assim:

---

<sup>21</sup> PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais - teoria constitucional e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 461.

<sup>22</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015. p. 77.

A apropriação dos direitos dos índios pelos direitos fundamentais ocorre, em nível normativo, pela positivação, na Constituição atual, de normas que reconhecem como direito a própria diferenciação social, marcada seja pela cultura seja pela tradição, esta que é, então, a matriz do direito fundamental da qual decorrem outros direitos<sup>23</sup>.

Como se presente, o tema situa-se nos quadrantes das peculiaridades da cultura e tradições migratórias em vista da necessária dignidade humana e segurança dos índios. Sob o prisma dos direitos humanos, o abrigo dos indígenas em trânsito pelas cidades, de modo que se lhes garanta uma permanência digna, tem sido uma forma de atender a ditames internacionais, como a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas<sup>24</sup>, segundo a qual os povos indígenas têm direito, sem discriminação, ao melhoramento de suas condições econômicas e sociais, principalmente na área de habitação, saneamento, saúde seguridade social e outras (art. 21, item 1), cabendo aos Estados adotar medidas eficazes para concretização desse contínuo melhoramento com ênfase particular no atendimento de idosos, mulheres, jovens, crianças e deficientes (art. 21, item 2).

De outro lado, ainda no plano internacional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) constitui norma jurídica de força supralegal, visto que detém a condição de tratado internacional em matéria de direitos humanos, como já decidiu o STF inspirado nas disposições da EC n. 45/2004<sup>25</sup>. Obrigam-se os países signatários a reconhecer e a respeitar a diversidade étnico-cultural dos povos indígenas a partir da qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais lhes devem ser garantidos (art. 3º).

Nesse eito, a Convenção 169 da OIT estatui aos países o dever de assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições, cujo controle e formas de vida devem estar nas mãos dos índios. Sendo assim, no art.2º a mencionada Convenção destaca a obrigação dos governos de promover ações coordenadas e sistemáticas para proteção dos povos indígenas,

---

<sup>23</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015. p. 208.

<sup>24</sup> Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <[https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 01 out.2018.

<sup>25</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, 30 de dezembro de 2004**. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

sempre com a participação deles em todas as fases das políticas públicas indigenistas. A Convenção 169 desde logo enuncia alguns resultados que devem ser alcançados por tais políticas, como promoção da plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos (art. 2º, item 2, b e c)<sup>26</sup>.

Ainda em cima, o art. 4º da Convenção 169 fala em medidas especiais “para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados”; por sua vez, o artigo 5º reforça a importância de se tomar em conta valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais próprios dos povos à vista dos problemas que enfrentam, devendo aos Estados estabelecer “políticas para mitigar as dificuldades enfrentada por esses povos, diante das novas condições de vida e trabalho, deverão ser adotadas” (art.5º, item c)<sup>27</sup>.

Em síntese, a proteção do direito fundamental à diferenciação social dos indígenas compreende o respeito às peculiaridades de sua cultura e tradições, mediante a construção de um local adequado para que possam com dignidade e segurança continuar com a prática cultural de perambulação (processo de mobilidade entre aldeia e cidade), que atualmente é representada pelo deslocamento das aldeias aos centros urbanos para a troca e venda de artesanato. Com razão, Paulo Thadeu Gomes da Silva destaca:

(...) os direitos dos índios não se resumem - ou melhor, não se cingem - às questões de direito social, porém com muito mais força de significado dizem eles respeito às questões de fundo organizacional e cultural, de serem respeitados como pessoas diferentes daquelas que compõem a sociedade majoritária, o que leva à conclusão de que possuem direitos específicos, e isso, na maioria das vezes em que esteja em jogo direito do índio, nada tem a ver com riqueza ou com distribuição de renda, ainda que os índios possam ser titulares de direitos sociais<sup>28</sup>.

Após esboçar as razões pelas quais a política dos centros de ocupação itinerante insere-se dentro das diretrizes constitucionais e convencionais de proteção dos direitos fundamentais dos povos indígenas, em especial do direito fundamental à diferenciação social, doravante a análise

---

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>27</sup> BRASIL. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>28</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015. p. 80.

prossegue na trilha da possibilidade de determinação da política pública por meio da tutela judicial em especial quando omissos os gestores, direta ou indiretamente responsáveis.

O discurso nesse contexto há de tomar em consideração não somente a relevância integral da política pública, mas também em que medida ela toca o mínimo existencial do grupo beneficiado, o nível de vulnerabilidade a que está exposto, além de, à evidência, o custo e as limitações orçamentárias para consecução da medida.

Com efeito, de um lado tem-se a imposição constitucional, convencional e legal, da efetividade do direito fundamental à diferenciação social dos indígenas, que compreende o respeito às peculiaridades de sua cultura e tradições, mediante a construção de um local adequado para que possam com dignidade e segurança continuar com a prática cultural de perambulação, que atualmente é representada pelo deslocamento das aldeias aos centros urbanos para a troca e venda de artesanato; por outro lado, está presente autonomia do Comitê Regional da FUNAI na escolha das políticas de atendimento das mesmas comunidades indígenas. Em regra, como é sabido ao administrador público, incumbe pautar suas ações de acordo com o orçamento, considerado este instrumento financeiro da gestão pública.

A atuação do Poder Judiciário há de ser vista com cautela e, preferencialmente, quando reste evidenciada uma tal omissão do gestor que a um só tempo descure da proteção do mínimo existencial havendo dotação orçamentárias (ainda que mediante realocação) suficiente.

Com efeito, apenas e tão-somente no caso concreto é que o Estado-juiz poderá equacionar a questão. É em decorrência das circunstâncias fáticas vivenciadas na demanda concreta que será possível sopesar se a alocação de meios de execução (elaboração de projetos, aquisição de local, de materiais de construção, móveis, equipamentos, contratação de mão-de-obra, dentre outras providências) faz-se proporcional para alcance dos benefícios provenientes da política pública dos centros de ocupação itinerante.

É bem verdade que notadamente o gestor público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais (incluindo normas internacionais com força supralegal) para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional. Contudo, não é suficiente para que o Poder Judiciário atue em substituição ao mesmo gestor, determinando judicialmente a conveniência de implementação da política.

A atuação do Poder Judiciário em demandas atinentes às políticas públicas de impacto social, deve ser comedida e temperante, atendendo para a lição de Aristóteles que principia o livro

V da Ética a Nicômaco neste tom: “No que toca à justiça e à injustiça devemos considerar: (1) com que espécie de ações se relacionam elas; (2) que espécie de meio-termo é a justiça; e (3) entre que extremos o ato justo é intermediário” (ARISTÓTELES, *Ét. Nic.*, V, 1, 1129a1<sup>29</sup>), sendo assim, “é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção” (ARISTÓTELES, *Ét. Nic.*, V, 3, 1131b15)<sup>30</sup>.

Assim, apenas estabelecida entre a escassez e o excesso, a atuação do Poder Judiciário pode-se dizer, que é pautada pelos ditames constitucionais e democráticos. Até porque é dever ético do juiz, especialmente ao proferir decisões, estar atento às consequências que pode causar: “Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.” (Art. 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional.)<sup>31</sup>

Não se está afirmando que a intervenção do Judiciário deve ser proscrita. *Non liquet* não lhe é permitido; a resposta do Judiciário é imposição do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art.5º, XXXV). Sobre o papel do Judiciário no controle de políticas públicas em geral, bem lembrou Rister, por um longo período na tradição jurídica do Brasil entendeu-se “no sentido de aproximar as políticas públicas aos atos de gestão ou atos puramente políticos, de governo, razão pela qual tais atos dos governantes estariam a salvo do controle judicial.”<sup>32</sup> No proscênio atual a ideia de que “as políticas públicas têm ligação direta com o Estado Democrático de Direito”<sup>33</sup>, fez evoluir o paradigma nesse campo. O primado da supremacia da Constituição precisa ser levado a efeito pelo Poder Judiciário. Concordando com Mancuso, Rister admite “amplo e exauriente” controle judicial de políticas públicas<sup>34</sup>, quer quanto aos fins almejados - “que devem se amoldar

---

<sup>29</sup> A referência diversa da ABNT justifica-se universalmente para textos clássicos de autores gregos antigos. A notação acima indica que a citação se encontra na obra *Ética a Nicômaco*, livro V, capítulo 1, p.1.129, coluna “a”, linha 1, da edição Bekker (numeração de Bekker).

<sup>30</sup> No particular justa repartição de vantagens sociais, a justiça distributiva mais do que a comutativa interessa-nos. Pozzoli, comentado Aristóteles, dilucida: “A justiça distributiva tem por objetivo permitir que pessoas participem do bem comum mediante uma distribuição equitativa, de acordo com seus méritos ou suas habilidades. Em outras palavras, consiste em dar a alguém o que lhe é devido segundo uma igualdade.” POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. São Paulo: Loyola, 2001. p. 43.

<sup>31</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Código de Ética da Magistratura Nacional**, de 18 de setembro de 2008. *Diário da Justiça*, p. 1 e 2, 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 07 de out. 2018.

<sup>32</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 459.

<sup>33</sup> SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

<sup>34</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 453.

ao 'desenho' ou modelo previamente traçados pela Constituição e pelas leis que porventura regerem tais políticas"<sup>35</sup> - quer dos meios empregados para concretizar tais fins.

Contudo, a questão não é simples. Toda prestação jurisdicional passível de gerar forte impacto em decisões políticas deve deitar raízes na parcimônia e, sobretudo, há de estar fulcrada em um método ajustado para resolução em temas de direito fundamental. Nesse sentido, dentro do que o jurista Robert Alexy fala a respeito de uma *Teoria dos Direitos Fundamentais* em obra com esse nome publicada no ano de 1985<sup>36</sup>, encontra-se um valioso método para trato judicial de questões complexas em matéria de direitos fundamentais.

Nas demandas envolvendo efetivação de políticas públicas levadas ao Judiciário, normalmente o ponto nodal da controvérsia tem endereço situado na colisão entre mandamentos de otimização (princípios), isto é, o centro da querela reside na colisão entre normas principiológicas quer daquelas que prevêm direitos fundamentais quer daquelas outras que veiculam a soberania do orçamento<sup>37</sup>.

Alexy propõe o método da ponderação (ou sopesamento) entre princípios colidentes como instrumento para resolução do caso concreto<sup>38</sup>. Com efeito, “sempre no âmbito concreto, vale redizer: as nuances da causa é que determinarão os critérios pelos quais se concluirá que um princípio possui maior peso que outro.”<sup>39</sup> Esses critérios, colhidos pelo magistrado a partir da argumentação das partes e da participação delas na produção da prova, é que determinará a parte fática do que chamou Alexy de *lei da colisão*. A lei da colisão expressa a relação concreta e condicionada de precedência:

---

<sup>35</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 453.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ªed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007]

<sup>37</sup> A questão dos princípios suscita muita controvérsia na doutrina. Escreveu Grau, referindo-se ao paradigma dos princípios presente no final do séc.XX: “...por um lado, foram eles [os princípios] banalizados e, por outro, grande parte do que tem sido referido como doutrina produzida em torno deles dá testemunha acabado de que as pessoas que possuem inteligência bem-formada correm sempre o risco de supor que a criatividade de que são dotadas é suficiente para suprir a falta de leitura de que padecem.” (2009, p.47)

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ªed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007] p. 93.

<sup>39</sup> CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. *Revista de Direito Público*, Londrina, v, 4, n. 2, p. 1-11, maio/ago. 2009. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10749/9399>>. Acesso em 3 out.2018. p. 8.

O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio  $P_1$  tem um peso maior que o princípio colidente  $P_2$  se houver razões suficientes para que  $P_1$  prevaleça sobre  $P_2$  sob as condições C, presentes nesse caso concreto.<sup>40</sup>

Merece ênfase, nessa metodologia do sopesamento, o enfrentamento da questão no recôndito do caso concreto. Como destaca Ricardo Pinha Alonso, sobretudo no campo de direitos como o da alocação de pessoas em centros urbanos, a densidade normativa do texto constitucional amplia “o espaço para a discricionariedade da decisão política definidora das atividades públicas necessárias à efetivação das ações.”<sup>41</sup> Contudo, força convir que é na situação fática – tão especificada quanto possível - que tal discricionariedade, à vista da proporcionalidade, submete-se a processo de objetivação (nunca pleno, é verdade, dada a complexidade das circunstâncias fáticas normalmente presentes) capaz de justificar tanto uma definida decisão administrativa, quanto judicial.

Destarte, um método razoável de avaliação da intervenção judicial em lides nas quais se discute a implementação de políticas públicas de povos indígenas como forma de efetivação do direito fundamental à diferenciação social. Por conseguinte, sempre que as circunstâncias fáticas, democraticamente colhidas na manifestação das partes e nos elementos probatórios amealhados durante a instrução processual, estiverem a indicar que deve prevalecer a instituição da política pública, digamos de criação dos centros de ocupação itinerante, o Poder Judiciário há de atuar positivamente, determinando-lhe a concretização; caso contrário, isto é, havendo elementos concretos que recomendem a primazia de outros princípios com a insuficiência orçamentária ou outros valores constantes na manifestação contrária do gestor público na criação da política, esta deverá prevalecer.

De qualquer forma, sempre que se esteja nesse campo, está-se a falar também da teoria da argumentação jurídica, uma vez que todo o discurso jurídico em torno da questão pressupõe regras adequadas de argumentação racional, sem a qual não se poderá validamente estabelecer qual princípio há de ter primazia. Alexy sintetizou: “Os níveis da regra e dos princípios devem certamente complementar-se com um terceiro, a saber, com uma teoria da argumentação jurídica,

---

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ªed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007] p. 97.

<sup>41</sup> ALONSO, Ricardo Pinha. **Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas**. 172p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 48.

que diz como, sobre a base de ambos os níveis, é possível uma decisão racionalmente fundamentada”<sup>42</sup>. Evidente, portanto, que à Teoria dos Direitos Fundamentais mister se faz adicionar a não menos importante *Teoria da Argumentação Jurídica*, também de autoria de Alexy<sup>43</sup>.

Nesse eito, não é nosso intuito destacar pormenorizadamente todos os movimentos de ambas as teorias, contudo imprescindível anotar uma peculiaridade quando se trata de resolução de temas de direitos fundamentais dos povos indígenas: avulta em importância a participação direta da comunidade na resolução da questão. Por imperativo da Convenção 169 (arts. 6º e 7º)<sup>44</sup> deve ser assegurada a consulta aos povos interessados, o que impõe ao Poder Judiciário criatividade para abertura de vias de comunicação direta com a comunidade indígena, talvez com audiências públicas após prévia e devida informação aos índios sobre a questão que se discute na demanda, com uma instrução processual cuidadosa, incluindo pareceres e laudos antropológicos, mas também oitiva, formal ou informal, de membros da comunidade.

Só assim, garantindo a devida informação e participação da comunidade, é que se poderá validamente dizer que aos beneficiados foi conferido o acesso à justiça, também como direito fundamental das comunidades e povos indígenas.

Em síntese, a avaliação da intervenção do Judiciário em questões desse jaez deve ser cercada: primeiro, da exata delimitação dos princípios colidentes no caso concreto; segundo, da colheita de elementos concretos a partir da argumentação das partes, da oitiva esclarecida da

---

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho (edição digital), núm. 5 (1988), pp. 139-151. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>>. Acesso em 3 out.2018. p. 149.

<sup>43</sup> É por meio de razões públicas e bem travejadas que, em especial, pode-se controlar decisões judiciais. É bem verdade que nada escapa à crítica doutrinária. Referindo-se pejorativamente ao que denominou “simplificação do quanto mais melhor” no campo dos direitos sociais, Novais diretamente contesta Alexy: “Envolvendo retoricamente esta estratégia na fundamentação proporcionada pela teoria dos direitos fundamentais como princípios desenvolvida por ALEXY – independente de qual seja a posição correta sobre o problema deste Autor ou dos seus seguidores – e em apelos vagos à metodologia da ponderação de bens, tudo acaba por redundar, frequentemente, em decisões favoráveis a quem, numa determinada contenda judicial, invocou a seu favor um direito fundamental social.” (2016, p.32.)

<sup>44</sup> “**ARTIGO 6º** 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem; (...)2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado. **ARTIGO 7º** 1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades (...) Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.”

comunidade indígena e da instrução processual da qual participem todos os interessados (direta ou devidamente representados); para só então, numa terceira etapa, estabelecer-se a lei da colisão, também por meio da devida fundamentação o Poder Judiciário, da qual o conseqüente indicará – frise-se – no caso concreto qual princípio há ter primazia e, portanto, se a política pública deve ou não ser implementada pelo gestor público omissor.

## **5. CONCLUSÃO**

À guisa de conclusão, importa consignar do quanto restou escrito que a pesquisa em torno do tema da implementação de Centros indígenas de Ocupação Itinerante via tutela judicial não se esgotou neste pequeno texto, tampouco alhures. O assunto suscita grande discussão acadêmica e prática, cujo pano de fundo são as bases teóricas para interferência judicial em matéria de política pública.

O foco do problema deste artigo representa uma das inúmeras instâncias em que o Poder Judiciário é chamado a decidir conflitos, derivados das mais diversas políticas públicas de direitos fundamentais, a saber: é admissível ou não a tutela judicial que determine ao gestor público a construir e manter centros de ocupação itinerante (casas de passagem) para atender os índios que transitam pelas cidades em movimento migratório próprio de sua etnia?

A resposta, como se viu é, complexa. Passa pela vereda da proteção do índio, da cultura e das tradições indígenas até os tortuosos limites e parâmetros de atuação do Judiciário no Estado de Direito Democrático.

Demandou toda uma caracterização dessa política pública como acesso ao direito fundamental à diferenciação social nas dobras do qual justamente residem as práticas culturais de perambulação dos índios representadas pelo deslocamento das aldeias aos centros urbanos para a troca e venda de artesanato. Nessa linha, forçoso foi pontuar os gestores direta e indiretamente responsáveis pela dita política pública. Ainda, o adequado tratamento desse direito fundamental reclamou exposição de todo um arcabouço normativo interno e internacional que lhe dá supedâneo.

Conectado a isso, foi necessário tecer considerações sobre um método adequado para cuidar do assunto, um prosclênio no qual os atores processuais pudessem dar seguimento aos discursos em cooperação com o Estado-juiz chamado a decidir a demanda.

Esse método foi o da ponderação (ou sopesamento) entre princípios colidentes como instrumento para resolução do caso concreto tal como preconizado por Robert Alexy. Instrumento metodológico reconhecidamente apto a tratar direitos fundamentais seja a partir da estrutura normativa desses direitos, seja a partir da argumentação racional na construção discursiva de soluções.

Assim, a resposta ao problema que motivou a pesquisa, conquanto repouse nas circunstâncias do caso concreto, justamente porque vão dar as bases fáticas da lei da colisão que apontarão para a relação de primazia entre os princípios colidentes, não prescinde da argumentação racional e adequada, sobretudo com a participação da comunidade indígena interessada.

Ao final, um esclarecimento. Não se trata aqui de propor “a” solução para problema tão complexo e intrincado, mas apontar para “um” modelo teórico, não isento a críticas, capaz de orientar tanto a produção da solução em parâmetros participativo-democráticos com orientar a tomada da decisão pelo Estado-juiz no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho (edição digital), núm. 5 (1988), pp. 139-151. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>>. Acesso em 3 out.2018.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2ªed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007]

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas**. 172p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: **Os pensadores**. vol. IV. 1ªed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Borheim (da versão inglesa de W.D. Rosá). São Paulo: abril Cultural, 1973. p.245-436.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. *Portal da*

*Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Decreto 9.010, de 23 de março de 2017. **Estatuto da FUNAI**. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, 30 de dezembro de 2004**. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências**. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. *Portal da Legislação*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm)>. Acesso em: 04 out. 2018.

CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 2, p. 1-11, maio/ago. 2009. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10749/9399>>. Acesso em 3 out.2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Código de Ética da Magistratura Nacional**, de 18 de setembro de 2008. *Diário da Justiça*, p. 1 e 2, 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 07 de out. 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Auto 145/06**. Referencia: expediente ICC-996. Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil seis (2006). Disponível em:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2006/A145-06.htm>> Acesso em: 08 out. 2018.

FEDERICO. D. Sedlacek. **El control jurisdiccional de políticas públicas: hacia una formulación del dogma republicano**. *Civil Procedure Review*, v.4, Special Edition: 3-69, 2013. Disponível em:<[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiFq8\\_pqvrDAhXGfJAKHTgrB0oQFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.civilprocedurereview.com%2Fbusca%2Fbaixa\\_arquivo.php%3Fid%3D71%26embedded%3Dtrue&usq=AOvVaw1F6P5CDAG63tyD8-x6J\\_kY](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiFq8_pqvrDAhXGfJAKHTgrB0oQFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.civilprocedurereview.com%2Fbusca%2Fbaixa_arquivo.php%3Fid%3D71%26embedded%3Dtrue&usq=AOvVaw1F6P5CDAG63tyD8-x6J_kY)> Acesso em 08 oct. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUAN, Carlos Henao Pérez. **El Juez Constitucional: Un Actor de las Políticas públicas**. Revista de Economía Institucional, Vol. 15, n° 29, segundo semestre? 2013, pp 67-102. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/3620>> Acesso em: 09 out. 2018

MABILDE, Pierre François A. B. **Apontamentos sobre os indígenas selvagens da Nação Coroados dos Matos da Província do Rio Grande do Sul**. São Paulo: IBRSA/INL, 1983.

NESTOR, Pedro Sagués. **Del Juez Legal al Juez Constitucional**. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjSo7T2pvrdaAhXMfpAKHVc8CxcwQFjAAegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fdialecto.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1976105.pdf&usg=AOvVaw2C9H0CWM03W66cO\\_i-MyPa](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjSo7T2pvrdaAhXMfpAKHVc8CxcwQFjAAegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fdialecto.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1976105.pdf&usg=AOvVaw2C9H0CWM03W66cO_i-MyPa)> Acesso em: 08 out. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2ªed. Lisboa: AAFDL, 2016.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <[https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 01 out.2018.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais - teoria constitucional e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2014.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. São Paulo: Loyola, 2001.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015.

TOMMASINO, Kimiye. **A história dos Kaingang da Bacia do Tibagi: uma Sociedade Jê Meridional em Movimento**. 1995. 348 fls. Dissertação (Doutorado em Antropologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

\_\_\_\_\_. **Os novos acampamentos (vãre) kaingang na cidade de Londrina: mudança e persistência numa sociedade Jê**. Revista Mediações, Londrina, v. 3, n. 2, jul./dez. 1998.

\_\_\_\_\_. **Território e territorialidade Kaingang. Resistência cultural e historicidade de um grupo Jê**. In: MOTA, Lúcio Tadeu; NOELLI, Francisco Silva; TOMMASINO, Kimiye (org.). *Uri e Wãsi – Estudos Interdisciplinares dos Kaingang*. Londrina: Ed. UEL. 2000, p.191-226.

TOMMASINO, Kimiye; ALMEIDA, Ledson Kurtz de. **Territórios e territorialidades Kaingang: a reinvenção dos espaços e das formas de sobrevivência após a conquista.** *Mediações*, Londrina, v 19, n. 2, p. 18-42, jul. /dez. 2014.

TRT -13. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho 13 Região. **Todo juiz é um juiz constitucional, afirma Luis Roberto Barroso.** 2012. Disponível em < <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2012/05/atodo-juiz-a-c-um-juiz-constitucionala-afirma-luis-roberto-barroso> > Acesso em 08 out. 2018.

VILLARES, Luiz Fernando Villares. **Direito e Povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009.

Esse artigo é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição 4.0. Você tem o direito de: Compartilhar — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato; Adaptar — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial. [Clique aqui](#) e saiba mais sobre essa licença.