

# DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTEXTO BRASILEIRO DE ATIVISMO JUDICIAL – O EXEMPLO DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL<sup>1</sup>

*THE ROLE OF PUBLIC ADVOCACY IN THE BRAZILIAN  
CONTEXT OF JUDICIAL ACTIVISM - THE EXAMPLE OF  
"RAPOSA SERRA DO SOL" CASE*

*Antonio Cavaliere Gomes*

*Procurador Federal, com exercício na Fundação Nacional do Índio-FUNAI de 2003  
a 2007, Coordenador de Contencioso da Procuradoria Federal junto ao Instituto  
Nacional de Propriedade Industrial-INPI, Pós-Graduado em Direito Público pela  
Universidade Cândido Mendes – UCAM.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Classificação do interesse público em primário e secundário; 2 Considerações acerca da advocacia pública no Brasil; 3 Cenário de ativismo judicial brasileiro; 4 Análise da atuação da advocacia pública em casos de ampla repercussão submetidos ao Supremo Tribunal Federal; 4.1 O caso Raposa Serra do Sol; 5 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Monografia apresentada como conclusão de curso de Pós-Graduação em Direito Público na Universidade Cândido Mendes – UCAM, em abril de 2010, tendo obtido conceito máximo

**RESUMO:** A Advocacia Pública brasileira caminha no sentido de consolidar seu papel de agente essencial à justiça, tal como previsto no texto constitucional. A partir do momento em que o Poder Judiciário adota postura especialmente ativa quanto a questões de relevante interesse público, torna-se ainda mais fundamental que a instituição responsável por fazer a fiscalização, orientação e defesa dos atos e políticas públicas desempenhe bem a sua função, levando aos julgadores as razões jurídicas da conduta tomada pelo representante do povo. Neste trabalho pretende-se mostrar a evolução da atuação da Advocacia Pública na defesa de interesses públicos primários, valiosos para a sociedade como um todo e não somente para a Fazenda Pública, para o Erário. É utilizado como exemplo o caso da demarcação, pelo Poder Executivo, da terra indígena Raposa Serra do Sol, em forma contínua, que, impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, foi defendida pela Advocacia-Geral da União.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia Pública. Ativismo judicial. Interesse público primário. Caso Raposa Serra do Sol.

**ABSTRACT:** The Brazilian Public Advocacy moves towards consolidate its role as an essential agent of justice, as provided in the constitutional text. From the moment that the Judiciary takes an especially attitude on issues of public interest, it becomes even more fundamental that the institution responsible for making the supervision, guidance and protection of actions and policies should fulfill its function, leading to the judges the legal reasons of the conduct made by the chief. This paper aims to show the performance evolution of Public Advocacy in the defense of public primary interests, valiant for society as a whole and not only for the Exchequer, for the Treasury. It is used as an example the case of demarcation by Executive Branch of the “Raposa Serra do Sol” land, in the continuous form, which was contested in the Supreme Court, being defended by the Attorney-General of the Union.

**KEYWORDS:** Public Advocacy. Judicial activism. Public primary interest. “Raposa Serra do Sol” case

## INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho, pretende-se demonstrar como a Advocacia Pública vem se comportando no atual cenário brasileiro de ativismo judicial, consolidando sua atuação na defesa dos interesses públicos ditos primários e afastando, cada vez mais, a visão predominante na sociedade e no próprio meio jurídico no sentido de que tal ramo das funções essenciais à justiça teria como atribuição primordial tão somente a defesa de interesses meramente fazendários, vinculados ao Estado em sentido estrito.

Escopo do trabalho é demonstrar e ressaltar a grande e importante atuação da Advocacia Pública nas questões de relevante interesse público, em especial no que se refere a casos concretos de ampla repercussão social submetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Procurou-se, assim, fazer uma análise mais aprofundada acerca do caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, levada a efeito pelo Poder Executivo e contestada no Supremo Tribunal Federal, dando-se ênfase às alegações levadas pela Advocacia-Geral da União ao Tribunal quando da defesa judicial do ato.

Em casos como este, cada vez mais se percebe uma Advocacia Pública pautada por razões constitucionais, adotando postura que, em tese, se analisada literalmente, poderia parecer até mesmo contraditória com os próprios interesses da pessoa jurídica de direito público que está sendo representada em juízo.

Durante as ponderações, portanto, fez-se breve digressão acerca da clássica diferenciação entre interesse público primário e secundário, sendo o primeiro relevante para a sociedade de forma geral e o segundo mais diretamente ligado ao Erário, à Fazenda Pública propriamente dita.

Apontou-se, ainda, para marcos históricos importantes referentes à Advocacia Pública brasileira, mostrando sua presença inicial e nitidamente contraditória no âmbito do Ministério Público, passando pela clara e absolutamente necessária separação total das atribuições ministeriais e chegando até os dias atuais, quando a Carta Constitucional vigente lhe considerou como uma das funções essenciais à justiça, o que, por si só, já é indicativo reluzente de que lhe incumbem papéis que transcendem, em muito, a mera defesa do ato administrativo estatal.

Foram abordadas, ainda, linhas gerais acerca do fenômeno do ativismo judicial - momento em que o Poder Judiciário avoca, em seus julgados, soluções para grandes problemas nacionais - seus efeitos no plano político e como a doutrina nacional e internacional vem tratando o assunto.

Finalmente, como já dito, foi analisado, exemplificativamente, o caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, submetido ao Supremo Tribunal Federal, e como se deu a atuação da Advocacia Pública na defesa do ato do Poder Executivo, justamente no sentido de infirmar as considerações desenvolvidas ao longo do texto.

## 1 CLASSIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO EM PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Absolutamente clássica, em nossa doutrina e jurisprudência, a classificação do interesse público em primário e secundário, sendo o primeiro aquele relevante para toda a sociedade, ou seja, que possui potencial repercussão nas relações sociais, enquanto o segundo seria o interesse meramente fazendário, relativo ao erário, o qual, ao menos em uma análise superficial, não incide de forma direta na vida dos cidadãos.

Tal classificação, como ressaltado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, já é de trânsito tão corrente na doutrina italiana que os doutrinadores daquele país já pouco a abordam.<sup>2</sup>

De igual forma, nossas doutrina e jurisprudência também adotam comumente tal distinção, como se pode aferir, por todos, do seguinte trecho de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jusfilosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.<sup>3</sup>

Assim, frequentemente, observa-se na sociedade e na própria consciência jurídica nacional a idéia simplória de que caberia ao Ministério Público, em seus diversos ramos, a defesa do interesse

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 11308, 19/05/2008.

público primário, enquanto à Advocacia Pública ficaria reservado o papel de defensora dos governantes e das questões fazendárias, no sentido estrito do termo.

Porém, com uma análise um pouco só mais cuidadosa do ordenamento jurídico pátrio, nota-se que tal noção é uma impropriedade.

Apenas para citar um exemplo banal, observe-se a legitimidade da União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações e Sociedades de Economia Mista para propor ação civil pública na defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, histórico etc., conforme previsto na lei nº 7347/85.

Nesses casos, claro fica que a Advocacia Pública, representando a pessoa jurídica de direito público que figura como autora na lide, estará propondo uma demanda para a defesa de um interesse público classificado como primário.

No exato sentido do que aqui se afirma, vejamos trecho de julgado recente:

A defesa do interesse público primário concernente na proibição de funcionamento de rádios clandestinas autoriza a Anatel a tutelar seu poder de fiscalização através de ação civil pública, quando a sua atuação, no caso concreto, está obstada por lei municipal, mormente quando se sabe que os sinais emitidos pelas referidas rádios interferem na comunicação entre as aeronaves e as respectivas torres de comando, o que pode provocar sérios riscos de acidentes. Preliminar Rejeitada.<sup>4</sup>

Tal decisão demonstra que a jurisprudência está atenta e vem evoluindo no trato da questão, discernindo de forma cristalina a possibilidade de defesa de interesse público classificado como primário pela Administração Pública e, conseqüentemente, pela Advocacia Pública.

## 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO BRASIL

Como se disse acima, ainda é bastante forte a idéia de separação rígida entre a instituição que deve promover a defesa do interesse público primário e aquela que seria responsável pela defesa do interesse público secundário.

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 410516, 01/07/2009.

Uma das razões para tal, a nosso ver, é a própria origem da Advocacia Pública e a maneira pela qual esta se consolidou no Brasil.

Na Itália, como lembrado por Mário Bernardo Sesta<sup>5</sup>, país em cujo modelo de Advocacia Pública o Brasil muito se inspirou, a atribuição relativa ao aconselhamento jurídico e ao patrocínio judicial do interesse público enquanto interesse do Estado foi, na segunda metade do século XIX, subtraída do “Pubblico Ministero” e atribuída à “Avvocatura Erariale” e, após, já no início do século XX, à chamada “Avvocatura dello Stato”.

Por fim, a lei italiana nº 103 de 03/04/1979 consolida a “Avvocatura dello Stato” como instituição com independência funcional, exercendo a função de elo entre a Administração Estatal e Regional daquele país e garantindo, através de uma percepção geral, uma atuação administrativa que objetive a melhor satisfação do interesse público.<sup>6</sup>

Em nosso país, por sua vez, a primeira referência constitucional clara à representação judicial da União (pelo Ministério Público Federal) vem somente na Carta de 1946. Confirmamos o dispositivo.

Art.126. O Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, é demissível *ad nutum*.

Parágrafo único. A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer êsse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local.<sup>7</sup>

Já a noção dicotômica, isto é, a separação entre as funções do Ministério Público e da Advocacia Pública, apesar da ausência de previsão constitucional, surge nos anos 60 e 70 através de Consultorias-Gerais ou Procuradorias-Gerais de Estado, distanciadas do órgão

---

5 SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: Finalmente a Racionalização. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n. 01, p. 5-6, novembro 2001.

6 RISPOSTA alle Esigenze Federalistiche. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it>>. Acesso em: 17/06/2009.

7 CAMPANHOLE, Adriano ; Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983.

ministerial, com atribuição de consultoria e representação judicial do interesse público estadual.<sup>8</sup>

Infirmando o sucesso de tal modelo, a Constituição de 1988 reserva, de forma inédita, no Capítulo IV, relativo às Funções Essenciais à Justiça, a Seção I para o Ministério Público, a Seção II para a Advocacia Pública e a Seção III para a Advocacia e Defensoria Pública.

Finalmente, em 1993, é criada, no plano federal, a Advocacia-Geral da União, cujas atribuições constitucionalmente expressas são a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

Consolida-se, assim, a separação entre as funções do Ministério Público e as da Advocacia Pública, inclusive com a proibição constitucional expressa de representação judicial ou consultoria jurídica de entidades públicas por aquela primeira instituição (art.129, inciso IX).

A partir daí, portanto, é que teria surgido a noção obtusa de defesa exclusiva do interesse público dito primário pelo Ministério Público e de defesa apenas fazendária e de atos de governo pela Advocacia Pública.

Ressalte-se, desde logo, que de forma alguma se pretende aqui reduzir a função do Ministério Público como fiscal da lei, defensor do regime democrático e dos direitos fundamentais ou relativizar a crucial importância de tal instituição para o bom funcionamento do estado democrático de direito.

O que se pondera é tão somente abrir espaço para que outras instituições, cujas funções são, como consignado na Carta Magna, tão essenciais à justiça quanto as do “Parquet”, possam também atuar, sem pudores, na defesa dos interesses públicos classificados como primários, sem que haja quaisquer conjecturas no sentido de invasão das funções ministeriais.

Nesse sentido, releva notar a sapiência do constituinte, quando decidiu atribuir ao Ministério Público, de forma privativa, tão somente a promoção da ação penal pública (art.129, I). Tal opção afigurou-se não só sábia mas sobretudo prudente, na medida em que confere exclusividade de atuação ao “Parquet” em relação à matéria

8 SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: Finalmente a Racionalização. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n. 01, p. 5-6, novembro 2001.

intimamente ligada a direitos fundamentais, em especial ao direito de liberdade, evitando que mais de uma instituição possa promover um processo judicial de cunho penal público.

Portanto, afora essa hipótese, todas as outras atividades realizadas pelo Ministério Público não constituem, a princípio e por si só, óbice para que outras instituições também o façam.

E é exatamente nesse ponto que se pretende chegar, ou seja, demonstrar a benesse da defesa dos interesses públicos classificados como primários por todas as instituições com capacidade para tal, mais especificamente, no presente trabalho, pela Advocacia Pública.

### 3 CENÁRIO DE ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Especialmente nos últimos anos, tem-se notado a adoção de uma posição deveras ativa, quase que de protagonismo, por parte do Poder Judiciário brasileiro.

Tal situação está muito bem representada no Supremo Tribunal Federal, cuja composição, aliás, foi substancialmente alterada nos últimos tempos, passando a integrar a Corte juristas com perfil mais arrojado, formados em ambientes críticos ao regime ditatorial vigente no Brasil nas décadas de 60 e 70, e altamente identificados, portanto, com os preceitos democráticos e preocupações sociais presentes na Constituição de 1988.

Esse movimento de maior participação e influência do Poder Judiciário nas questões nacionais é caracterizado pela doutrina como ativismo judicial, no sentido de os julgadores atuarem de forma incisiva, inovadora, em questões de relevante interesse público, muitas vezes adotando posição de vanguarda no cenário nacional.

É a situação oposta à chamada auto-contenção judicial, momento em que o Judiciário encontra-se retraído, com posições majoritariamente conservadoras e previsíveis, evitando aplicar diretamente a Constituição a casos concretos, declarar inconstitucionalidade de normas expedidas pelo legislador ou interferir nas políticas públicas dos governantes.

O ativismo judicial, por sua vez, normalmente está atrelado a uma postura omissa do legislador e à ausência de credibilidade da sociedade no ambiente político em geral, foro onde, originalmente, deveriam

ser discutidas e definidas as questões que acabam sendo levadas ao Judiciário, para que este tenha a palavra final sobre o assunto.

Um perfeito exemplo disso é dado pelo Professor Luís Roberto Barroso<sup>9</sup>, quando é citado o fato de as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal sobre o uso de células tronco embrionárias, quando se discutia a constitucionalidade da lei de biossegurança (lei nº 11.105/2005), terem tido muito maior repercussão do que a própria aprovação de tal lei pelo Congresso Nacional. Em outras palavras: a questão somente passou a merecer a atenção da mídia e da própria sociedade quando submetida ao Poder Judiciário.

Assim, apesar de ter se tornado lei geral, abstrata e a todos aplicável, a sociedade civil, de maneira abrangente, excepcionando-se, por óbvio, aqueles setores mais intimamente ligados à causa, só se interessou pelas questões nela tratadas quando se decidiu impugnar a sua constitucionalidade, levando-a ao crivo do Poder Judiciário.

Essa constatação levanta uma face negativa do fenômeno do ativismo judicial, em especial se considerarmos que o Judiciário é um poder inerte, isto é, só age quando provocado.

Imaginemos se nenhum daqueles legitimados (art.103 da Constituição) para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade tivesse provocado o Supremo Tribunal Federal? O resultado seria a existência de uma lei altamente revolucionária em seu campo de atuação, com influência direta na vida de milhões de cidadãos, e praticamente desconhecida de grande parte da sociedade, que pouco ou nada se interessou pelo processo legislativo que a criou.

Curioso é que justamente os membros do Poder Legislativo são representantes eleitos diretamente pelo povo, ou seja, seria natural se esperar uma cobrança e participação maior do cidadão quando estivesse o tema submetido ao legislador e não ao julgador, o qual é pertencente a uma função republicana de caráter eminentemente técnico, não é eleito, normalmente procura adotar postura equidistante das partes que litigam e, como acima referido, só atua quando e se provocado.

Tem-se, portanto, que a referida descrença da população na classe política em geral, a qual é tida, majoritariamente,

---

9 BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Texto publicado em 22/12/2008.

como protetora de interesses fisiológicos, não voltados às reais necessidades do povo, faz com que o Poder Judiciário, reconhecido pela ampla maioria como instância de fato autônoma, independente e técnica, livre de compromissos partidários, acabe surgindo como legítimo “revisor” das atitudes tomadas pelos representantes dos outros dois Poderes, de forma mais contundente, no caso do Brasil atual, do Poder Legislativo.

Esse fenômeno faz surgir o debate acerca da “dificuldade contramajoritária”, isto é, se teria de fato o Poder Judiciário, com membros não eleitos pelo povo, legitimidade para se imiscuir em decisões exaradas pelos outros Poderes, cujos representantes foram eleitos pelo voto direto dos cidadãos.

A discussão é rica e ocorre a nível mundial, tendo em conta que o ativismo judicial é um movimento em curso em diversos países, principalmente no ocidente do pós 2ª guerra.

Mauro Cappelletti<sup>10</sup> e Ronald Dworkin<sup>11</sup>, por exemplo, encaram o ativismo judicial de maneira positiva, considerando que tanto o processo legislativo quanto o jurisdicional são processos de criação do direito, pelo que recusam uma posição passiva do Judiciário e não vêem perigo à democracia quando este intervém no mundo político.

Já Antoine Garapon<sup>12</sup> e Junger Habermas<sup>13</sup> possuem visão mais crítica acerca de tal fenômeno, ponderando o primeiro que o debate puramente judiciário individualizaria as obrigações, isto é, o cidadão, ao invés de se engajar em movimentos de caráter coletivo, prefere, de forma mais solitária que solidária, provocar o Poder Judiciário para que o problema seja resolvido da forma que lhe parece mais conveniente.

Habermas, por sua vez, como bem resumido por Vanessa Elias Oliveira e Ernani Carvalho<sup>14</sup>, considera a invasão do direito na política uma disputa em torno do princípio da divisão dos poderes

---

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993.

11 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

12 GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

13 HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

14 OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO, Ernani. *Judicialização da Política: um tema em aberto*. Disponível em: <<http://www.politicohoje.com/ojs/include/getdoc.php?id=352&article=101...pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2010.

republicanos, entendendo que os juízes não teriam o direito de intervir na substância do processo legislativo, através do controle abstrato de constitucionalidade das normas, por exemplo.

No Brasil, observamos juristas como Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento admitindo, com os temperamentos devidos, a ocorrência do ativismo judicial. Confirmamos trecho de artigo do Professor Barroso.

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo Parlamento e sancionada pelo presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo o mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.<sup>15</sup>

Já o Professor Daniel Sarmento resume bem a questão da seguinte forma.

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.

[...]

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de auto-contenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento

---

15 op., cit.

da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.<sup>16</sup>

Por outro lado, existem observações de cunho eminentemente crítico ao avanço do Judiciário, como aquelas feitas pelos Professores Oscar Vilhena Vieira e Humberto Ávila, no sentido de que o fenômeno do ativismo judicial seria consequência de uma indevida fragilidade das instituições de representação política, não podendo os julgadores, com base em princípios fluidos e vagos presentes no texto constitucional, desconsiderar as soluções legislativas encontradas no exercício legítimo da democracia. Confirmamos.

Tudo parece exigir uma última palavra do STF. Se por um lado isto demonstra a grande fortaleza desta instituição, por outro é sintoma de uma forte crise, para não dizer degradação, de nosso sistema democrático, que hoje depende deste novo ‘Poder Moderador’ para funcionar.

[...]

Dada a total falta de cerimônia de nossos políticos em agredir a Constituição, o STF tem sido obrigado a declarar inconstitucionais cerca de três quartos de todas as leis a ele submetidas. Mais recentemente tem substituído o legislador omissor, criando novas regras para o nosso sistema político. Isto demonstra a enorme fragilidade das instituições de representação política, o que certamente não é um bom sinal.”<sup>17</sup>

“Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras legais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação

---

16 SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/biblioteca/servicos/getSumario.asp?cod=239...S.>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

17 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. Artigo publicado no Jornal Valor Econômico.

de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas.<sup>18</sup>

Seja qual for a visão que se adote quanto ao ativismo judicial brasileiro, fato é que tal fenômeno vem ganhando força no país, sendo necessário, portanto, analisar como as instituições que lidam diuturnamente com o Judiciário estão se comportando em tal ambiente.

#### **4 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA EM CASOS DE AMPLA REPERCUSSÃO SUBMETIDOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Na esteira do ativismo judicial que ocorre na sociedade brasileira, pretende-se analisar como a Advocacia Pública, mais especificamente a Advocacia-Geral da União, vem se comportando em tal cenário, tendo em conta sua função constitucional de representação judicial e assessoramento jurídico da União.

É bom que se diga, desde logo, que os membros da Advocacia Pública, tal como desenhada no sistema jurídico constitucional e normativo vigente, não podem ser considerados como simples advogados dos representantes eleitos pelo povo.

Essa noção é facilmente perceptível quando se tem em conta que os membros da Advocacia Pública pertencem a uma carreira de Estado, ou seja, a premissa básica é a de que a sua atuação não poderá ser pautada por interesses ocasionais, desvinculados do interesse público, daqueles que ocupam o poder em um dado momento.

O que se pretende, portanto, é que tais profissionais, selecionados através de critérios técnicos e democráticos (concurso público de provas e títulos), detentores de garantias e autonomia no exercício da função, atuem sem receio de retaliações de cunho político, adequando as políticas públicas propostas pelos representantes do povo e por seus delegados ao que estabelecido no ordenamento jurídico nacional e, quando, necessário, fazendo a sua defesa perante o Poder Judiciário.

A Advocacia Pública, portanto, nem de longe pode ser comparada (apesar de cômoda tal associação) a um órgão jurídico

---

18 ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica e Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./feve./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03/12/2009.

de uma empresa privada, por exemplo, pelo que é flagrantemente equivocada a expressão, ainda adotada com frequência, no sentido de que a Advocacia-Geral da União, por exemplo, seria o “grande escritório de advocacia do governo federal”.

Primeiramente, cabe destacar que, como o próprio nome já o diz, tal instituição atua no âmbito da **União**, isto é, junto aos três Poderes da República e não somente junto ao Poder Executivo, como por muitos considerado.

A título de exemplo prático, destaque-se que, recentemente, a Advocacia-Geral da União instalou órgão para atuação específica junto à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, instituições vinculadas ao Poder Legislativo Federal.

Além disso, o órgão jurídico de uma empresa privada é subordinado à Presidência ou Diretoria da mesma, sendo os seus membros por ela livremente escolhidos e destituídos. Mesmo que haja alguma independência e autonomia técnica por parte dos profissionais do direito, estes estarão sempre, de alguma forma, vinculados à vontade do dirigente.

O mesmo não ocorre com a Advocacia Pública. Os advogados públicos, tal como os advogados privados, devem trabalhar, sim, com a vontade do administrador, tentando adequá-la ao ordenamento jurídico. Porém, o fazem com absoluta autonomia e sem subordinação. Daí a crucial diferença com a iniciativa privada. O advogado público não teme desagradar o administrador público com suas manifestações jurídicas, o que, sem sombra de dúvidas, possui grande chance de ocorrer em um ambiente privado, mormente quando o advogado é funcionário contratado pela empresa.

Enfim, o que se pretende enfatizar é que devemos considerar como premissa da atuação da Advocacia Pública, estejamos em cenário de ativismo ou de contenção judicial, a autonomia, independência e garantias das quais dispõem os seus membros no exercício de suas atividades jurídicas.

#### 4.1 CASO RAPOSA SERRA DO SOL

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, foi impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, em caso que gerou amplo debate nos meios de comunicação e na sociedade brasileira.

A principal das ações propostas na Suprema Corte foi a Petição nº 3388, ação popular proposta por Senador da República, que visava apontar vícios na Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, bem como no Decreto Presidencial que a homologou. Alegava o autor que tais vícios representariam ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

A União Federal e a FUNAI, por meio da Advocacia-Geral da União, promoveram a defesa do ato de demarcação, ressaltando a ocupação histórica indígena na área demarcada, as garantias constitucionais e infraconstitucionais relativas ao instituto do indigenato, a distinção entre posse civil e posse indígena, a inexistência de lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa apta a autorizar o conhecimento da ação popular e a regularidade de todo o processo administrativo que redundou na demarcação da reserva indígena.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de seu Tribunal Pleno, em julgamento ocorrido em 19/03/2009, cujo voto relator foi do Ministro Carlos Britto, decidiu, por maioria, julgar o pedido parcialmente procedente, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tal como defendera a Advocacia-Geral da União, e determinando fossem observadas 19 (dezenove) condições, estas apresentadas em voto do Ministro Menezes Direito.

Ficaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava o pedido totalmente improcedente, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, julgava o pedido inteiramente procedente.

No que se refere às dezenove condições estabelecidas no voto do Ministro Menezes Direito, ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Carmen Lúcia quanto à condição de número 17 (dezesete), a qual determinava a vedação de ampliação de terra indígena já demarcada.

Este caso bem representa o conjunto de observações que aqui se está pretendendo fazer, pois envolve atuação nitidamente pró-ativa do Poder Judiciário, consubstanciando o cenário brasileiro de ativismo judicial, e demonstra de forma inequívoca a atuação da Advocacia Pública como órgão de Estado, defensor do regime democrático constitucional, defesa esta que pode ou não coincidir com os interesses do governante que ocupa o poder em dado momento.

A noção de ativismo judicial encontra-se explícita na medida em que uma questão predominantemente técnica, que envolve conhecimentos específicos de profissionais de outras áreas que não o direito, acaba sendo submetida para decisão definitiva do Judiciário.

Por mais que os julgadores respeitem e considerem o trabalho dos profissionais especializados, haverá, sempre, um grau de discricionariedade judicial, isto é, a decisão, inevitavelmente, terá que valorar e sopesar as informações técnicas que lhes serão apresentadas, a fim de proferir um juízo conclusivo de valor acerca da lide a ser solucionada.

Neste caso específico, cabe destacar que o Poder Executivo, através de órgãos como a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e o Ministério da Justiça, que possuem servidores altamente especializados na questão posta em debate, levou anos de estudos, pesquisas e trabalhos de campo até concluir pela demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na forma da Portaria nº 534/2005.

Alguns antropólogos, por exemplo, que dedicam toda a vida laborativa a estudar as origens e formas de comportamento das sociedades indígenas, se deslocaram até a região (às vezes lá permanecendo por vários meses), fizeram inúmeras entrevistas, analisaram documentos, conviveram com a população local e, ao final de vários anos, chegaram às conclusões resumidas na referida Portaria.

No entanto, a partir do momento em que a questão é judicializada, todas essas informações passaram a sofrer o crivo dos onze Ministros da Suprema Corte, os quais, logicamente, não possuem o conhecimento especializado na matéria e se vêem na condição de dar a palavra final, de julgar estudos e conclusões daqueles que, em outra situação, poderiam ser justamente os seus assessores técnicos em tal área do conhecimento.

Portanto, árdua é a tarefa dos julgadores. Até porque, por disposição constitucional expressa, não é dado ao Poder Judiciário negar a jurisdição, ou seja, alegar que uma determinada questão, por seu caráter precipuamente técnico e especializado, não pode ser decidida definitivamente nos Tribunais.

No caso ora tratado, os Ministros do Supremo tiveram a iniciativa, inegavelmente louvável, de, por algumas horas, visitar a área em litígio, conhecendo de perto a terra indígena demarcada pelo Poder Executivo.

Porém, absolutamente desarrazoado imaginar que tal visita seria capaz de permitir que os julgadores entendessem, com a profundidade necessária, todas as nuances da demarcação, todas as percepções e conclusões a que chegaram os profissionais especializados após anos de estudo e pesquisa acerca daquela terra indígena.

Por outro lado, em que pese os possíveis efeitos indesejados da judicialização de questão eminentemente técnica, nota-se também que, no presente caso, o Supremo Tribunal, de certa forma, aproveita a oportunidade, isto é, a relevância e repercussão do julgamento, para marcar posição quanto a uma série de controvérsias relacionadas à questão indígena de forma geral, controvérsias estas que transcendem a demarcação da terra indígena ali especificamente tratada.

Tal postura se escora na tendência, oriunda do sistema jurídico anglo-saxão, baseada no “*common law*”, pela qual se dá força genérica, abrangente, às decisões judiciais, ou seja, é o modelo das “*stare decisis*”, onde se privilegia a jurisprudência, os precedentes, adotando-se uma determinada decisão em um caso concreto para reger, a partir de então, todas as causas similares.

A súmula vinculante e a exigência da demonstração da repercussão geral para a admissão de recursos junto ao Supremo, introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (art.102, §3º e art.103-A da Constituição), já sinalizam em tal direção, pretendendo que a alta corte nacional não se ocupe com questões meramente privadas, que não vão ter influência na sociedade como um todo, mas, sim, resolva lides de largo espectro social, cujas decisões, inclusive, podem tornar-se orientação obrigatória para todo o Poder Judiciário e para a Administração Pública.

Assim, observa-se que o Supremo trata de temas gerais quando aprecia a demanda que lhe foi submetida, referindo-se genericamente, por exemplo, à i) incidência da legislação brasileira em relação aos povos indígenas, ii) não possibilidade de comunidade indígena comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente, iii) impossibilidade de cobrança de pedágios por índios em função do uso de estradas que passem por terras indígenas, iv) compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e as faixas de fronteira, v) falso antagonismo entre o desenvolvimento nacional e a questão indígena etc... Isso sem citar as dezenove condições propostas pelo Ministro Menezes Direito, todas com caráter fortemente genérico.

Portanto, altamente relevante é o papel da Advocacia Pública em tal contexto de atuação pró-ativa e global do Poder Judiciário quanto à questões de intenso interesse público, envolvendo, de forma geral, a relação entre o Poder Público e a sociedade.

No caso Raposa Serra do Sol, a atuação da Advocacia-Geral da União se dá nitidamente em prol do interesse público primário, demonstrando a preocupação com direitos fundamentais, tais como o direito à vida e à integridade física.

Não se trata, portanto, de defesa de interesse meramente fazendário, o que, no caso, seria a simples alegação de regularidade do ato emanado pelo Poder Executivo que redundou na demarcação da terra indígena.

Ilustrando tal situação, citemos a Ação Cautelar nº 2014, proposta pela União em face do Estado de Roraima no Supremo Tribunal Federal, a qual tinha como objetivo a concessão de provimento judicial que assegurasse, até o julgamento final da ação principal, o direito dos indígenas à posse exclusiva da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dando-se continuidade à operação da Polícia Federal de desintrusão dos não índios da referida área.

Nota-se que o objetivo principal de tal ação judicial é evitar conflitos armados entre a comunidade indígena e os não índios, preservando-se a integridade física e a vida das pessoas. Confirmamos trechos de manifestação da Advocacia-Geral da União<sup>19</sup> perante o Supremo.

A paralisação de atividades de desintrusão neste momento potencializa os conflitos já existentes na região, haja vista a efetiva ameaça dos grupos indígenas locais de defenderem as suas terras, mesmo que, para tanto, tenham de se utilizar de meios extremos.

Em virtude da situação de beligerância existente na terra indígena Raposa Serra do Sol, a União ajuizou a presente ação cautelar, com o escopo de evitar o iminente embate entre os locais, o que fatalmente ocorrerá caso as atividades de desintrusão da população não indígena não tenham prosseguimento.

Está claro que o escopo maior da ação judicial não era simplesmente reverter o provimento jurisdicional que havia suspenso a operação da

---

19 Memorial apresentado na Ação Cautelar nº 2014, subscrito pela Secretária-Geral de Contencioso, Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, em 10 de abril de 2008.

Polícia Federal, mas, sim, evitar iminentes conflitos entre índios e não índios, o que, sem dúvida alguma, poria em risco centenas de vidas.

Observemos que seria até cômodo para o Poder Executivo, caso ocorressem conflitos e mortes na região, alegar que a operação policial fora suspensa por ordem judicial e que, portanto, não possuiria responsabilidade acerca do evento.

Tal postura, porém, de forma alguma poderia ser admitida por uma Advocacia de Estado comprometida com a ordem constitucional e com os direitos humanos. Daí porque, muito mais do que a defesa de um mero ato administrativo, vem a Advocacia-Geral da União em juízo apresentar valores fundamentais da sociedade brasileira, consagrados na Constituição de 1988, no sentido de obter decisão judicial que, principalmente, os preserve.

De igual forma, no memorial<sup>20</sup> apresentado para a sessão do STF que analisaria o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, na Petição nº 3388/RR, a Advocacia-Geral da União demonstra preocupação inequívoca com o respeito aos direitos e decisões das comunidades indígenas, muito mais do que com o simples ato estatal do Poder Executivo.

A União e a FUNAI, em tal peça, procuram fazer observações e alertas ao Poder Judiciário quanto às condições apresentadas no voto do Ministro Menezes Direito. Analisa-se uma a uma, primando-se pela atenção com a oitiva das comunidades indígenas, no sentido de que suas manifestações de vontade sejam, de fato, consideradas, concretizando uma relação democrática entre indígenas, não índios e Poder Público.

Vejamos, então, algumas das condições impostas e as observações que foram feitas pela Advocacia Pública.

O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica, sempre que houver, como dispõe o art.231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União, na forma de Lei Complementar.

Observam, então, a União e a FUNAI, que a generalidade prevista encontra limites no próprio texto constitucional, de forma que a tal

<sup>20</sup> Memorial Complementar apresentado na Petição nº3388/RR, subscrito pelo Advogado-Geral da União, Dr. José Antonio Dias Toffoli, em março de 2009.

“suplantação” do usufruto das riquezas também restará condicionada à autorização do Congresso Nacional, à oitiva das comunidades indígenas e à participação no resultado da lavra das riquezas minerais.

Ressalte-se que a própria União apresenta restrição a uma condição que, em seu sentido literal, lhe seria favorável, pois o que o Supremo Tribunal Federal apresenta é um termo fluido, “interesse público da União”, para justificar uma eventual futura restrição, por parte do Poder Público, aos direitos indígenas. Seria tudo o que desejaria um Estado autoritário e antidemocrático: a chancela do Poder Judiciário para restringir direitos.

No entanto, a União, através da Advocacia de Estado, vem a juízo fazer ponderações no sentido exatamente oposto ao que ali consignado, ou seja, destacando que, independentemente da possibilidade de adoção de tal medida excepcional, não se pode deixar de ouvir os indígenas e de garantir-lhes participação no resultado da exploração, tudo com a devida autorização do Poder Legislativo, isto é, dos representantes eleitos pelo povo.

Influência ou não de tais argumentos, fato é que a redação de tal condição restou alterada ao final do julgamento. Confirmamos.

O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art.231, §2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art.231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de Lei Complementar.

Note-se que foi inserida a palavra “relativizado” no lugar da expressão “suplantado de maneira genérica” e incluído o adjetivo “relevante” à expressão “interesse público da União”, aproximando-se do sentido teleológico apresentado pela Advocacia Pública em seu Memorial Complementar.

Vejamos outra condição.

O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (O Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa

Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI.

A União e a FUNAI, por meio da AGU, também apresentam oposição a tal condição, citando o art.20 da lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio) e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, no sentido de que o ordenamento jurídico, de forma expressa, proíbe a efetivação das providências previstas sem que haja consulta às comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI.

Registre-se que o Supremo sequer faz referência, na redação da condição, ao dispositivo do Estatuto do Índio, o qual prevê o seguinte:

Art.20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

§1º A intervenção poderá ser decretada:

[...]

c) por imposição da segurança nacional;

[...]

§5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.

Ante a clareza da norma legal - no sentido da participação direta da FUNAI no caso de intervenção em terra indígena para propósito relativo à segurança nacional - deveria o STF, a fim de justificar a contrariedade explícita à legislação, ter declarado a inconstitucionalidade, total ou parcial, ou realizado a chamada interpretação conforme a Constituição do dispositivo acima referido.

O que não nos afigura legítimo é, em um julgado da alta corte nacional, estabelecer-se uma condição genérica para o trato da questão indígena que, nitidamente, viola o ordenamento jurídico vigente e aplicável ao tema, sem apresentar a devida justificativa para tal, que, no caso, seria a indicação de algum vício de constitucionalidade na regra do Estatuto do Índio. É o próprio Poder Judiciário promovendo insegurança jurídica.

A FUNAI e a União ainda fazem o alerta de que a consulta às comunidades indígenas de forma alguma implica engessamento das decisões a serem tomadas pelo Executivo ou Legislativo, mas, no sentido oposto, viabiliza e dá maior legitimidade institucional à medida de exceção.

Em sua redação final, a primeira frase de tal condição foi substituída por “O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional”, o que já representa algum avanço, afinal, aquilo que não se sobrepõe também não está necessariamente condicionado, como previsto na redação original.

Porém, manteve-se a implementação daquelas medidas sem qualquer consulta às comunidades indígenas ou à FUNAI.

A sétima condição diz o seguinte.

O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação.

Reitera a Advocacia Pública, neste ponto, que a intervenção em terras indígenas se dará sempre em caráter excepcional, com respeito às condições estabelecidas em Decreto Presidencial, com a participação da FUNAI e em observância ao art.6º da Convenção nº 169 da OIT.

Destaque-se novamente que a defesa dos direitos constitucionalmente assegurados aos povos indígenas faz com que a AGU, representando a União e a FUNAI, faça ressalvas e restrições a própria atuação de tais instituições.

Tal nada mais é do que a defesa do interesse público primário em detrimento de um interesse meramente administrativo, secundário. Em vez de defender ou se omitir quanto a um entendimento do Poder Judiciário que, em tese, facilitaria a sua atuação administrativa cotidiana, preferem os órgãos representados pela AGU prestigiar um valor constitucional, caro às relações sociais, mesmo que isso possa representar algum tipo de embaraço prático no futuro.

A AGU ainda faz a seguinte observação quanto a tal condição.

Quanto à prestação dos serviços de saúde e educação, tem-se que os mesmos devem ser prestados assegurando-se o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão, adaptando o sistema de ensino e os meios de proteção à saúde aos usos, costumes e tradições indígenas (Título V da Lei nº 6001/73).<sup>21</sup>

Percebe-se que a intenção é relativizar a frieza das afirmações feitas no âmbito do Pretório Excelso, tentando-se evitar a existência de uma regra para o trato da questão indígena que sequer faz menção aos valores culturais e às especificidades de tais povos e, portanto, à necessidade de que suas manifestações sejam consideradas, assim como aquelas emanadas do órgão público que com eles lida diretamente.

Analisemos agora a seguinte condição, de número 12 (doze).

O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

Aqui é importante perceber que, não obstante estar representando judicialmente a União e a FUNAI quanto a um ato administrativo apoiado pela ampla maioria dos povos indígenas, não se presta a Advocacia Pública a fazer uma defesa de caráter meramente ideológico acerca dos direitos de tais povos.

Entendeu-se aqui, assim, que a condição estipulada é correta, fazendo-se somente a ressalva de que o trânsito e a permanência de não-índios devem ser previamente autorizados pela FUNAI.

Tal posição reflete coerência com as diferenças entre os institutos de direito civil, privado e os institutos relativos aos direitos indígenas, ao indigenato.

Na seara civil, tendo em conta seu caráter essencialmente privado e patrimonialista, plenamente cabível a fruição, por parte do proprietário ou possuidor, de alguma vantagem em face do uso, por terceiros, do bem sob seu domínio.

Já na esfera indigenista, considerando a predominância de noções de interesse público, inclusive com a propriedade da terra indígena

---

21 *Idem*, p.09.

sendo atribuída pela Constituição à União Federal, absolutamente descabida seria a idéia de os índios se locupletarem financeiramente através de pedágios ou tarifas cobrados em função de ingresso, trânsito ou permanência de terceiros em terra indígena.

O que deve ser exigido sempre, tal como alardeia a Advocacia Pública durante toda a sua peça processual, é a oitiva das comunidades indígenas e do órgão indigenista todas as vezes em que algum ato, por mais simples que seja, possa de alguma forma influir no usufruto da terra indígena pelos índios.

Utilizando-se a mesma linha de raciocínio, são feitas observações quanto à condição que vem em seguida, a qual possui a seguinte redação.

A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, que tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não.

Relembra então a Advocacia de Estado que a Carta Magna consagra o direito a um meio ambiente sadio, prevendo o ordenamento jurídico a mitigação dos efeitos indesejáveis que possam ser causados por empreendimentos ou atividades estatais em áreas protegidas, o que pode ser facilmente imaginado ao se pensar, por exemplo, na construção de uma hidrelétrica de grande porte, cujo funcionamento impacte determinada terra indígena.

Nesse sentido, então, é destacado no memorial que “A avaliação dos impactos socioambientais negativos de atividades ou empreendimentos públicos sujeitos ao licenciamento ambiental em terras indígenas, pode indicar a necessidade de programas de apoio às comunidades...”<sup>22</sup>, deixando claro ao Judiciário que, mesmo não sendo legítima a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza pela utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia etc., podem e devem os índios ser beneficiados com recursos e programas de apoio por parte daqueles cujos empreendimentos afetem o cotidiano de suas comunidades.

---

<sup>22</sup> Idem, p.12.

Confirmamos, agora, a condição de número 17, em relação a qual ficaram vencidos os Ministros Carlos Britto, Eros Grau e Carmen Lúcia.

É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.

Resta claro que, preocupou-se aqui o Supremo com a segurança jurídica, procurando evitar que exista um temor constante, por parte dos não índios, no sentido da possibilidade de a área que utilizam ser declarada, a qualquer tempo, como terra indígena. Entendemos ser plenamente legítima a preocupação.

No entanto, tal condição não pode significar inibição ou restrição na atuação administrativa de demarcação das terras indígenas, posto que tal atividade encontra-se calcada em norma constitucional garantidora do direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas (art.231).

No mesmo sentido, apresentam a FUNAI e a União ponderações quanto a tal condição estabelecida pelo Supremo.

Discorrem, então, quanto à possibilidade de aglomeração de terras indígenas, o que se daria no caso de uma terra indígena ser demarcada em área contígua a outra já demarcada, o que, portanto, não poderia ser considerado como ampliação.

Ressaltam, ainda, conforme disposição constitucional expressa no art.231, §4º, que os direitos indígenas são imprescritíveis, pelo que “poderão ser garantidos, administrativa ou judicialmente, a qualquer tempo.”<sup>23</sup>

Alerta ainda a Advocacia Pública para os termos da Súmula nº 473 do próprio STF, cuja redação é a seguinte.

A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Imaginemos, assim, um ato demarcatório nitidamente viciado, com erros grosseiros, redundando em terra indígena com área em muito inferior ao que seria realmente correto. Parece-nos injusto que, num caso como este, não pudesse a Administração Pública rever ou até

---

23 Idem, p.15.

anular o ato viciado para, então, proceder à nova demarcação, adequando a área da terra indígena ao seu tamanho real.

Se, porém, for feita interpretação meramente literal da condição ora estabelecida, tal revisão do ato anterior viciado pode encontrar sérios óbices a sua efetivação.

Assim, faz-se referência no Memorial acerca de 50 (cinquenta) terras indígenas brasileiras que se encontram justamente em processo de revisão, ou seja, está o Poder Público analisando se os limites impostos estão de fato corretos. E aqui, importante ressaltar, está-se analisando se os limites estão corretos tanto para mais quanto para menos, isto é, o procedimento de revisão também pode encontrar terra indígena cuja área esteja exorbitando seu tamanho real, pelo que será dever do órgão competente determinar a sua redução.

A FUNAI e a União, então, de forma conclusiva, defendem perante o STF que “não há como se falar em impossibilidade de se ampliar uma terra indígena já demarcada.”<sup>24</sup>

O caso Raposa Serra do Sol, portanto, exemplifica de forma clara como a Advocacia-Geral da União vem exercendo seu papel constitucional de função essencial à justiça, apresentando ao Judiciário a visão do Estado quanto ao litígio instaurado mas primando, em suas manifestações, pela preservação da ordem constitucional e do estado democrático de direito, exercendo, portanto, muito mais que uma simples defesa judicial de um ato estatal.

Em resumo, é possível concluir que a Advocacia Pública, cada vez mais, atua como verdadeira Advocacia de Estado, defendendo, sim, as políticas públicas e atos emanados dos Poderes Estatais – até porque tais atos e políticas foram ou deveriam ter sido anteriormente analisados pelos próprios advogados públicos – mas tendo em mira, sempre, os valores fundamentais estabelecidos na Carta da República, aos quais, inequivocamente, será dado peso maior em eventual conflito com atividade do Poder Público.

## 5 CONCLUSÃO

No atual cenário de ativismo judicial e judicialização da política, quando questões de relevante interesse público e ampla repercussão social

---

24 Idem, p.16.

são sistematicamente submetidas ao Poder Judiciário, é extremamente importante que haja a participação direta e ativa da sociedade civil organizada e das instituições essenciais à justiça previstas na Carta Magna.

Nesse contexto, o papel da Advocacia Pública, fazendo a defesa das normas, atos e políticas de estado levadas a efeito por representantes eleitos pelo povo, afigura-se como peso fundamental na balança a ser utilizada pelos julgadores.

Tal atuação da Advocacia de Estado tem se caracterizado, a cada dia, não mais como uma mera peça fazendária, defensora intransigente do erário e de atos estatais, mas sim como libelo assecuratório de direitos fundamentais amparados pela Constituição da República.

Assim é que, em várias das causas relevantes recentemente submetidas ao Supremo Tribunal Federal, dentre as quais podemos citar o caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, aqui especificamente tratado, e, ainda: a defesa da constitucionalidade da lei nº 11.105/2005 (pesquisas com células-tronco embrionárias humanas), a concordância com o reconhecimento, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico das uniões estáveis, a possibilidade de adoção de cotas nas universidades e a legalidade e constitucionalidade do aborto de fetos anencéfalos, está a Advocacia Pública demonstrando seu perfil progressista e voltado às preocupações sociais estabelecidas no texto constitucional de 1988.

Em resumo, sem descuidar de seu papel de assessoramento jurídico e representação judicial e extrajudicial do Estado brasileiro, demonstra a Advocacia Pública que a sua função, tida pelo constituinte como essencial ao bom andamento da justiça, possui escopo muito mais vasto no cenário jurídico brasileiro, pelo que a atuação de seus membros, exatamente nesse viés, se torna cada vez mais visível, seja pelo amadurecimento da própria instituição como um todo, seja pela postura ativa que tem adotado o Poder Judiciário quanto às grandes questões nacionais.

Tal amadurecimento institucional e a conscientização pelos advogados públicos de sua real função constitucional ganham, a cada dia, contornos de consolidação e irreversibilidade em nosso sistema jurídico.

E afigura-se extremamente positivo, para toda a sociedade, que assim o seja.

**REFERÊNCIAS**

- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica e Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03/12/2009>.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Texto publicado em: 22/12/2008.
- CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. ALCEU - v.5 - nº 9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. Estado Mínimo x Estado Máximo: O Dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22/01/2010.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n.116, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Governamentais versus Políticas Nacionais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º.1, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06/01/2010.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO, Ernani. *Judicialização da Política*: um tema em aberto. Disponível em: <<http://www.politicohoje.com/ojs/include/getdoc.php?id=352&article=101...pdf>>. Acesso em: 07/03/2010.

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções Essenciais à Justiça – Da Advocacia do Estado. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n.01, novembro 2001.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil*: Riscos e Possibilidades. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/biblioteca/servicos/getSumario.asp?cod=239...S.>>. Acesso em: 08/03/2010.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: Finalmente a Racionalização. *Revista do Procurador Federal – ANPAF*, Brasília, n. 01, novembro 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça*. Niterói: Ímpetus, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*: vícios e virtudes republicanas. Artigo publicado no Jornal Valor Econômico.

