

Desafios jurídico-institucionais à participação das comunidades indígenas no processo administrativo de demarcação das terras indígenas no Brasil

Carolina Mota Mourão

Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP).

Resumo: A proteção das terras indígenas no Brasil vem enfrentando inúmeros desafios do ponto de vista jurídico e institucional para a sua efetiva concretização. A promulgação da Constituição Federal de 1988 revelou um importante avanço em relação aos textos constitucionais anteriores no que concerne ao tratamento da questão indígena no Brasil e, em particular, ao reconhecimento dos direitos dos índios às terras por eles ocupadas. A Constituição Federal de 1988 rompeu com as práticas e políticas integracionistas, abrindo uma nova perspectiva de reconhecimento dos direitos territoriais e culturais dos povos indígenas. No entanto, inúmeros impasses relativos à efetivação desses direitos ainda persistem. Este artigo tem por objetivo analisar criticamente as normas que disciplinam o processo administrativo demarcatório e os instrumentos jurídicos nele previstos para a garantia dos direitos indígenas sobre as terras por eles ocupadas no Brasil, com ênfase nos instrumentos voltados à participação das próprias comunidades indígenas envolvidas na demarcação de suas terras. Mais especificamente, pretende-se identificar quais são os instrumentos jurídicos que permitem a participação dos povos indígenas em cada uma das fases do processo demarcatório e analisar quais são os principais entraves jurídicos para que as comunidades indígenas possam efetivamente garantir a concretização de seus direitos sobre as suas terras em face das competências atribuídas à União, bem como em face dos interesses

funditários e econômicos conflitantes de outros entes federativos (estados e municípios) e de setores privados da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Processo administrativo. Demarcação de terras indígenas. Direitos originários. Participação. Controle social. Responsabilização.

Abstract: The protection of indigenous lands in Brazil has been facing numerous legal and institutional challenges for its effective implementation. The promulgation of the Federal Constitution of 1988 revealed an important step forward in relation to the previous constitutional texts with respect to the indigenous matter in Brazil and, in particular, to the recognition of the property rights to the lands they occupy. The Federal Constitution broke with ancient integrationist practices and policies, opening up a new perspective of recognition of indigenous people territorial and cultural rights. However, numerous dilemmas related to the implementation of these rights still exist. This article presents a critical analysis of the rules governing the administrative procedure for the recognition of indigenous lands, as well as the existing legal instruments to guarantee indigenous rights over such land, with emphasis on the instruments aimed to guarantee the participation of indigenous people in such procedure. More specifically, this article aims to identify what are the legal instruments which allow the participation of indigenous peoples in each stage of the land recognition administrative process and analyze what are the main obstacles, from a legal point of view, so that indigenous communities can effectively ensure the fulfilment of their rights on their land in the face of the competences conferred to the Federal Government, as well as in the face of the conflicting land and economic interests of other government bodies (States and municipalities) and Brazilian private sector.

Keywords: Administrative process. Demarcation of indigenous lands. Originating rights. Participation. Social control. Accountability.

Sumário: 1 Introdução. 2 A participação como mecanismo de efetividade dos direitos dos índios. 3 A demarcação das terras indígenas no Brasil: o processo administrativo e seus sujeitos. 4 Os sentidos da participação dos índios no processo de demarcação das terras indígenas no Brasil. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A proteção das terras indígenas no Brasil vem enfrentando inúmeros desafios do ponto de vista jurídico e institucional para a sua efetiva concretização.

Por um lado, há desafios históricos e culturais. Isso porque, historicamente, a política estatal tinha como principal fundamento a ideia de assimilação e aculturação das populações indígenas com o objetivo de integrá-las à sociedade nacional. Por outro lado, há desafios jurídico-institucionais decorrentes da própria estrutura administrativa e do ordenamento jurídico vigente no País.

Como se sabe, o reconhecimento constitucional dos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas no Brasil é relativamente recente, a despeito dos mais de quinhentos anos de convivência entre índios e não índios. A primeira Constituição brasileira a tratar dos direitos indígenas foi a de 1934. Ainda assim, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que os direitos dos povos indígenas foram enunciados de forma sistemática.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 revelou um importante avanço em relação aos textos constitucionais anteriores no que concerne ao tratamento da questão indígena no Brasil e, em particular, ao reconhecimento dos direitos dos índios às terras por eles ocupadas. Pela primeira vez, a Constituição apresentou um capítulo dedicado aos índios (Capítulo VIII – Dos Índios), inserido no título relativo à ordem social, contendo dois artigos que trazem uma série de determinações, entre as quais o reconhecimento dos “direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231, *caput*). Os índios, dessa maneira, são titulares de direito congênito à terra, sendo a demarcação entendida não como fonte dos direitos indígenas no sentido constitutivo, mas apenas uma exigência constitucional, de natureza declaratória, que visa à proteção de tais direitos e interesses.

De fato, a Constituição Federal de 1988 rompeu com as práticas e políticas integracionistas, abrindo uma nova perspectiva de

reconhecimento dos direitos territoriais e culturais dos povos indígenas (MOTA, 2008, p. 18-19). Contudo, inúmeros impasses relativos à efetivação desses direitos ainda persistem.

Entre os principais desafios encontra-se a garantia da participação dos povos indígenas tanto no processo administrativo de demarcação de suas terras como em outros processos decisórios relativos a políticas que envolvam os seus direitos territoriais e culturais.

Diante desse quadro, este artigo tem por objetivo analisar criticamente as normas que disciplinam o processo administrativo demarcatório e os instrumentos jurídicos nele previstos para a garantia dos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas no Brasil, com ênfase nos instrumentos voltados à participação das próprias comunidades indígenas envolvidas na demarcação de uma determinada terra indígena.

Mais especificamente, pretende-se identificar quais são os instrumentos jurídicos que permitem a participação dos povos indígenas em cada uma das fases do processo demarcatório e analisar os principais entraves, do ponto de vista jurídico, para que as comunidades indígenas possam efetivamente garantir a concretização de seus direitos sobre as suas terras em face das competências atribuídas à União, bem como diante dos interesses fundiários e econômicos conflitantes de outros entes federativos (estados e municípios) e de setores privados da sociedade brasileira.

2 A participação como mecanismo de efetividade dos direitos dos índios

A participação das comunidades indígenas em processos decisórios que resultem, direta ou indiretamente, em consequências à sua organização social, cultura e terras que tradicionalmente ocupam, tem papel central na concretização dos direitos dos índios no Brasil, especialmente em um contexto no qual se busca superar as práticas e políticas integracionistas por parte do Estado brasileiro e no qual foram reconhecidos aos índios, por meio da Constituição

Federal de 1988, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231 da CF/1988).

A incorporação da participação das comunidades indígenas em processos decisórios corresponde a um novo modo de compreender a questão indígena: os povos indígenas deixaram de ser *objeto* de políticas governamentais e passaram a ser *sujeitos* nos processos decisórios conduzidos pelo Estado¹. Isso significa dizer que finalmente foi reconhecido aos índios o direito de estar em uma relação fundada na reciprocidade e na *autonomia* dos agentes envolvidos, rompendo-se dessa forma com a tradição de um regime de tutela civil em relação ao índio.

Diante da afirmação constitucional dos direitos indígenas e do reconhecimento dos índios como protagonistas na sociedade brasileira, não há qualquer fundamento jurídico capaz de afastá-los da participação nos processos jurídico-administrativos que afetem seus direitos culturais e territoriais. Ao contrário, é preciso garantir-lhes a efetiva participação em tais processos – uma participação qualificada, e não meramente formal –, com a *autonomia* necessária para decidirem sobre as formas de manutenção de suas tradições e costumes e para decidirem livremente sobre seu destino.

Ainda que não se pretenda discutir a participação dos povos indígenas em processos decisórios no quadro mais amplo das teorias democráticas, o fato é que toda e qualquer noção de participa-

1 A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo dedicado aos índios, reconhece os direitos dos índios à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Desse modo, reconhece os índios como sujeitos de direitos. Além disso, estabelece expressamente, em seu art. 232, que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. A Convenção OIT n. 169 também reconheceu os povos indígenas como sujeitos, e não como objeto de políticas do Estado. Nesse sentido, a convenção visa garantir a identidade desses povos (por meio da manutenção de suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas), bem como seus direitos à participação em decisões que afetem ou que possam afetar de alguma forma sua organização social.

ção está inevitavelmente atrelada, ainda que de modo subjacente, à teoria da democracia que se adota como “marco de referência”².

Nesse sentido, este artigo adota como marco conceitual o modelo de democracia deliberativa, cujo principal teórico foi Jürgen Habermas, conforme a bastante esclarecedora leitura elaborada por Luís Werle em “Democracia deliberativa e os limites da razão pública” (2004, p. 137):

[...] o tema predominante na concepção deliberativa da democracia consiste na ideia de que as regras do jogo político democrático, incorporadas nas instituições e na cultura política pública, devem constituir-se como condições de realização do ideal de autodeterminação política dos cidadãos como livres e iguais. O propósito da concepção de democracia deliberativa é determinar um conjunto amplo de procedimentos e condições para os cidadãos formarem juízos sobre questões políticas fundamentais, os quais tenham a seu favor a pretensão de legitimidade e de aceitabilidade racional. Em geral, a teoria da democracia deliberativa concentra-se mais nos processos formais e informais de discussão e argumentação pública que antecedem o ato final da tomada de decisão. Portanto, mais nos processos de formação e transformação das preferências, e menos nos mecanismos tradicionais de agregação de preferências.

E ainda (p. 138-139):

A aposta da democracia deliberativa é de que o processo de articular boas razões em público tem o efeito benéfico de induzir os atores políticos a pensar sobre o que pode valer como uma boa razão para todos os outros envolvidos. A finalidade da deliberação é produzir decisões legítimas, que vinculem todos a partir de razões mutuamente aceitáveis. Ela transforma as preferências e possibilita a mediação dos conflitos.

Partindo da leitura acima, pode-se afirmar que a democracia deliberativa corresponde a um modelo fundado em uma lógica coletiva, distanciando-se, portanto, da lógica dos interesses indi-

2 Nesse sentido, cf. UGARTE, 2004, p. 94.

viduais. Para esse modelo, importa a consideração dos distintos argumentos dos sujeitos participantes dos processos decisórios, de modo a possibilitar a construção de uma *razão pública* dotada de maior legitimidade em substituição à tradicional – e, muitas vezes, centralizadora – *razão de Estado*.

Analisando a importância da democracia deliberativa para a efetiva emancipação diante de disputas políticas que envolvam os poderes do mercado e do próprio Estado, o filósofo Marcos Nobre (2004, p. 37) sustenta que:

[...] se a deliberação e a participação devem encontrar seu lugar no Estado Democrático de Direito, será necessário aceitar um jogo entre, de um lado, espaços públicos autônomos e as novas formas de institucionalidade que projeta, e, de outro, macroestruturas definidoras do regime democrático, que serão a cada vez testadas em seus limites e suas configurações presentes. Não se trata, entretanto, de um “livre jogo” entre os dois polos, mas de uma disputa política que só mostrará avanços emancipatórios se for capaz de afastar, a cada vez, em cada conflito concreto, o jugo determinante do dinheiro e do poder administrativo.

A democracia deliberativa está, portanto, estreitamente vinculada à existência de *participação em espaços públicos não estatais e à autonomia dos participantes nos processos decisórios*. Nesse sentido, o ideal deliberativo afasta a concepção estritamente procedimental de democracia em que prevalece a regra da maioria em processos estatais. Ao contrário (COELHO; NOBRE, 2004, p. 11),

[...] a teoria propõe diversos mecanismos de fortalecimento de uma esfera pública política – que se diferencia do Estado e do mercado – em que a sociedade possa, a partir da competição de discursos e do uso da razão pública, elaborar projetos coletivos que reivindicam não apenas ser reconhecidos e acolhidos pelo Estado, mas também ser identificados socialmente como projetos legítimos.

Esse modelo teórico – como todo modelo ideal – nem sempre pode ser aplicado em sua integralidade aos casos concretos e, por

essa razão, apresenta suas desvantagens. Sobre isso, também é bastante esclarecedora a análise de Luis Werle (2004, p. 139):

Claro, ninguém em sã consciência diria que a deliberação produz necessariamente acordos unânimes sobre todas as questões. Algo não apenas pouco realista, mas que, inclusive, não seria nem desejável do ponto de vista normativo, pois correr-se-ia o risco de consegui-lo à custa de silenciar as vozes discordantes, a pluralidade que caracteriza a vida social moderna. Na verdade, pode acontecer que a deliberação acabe por exacerbar os conflitos, no sentido de multiplicar os pontos de vista sobre o que está em questão nos conflitos políticos e, com isso, aprofundar as divergências. Portanto, é de bom-tom também desconfiar ou reduzir a fé no poder de deliberação pública para fundamentar acordos. A possibilidade de não chegar a acordos sobre todas as questões é algo que faz parte do próprio exercício da razão prática sob instituições fundamentadas nos ideais de liberdade e igualdade.

Embora esse modelo implique na multiplicação de pontos de vista e possa resultar, de fato, em processos bastante conflitivos, *o que se quer destacar neste artigo é a importância de pensarmos a participação indígena dentro dos pressupostos da democracia deliberativa como forma de obter decisões legítimas e que respeitem as diversidades étnicas e culturais dos povos indígenas, a partir de seus próprios termos.*

Isso significa dizer que a determinação de procedimentos meramente formais de participação dos índios estabelecidos em processos administrativos conduzidos no âmbito do Executivo, destinados a produzir decisões técnicas e legítimas a partir do ordenamento jurídico vigente, pode não ser suficiente para o reconhecimento dos direitos indígenas a partir de uma lógica de auto-determinação e, portanto, para garantir a efetividade das normas constitucionais e dos tratados internacionais ratificados pelo País sobre a matéria.

A escolha desse marco de referência conceitual também revela um distanciamento em relação ao tradicional modelo de democracia representativa, no qual as principais decisões são tomadas exclusivamente no âmbito do sistema político-partidário. Esse afas-

tamento se deve ao fato de que esse sistema não dispõe de mecanismos suficientemente capazes de mediar os diversos interesses que convivem na sociedade, especialmente quando tocam em questões relacionadas a minorias e nas quais há evidentes assimetrias de poder, como é o caso dos povos indígenas.

Nesse modelo, as disputas em torno de questões que afetam direitos dos índios – assim como de outras minorias – são travadas no âmbito do Legislativo, dentro da lógica político-partidária, cujos canais institucionais produzem decisões consideradas legítimas a partir da formação de maiorias parlamentares. Por estar justamente voltado à agregação de preferências que levem à formação dessas maiorias, esse modelo incentiva fortemente a formação de bancadas de parlamentares, com base na identificação de interesses comuns, que se organizam para a votação em bloco, o que resulta inevitavelmente na desconsideração dos grupos minoritários e que não tenham condições de barganha na votação de outros projetos de interesse do bloco majoritário.

Em um contexto de assimetria de poder, essa dinâmica mostra-se particularmente nociva porque permite que as escolhas sejam feitas em torno de partidos que não se organizam para debater argumentos e razões públicas a partir de uma identidade comum em torno de princípios, mas sim para defender interesses de grupos específicos que utilizam para tanto a estrutura partidária.

No caso das demarcações de terras indígenas no Brasil, as disputas no Legislativo são particularmente difíceis, tendo em vista que o tema está estreitamente vinculado a questões fundiárias e agrárias do País e considerando que a bancada ruralista é uma das maiores e mais organizadas da Câmara dos Deputados (especialmente se comparada numericamente à bancada dos direitos humanos).

Ainda que a bancada ruralista represente interesses de grupos distintos – agronegócio, mineração, madeireiros, pecuária e grandes proprietários de terras em geral –, ela agrega preferências comuns em torno do uso das terras no País. O objetivo comum desse bloco parlamentar é ampliar as terras disponíveis para o agronegócio e para o desenvolvimento de outras atividades produtivas

em detrimento do direito que os índios possuem sobre as terras tradicionalmente ocupadas, seja por meio de estratégias indiretas dos parlamentares para o bloqueio dos processos de demarcação pelo Executivo, seja pela apresentação de propostas de alteração da legislação para atribuir ao Legislativo a competência para demarcar terras indígenas em substituição ao Executivo.

Em resposta à defesa da proposta de alteração da legislação de demarcação de terras indígenas feita pelo deputado Aldo Rebelo, o antropólogo Carlos Fausto (2009) manifestou-se no seguinte sentido:

[...] a democracia funda-se no respeito à diversidade, seja ela social, cultural, étnica ou de opinião. Regimes autoritários, de direita ou de esquerda, têm horror à diferença, tratando as minorias de modo desrespeitoso e, por vezes, brutal. Mas respeito à diferença significa segregar ou dividir, como faz crer o deputado? De modo algum. Trata-se de um conceito central ao Estado de Direito. Significa que, em situações de assimetria de poder, o Estado deve dar condições aos grupos sociais minoritários para que possam relacionar-se de modo mais simétrico com os setores hegemônicos. No caso indígena, essa noção está expressa no art. 231 da Constituição Federal. A norma constitucional distancia-se tanto do imobilismo romântico como do assimilacionismo desenvolvimentista. O respeito à diversidade não implica que os índios devam permanecer congelados no tempo, mas que ao Estado cabe prover os meios para que possam mudar em seus próprios termos, e não nos termos determinados pelo padrão socio-cultural dominante. Daí a importância de demarcar devidamente terras ocupadas pelos índios, sobre as quais eles possuem direitos originários.

Diante da atual estrutura e dinâmica do sistema político-partidário, verifica-se o difícil acesso dos índios aos processos decisórios que afetam o reconhecimento de seus direitos constitucionais – o que não ocorre com os agentes estatais e os do mercado.

Diversamente, a democracia deliberativa preocupa-se em superar essa dinâmica dos interesses privados e das finalidades individuais, dando ênfase ao processo de formação da vontade e das preferências, e não apenas à sua agregação para a obtenção de um resultado majoritário final.

A participação no processo decisório projetado pela democracia deliberativa corresponde a uma participação substantiva que requer, entre outros aspectos, a *autonomia* dos participantes – e é este o aspecto que nos interessa, uma vez que consiste em que os sujeitos do processo possam eles próprios expressar suas preferências *em seus próprios termos*, e não em função de circunstâncias externas.

Mas o que significa a *autonomia* dos povos indígenas em processos decisórios que envolvam o reconhecimento de seus direitos às terras por eles ocupadas?

Como se sabe, são inúmeros os sentidos da autonomia. A *autonomia* corresponde a um conceito-chave quando falamos em teorias da democracia e regimes democráticos. De modo geral, a autonomia traz consigo a ideia de autogoverno, autodeterminação, emancipação, soberania, liberdade. Contudo, essa expressão pode ser compreendida de formas mais ou menos amplas.

Para melhor compreendê-la no quadro das teorias e dos regimes democráticos, pode-se tomar como ponto de partida a ideia de *autonomia* como a possibilidade de que cada indivíduo dispõe para tomar decisões nos assuntos que lhe afetem de que algum modo. Trata-se de um sentido mais individualista da autonomia, na medida em que se baseia em escolhas e interesses individuais, dentro da lógica “cada cabeça um voto”.

Contudo, sobre esse sentido de *autonomia* como possibilidade de escolha individual, há que se destacar a interessante reflexão de Wanderley Reis (2004, p. 71), que conduz, em última análise, à primazia da regra da maioria:

Como, porém, o mesmo princípio se aplica a todos, nas decisões coletivas (ou seja, em situações em que o debate deveria idealmente ocorrer) a tradução prática do princípio leva à ideia da igualdade política e da busca de regras que lhe sejam afins: a unanimidade e o direito de veto por parte de cada um, se possível, ou, mais realisticamente, a regra da maioria.

Seguindo esse raciocínio, a autonomia individual leva à primazia da regra da maioria porque pressupõe-se que cada sujeito

decidirá individualmente, de acordo com seus próprios interesses, nas questões que lhe digam respeito.

Essa concepção de autonomia, no entanto, parece não se coadunar com a *autonomia* projetada pela concepção deliberativa de democracia. Isso porque a deliberação está intrinsecamente vinculada a uma lógica coletiva, isto é, à possibilidade de argumentação pública entre iguais tendo por objetivo a construção de um acordo que mais se aproxime de uma decisão unânime, e não um acordo que resulte tão somente da regra da maioria³.

Desse modo, o sentido da autonomia, conforme elaborado pela democracia deliberativa, parece melhor acolher a forma como os índios pensam a sua própria identidade e como a reconstruem e a reproduzem continuamente.

No processo deliberativo no qual os diferentes argumentos são debatidos em um espaço público, o sentido de autonomia é, portanto, distinto: trata-se da *autonomia* como a possibilidade de que os sujeitos possam participar do debate apresentando seus argumentos e razões livremente e em condições de igualdade com os demais participantes e, ainda, que esses argumentos e razões sejam efetivamente levados em consideração na formação do ato estatal que expressa a decisão final.

Nesse sentido, a *autonomia* é central para a formação de uma vontade indígena que não se confunda com a vontade estatal – seja do administrador público, do legislador ou do juiz – e que possa obter o reconhecimento da legitimidade de seus direitos e enfrentar as sempre contundentes razões do poder econômico. A vontade estatal, como se sabe, pode pautar-se na proteção da diversidade e cultura dos povos indígenas, mas também pode apresentar um

3 Sobre essa questão, Wanderley Reis argumenta no seguinte sentido: “Destacar a relevância dos aspectos estratégicos não redundaria em negar, em nível abstrato e doutrinário, a importância da comunicação e do debate como referência última do ideal democrático, com ênfase deste na autonomia. Na verdade, penso que a ideia de um processo de deliberação coletiva guiado pela busca do acordo unânime se acha inevitavelmente subjacente, como referência utópica, à própria ideia de política” (2004, p. 67).

caráter tutelar ou mesmo um viés marcado por interesses econômicos que não necessariamente se coadunam com os direitos já garantidos pela Constituição de 1988.

É, portanto, a partir dessa perspectiva de *autonomia* que devem ser analisados os instrumentos e procedimentos de participação das comunidades indígenas na demarcação de suas terras: a autonomia para que os índios possam identificar e estabelecer *em seus próprios termos* os limites das terras que tradicionalmente ocupam em face das competências atribuídas aos agentes públicos para a prática de atos relacionadas ao processo demarcatório – sejam eles oriundos do Executivo, do Legislativo ou mesmo do Judiciário, bem como em face dos interesses fundiários e econômicos dos agentes do mercado.

3 A demarcação das terras indígenas no Brasil: o processo administrativo e seus sujeitos

A demarcação de terras indígenas destina-se a reconhecer o direito originário dos índios às terras tradicionalmente por eles ocupadas. Nos termos da Constituição Federal de 1998, as terras tradicionalmente ocupadas são assim definidas (art. 231, § 1º):

[...] são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O reconhecimento dos direitos dos índios às suas terras não decorre de *ato administrativo simples*, isto é, de ato estatal oriundo da vontade de uma única autoridade (atos simples singulares) ou de um único órgão (atos simples colegiais) que defina os limites de uma determinada terra indígena. Em outras palavras, o presidente da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o ministro da Justiça ou mesmo o presidente da República não podem, sozinhos, demarcar terras indígenas. As terras indígenas tampouco podem ser demarcadas a partir de atos oriundos apenas de um único e exclusivo órgão da administração pública.

Ao contrário, o reconhecimento desses direitos originários requer a realização de *processo administrativo* no âmbito do Poder Executivo da União, no qual participam diversos sujeitos vinculados a diferentes órgãos, com poderes jurídico-administrativos para produzir, em uma determinada sequência, os atos disciplinados pelo ordenamento jurídico. O administrativista Bandeira de Mello (2009, p. 423) trata do processo administrativo nos seguintes termos:

Com efeito, ao desempenhar suas atividades administrativas, o Poder Público frequentemente não obtém o resultado pretendido senão mediante uma sequência de atos ordenados em sucessão. Daí a figura do procedimento administrativo, isto é, a noção de procedimento administrativo, que, justamente, reporta-se a estas hipóteses em que os resultados pretendidos são alcançados por via de um conjunto de atos encadeados em sucessão itinerária até desembocarem no ato final.

Para além de uma sequência de atos administrativos que desembocam em um ato final, o processo administrativo também se caracteriza como o caminho a ser percorrido para a formação da vontade estatal com os devidos controles e garantias de participação dos administrados antes da decisão final dos órgãos do Estado (NOHARA, 2017, p. 242).

A existência de um processo administrativo no qual diferentes sujeitos estatais exerçam competências e que ainda abra a possibilidade para outros sujeitos participarem da formação dos atos administrativos corresponde a uma exigência dos regimes democráticos. Isso porque a Administração Pública deve decidir, por um lado, de modo a limitar os poderes dos administradores públicos e, por outro, de modo a proteger os indivíduos contra poderes arbitrários que venham a ser exercidos pelas autoridades. Em um contexto democrático temos, portanto, que “decidir é fazer processos” (SUNDFELD, 2006, p. 19).

Sobre o sentido do processo administrativo e das leis gerais que o regulam, destaca-se a análise do administrativista Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 18):

Em termos singelos, trata-se [*a lei geral de processo administrativo*] de um conjunto de normas objetivando, de um lado, limitar os poderes dos administradores públicos, desde os Chefes do Executivo e seus auxiliares diretos até as autoridades de menor escalão, com a fixação de prazos e condições adjetivas para o exercício de todas as suas competências; e de outro, proteger os indivíduos e entidades contra o poder arbitrário exercido por autoridades, ao dar-lhes instrumentos legais para que apresentem, à Administração, suas defesas, impugnações, recursos, e, mais amplamente, peticionem com suas reivindicações, denúncias, sugestões, críticas e daí por diante.

O processo demarcatório de terras indígenas corresponde a um tipo específico de processo administrativo, com características e regras próprias, o qual se encontra atualmente regulamentado pelo Decreto Federal n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, ato de competência do presidente da República, e por outras normas infralegais correlatas que disciplinam de forma pormenorizada o processo administrativo de que trata o referido decreto. Dentre elas, destacam-se os seguintes atos normativos de competência do ministro da Justiça e do presidente da FUNAI⁴:

- Portaria do Ministério da Justiça n. 14/1996, que estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas;
- Portaria do Ministério da Justiça n. 2.498/2011, que estabelece regras sobre a participação dos entes federados no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas;
- Portaria FUNAI n. 320/2013, que estabelece diretrizes e critérios para auxílio financeiro aos indígenas que participam das ações de proteção e promoção de direitos, e que revogou a Portaria n. 116/2012, que estabelecia diretrizes e critérios

4 Como se sabe, a FUNAI, criada pela Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, corresponde a uma fundação pública vinculada ao Ministério da Justiça, sendo a principal entidade pública responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas.

a serem observados na concepção e execução das ações de demarcação de terras indígenas;

- Portaria FUNAI n. 682/2008, que estabelece o manual de normas técnicas para demarcação de terras indígenas (especificações a serem apresentadas no processo de licitação); e, por fim,
- Instruções Normativas da FUNAI n. 02/2012 e n. 03/2012, que tratam, respetivamente, do pagamento de indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé em terras indígenas e da emissão dos documentos denominados Atestado Administrativo e Declaração de Reconhecimento de Limites.

O Decreto Federal n. 1.775 dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas considerando o disposto no art. 231 da Constituição Federal e o art. 2º, inciso IX, da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio).

Mais especificamente, trata-se de processo administrativo cuja condução é de competência da União e que, assim como outros tipos de processo administrativo, ocorre por meio de um encadernamento de atos administrativos subsequentes de competência de diferentes agentes públicos vinculados a distintos órgãos e entidades da Administração Pública, organizados em torno de um conjunto de fases, voltados a finalidades específicas: produzir os marcos físicos que fixam os limites de uma determinada terra indígena (Portaria FUNAI n. 682/2008) e o registro da terra demarcada no registro de imóveis da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União (art. 6º do Decreto n. 1.775). Essas finalidades correspondem ao bem jurídico objetivado pelo processo (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 387).

Deve-se destacar que, segundo o autor, cada ato ou processo tem uma finalidade decorrente da norma que o concebeu. Por essa razão,

Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista

da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal. [...] a propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em “desvio de poder” ou “desvio de finalidade”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 387-388).

Diante disso, o processo demarcatório deve necessariamente alcançar as finalidades estabelecidas no Decreto Federal n. 1.775 e demais atos normativos correlatos, os quais, em última análise, destinam-se a dar efetividade aos direitos dos índios garantidos no texto constitucional, sob pena de desvio de finalidade.

Além dos objetivos bastante concretos de estabelecer marcos físicos e proceder ao registro das terras junto aos órgãos competentes, a demarcação tem por objetivo a realização de uma declaração: a declaração dos limites de uma determinada terra indígena.

Por se tratar de direitos originários, a demarcação possui natureza declaratória, não sendo, portanto, constitutiva de direitos. Desse modo, a declaração almejada não faz nascer uma nova situação jurídica; ao contrário, destina-se a afirmar a existência prévia do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Contudo, essa declaração traz consequências bastante concretas, como, por exemplo, o efeito desconstitutivo do domínio privado eventualmente incidente sobre a área demarcada e a proibição de circulação de não índios nessas terras.

Considerando a natureza declaratória da demarcação, a sua importância reside, portanto, na segurança física e jurídica que ela proporciona, e não na geração de direitos dos índios às terras que tradicionalmente ocupam (SOUZA et al., 2009, p. 14).

Conforme pesquisa realizada no âmbito do projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, a demarcação corresponde a um ato secundário. Isso significa que,

[a]inda que a terra indígena não esteja demarcada, o fato de existir ocupação tradicional já é suficiente para que as terras sejam protegidas pela União. Na lição de Carlos Marés, “o que define a terra indí-

gena é a ocupação, ou posse ou o ‘estar’ indígena sobre a terra e não a demarcação”. (MARÉS, 2006, p. 148 apud SOUZA et al., 2009, p. 14).

Para atingir as finalidades almejadas, o processo de demarcação de terras indígenas deve necessariamente observar as seguintes fases previstas no Decreto n. 1.775/1996, todas de competência do Executivo: estudos de identificação e delimitação, aprovação pela FUNAI, contestação, decisão do ministro da Justiça e declaração dos limites da terra indígena, demarcação física, homologação e registro.

Além dessas fases, a análise dos demais atos normativos que tratam do referido processo indicam que há, ainda, fases relativas a avaliação e pagamento de benfeitorias realizadas de boa-fé, retirada de ocupantes não índios e reassentamento.

Desse modo, o processo demarcatório envolve as seguintes fases:

- estudos de identificação e delimitação;
- contraditório administrativo;
- declaração dos limites;
- demarcação física;
- levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não índios, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não índios;
- homologação da demarcação;
- retirada de ocupantes não índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, e reassentamento dos ocupantes não índios que atendem ao perfil da reforma;
- registro das terras indígenas no cartório e na Secretaria de Patrimônio da União; e
- interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados.

Conforme se depreende do Decreto n. 1.775 e atos correlatos, verifica-se ao longo desse itinerário a atuação – em certas hipóteses obrigatória, em outras, facultativa – de uma série de sujeitos.

Os regulamentos fazem referência expressa aos seguintes sujeitos: presidente (titular) da FUNAI, ministro da Justiça, presidente da República, antropólogo nomeado pelo presidente da FUNAI, grupo técnico especializado composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, técnicos do órgão federal ou estadual para levantamento fundiário, grupo indígena, membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos feitos pelo grupo técnico, estados e municípios, demais interessados no processo.

Há ainda uma série de sujeitos que não são expressamente mencionados nesses atos normativos, mas que estão diretamente envolvidos com o sucesso (ou bloqueio) do processo demarcatório. São eles: servidores pertencentes aos quadros da FUNAI (notadamente da Diretoria de Proteção Territorial), servidores comissionados da FUNAI, empresas especializadas na demarcação física das terras (contratadas por meio de licitação, nos termos da Portaria FUNAI n. 682/2008), servidores pertencentes aos quadros do Ministério da Justiça, servidores comissionados do Ministério da Justiça, servidores pertencentes aos quadros do INCRA, servidores comissionados do INCRA, advogados da União (Consultoria Jurídica – Conjur – do Ministério da Justiça), procuradores federais (procuradorias federais especializadas da FUNAI e do INCRA), eventuais funcionários terceirizados, tabelião titular do cartório de registro de imóveis, Secretário da Secretaria do Patrimônio da União e respectivos servidores com competência para efetuar o registro da terra.

Em síntese, há sujeitos que possuem competências para produzir atos administrativos no curso do processo; essa capacidade é pressuposto de validade do ato. Por outro lado, há outros sujeitos que podem participar da formação dos atos administrativos – e da formação da motivação ou fundamentação dos atos –, mas que não detêm poderes jurídico-administrativos necessários para efetivamente produzir atos válidos no processo administrativo de demarcação.

Um exemplo dos poderes atribuídos aos diferentes sujeitos no processo encontra-se na própria declaração da terra indígena: nos termos do art. 2º, § 10, I, do Decreto n. 1.775/1996, a declaração

corresponde a ato de competência do ministro da Justiça, que pode aprovar ou desaprovar a identificação feita no âmbito da FUNAI. Esse ato expressa uma decisão tomada por autoridade com poderes para produzir atos de declaração ou de desaprovação válidos diante do ordenamento jurídico vigente. Essa decisão, no entanto, é tomada a partir de uma série de *razões* – com maior ou menor conteúdo jurídico – apresentadas por sujeitos que não estão expressamente indicados nas normas relativas ao processo de demarcação, mas que de maneira direta ou indireta atuam na estrutura administrativa do Ministério da Justiça e permeiam o processo de decisão nesse órgão.

Nesse sentido, poderíamos citar os advogados da União, que produzem pareceres jurídicos para orientar o ministro da Justiça a partir de atos normativos expedidos pelo advogado-geral da União, responsável pelo assessoramento da Presidência da República em assuntos jurídicos. Esse é o caso da Portaria AGU n. 303/2012, que fixou a interpretação das salvaguardas às terras indígenas estabelecidas pelo STF no julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e que deve ser seguida de maneira uniforme por todos os órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, o que inclui os órgãos jurídicos do Ministério da Justiça, da FUNAI e do INCRA. Em outras palavras, ainda que os advogados da União não estejam indicados como sujeitos diretos do processo demarcatório, suas interpretações sobre atos normativos e sua atuação em conformidade com as orientações dos dirigentes da Advocacia-Geral da União trazem consequências concretas para o processo demarcatório e, portanto, para o “bem jurídico” pretendido⁵.

5 Nesse sentido, cumpre ressaltar que a Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, que disciplina a estrutura e o regime jurídico aplicável à Advocacia-Geral da União, estabelece que a Consultoria-Geral da União está subordinada ao Advogado-Geral da União, tendo por missão institucional colaborar com este na atividade de assessoramento jurídico ao Presidente da República, produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhe sejam atribuídos pelo chefe da instituição. Por sua vez, às consultorias jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, compete, entre outras funções, prestar assessoria e consultoria jurídica no âmbito dos Ministérios, elaborar estudos, informa-

Diante desse quadro, observa-se uma pluralidade de sujeitos envolvidos na formação dos atos administrativos do processo. Teoricamente, essa pluralidade mostra-se não somente positiva, mas necessária, na medida em que permite potencialmente reunir contribuições das diversas partes interessadas na decisão final. Conforme a avaliação de Bandeira de Mello, o conjunto de razões apresentadas pelos mais diversos participantes, incluindo órgãos técnicos, é que permitirá conhecer como e por qual razão o administrador chegou à conclusão traduzida no ato (2009, p. 470).

Por outro lado, é preciso avaliar os sentidos dessa pluralidade de sujeitos – bem como os pesos atribuídos à participação de cada um desses sujeitos, que não raro se encontram escondidos nas hierarquias jurídico-políticas que permeiam o processo administrativo.

É nesse quadro que a participação dos índios no processo administrativo de demarcação das terras indígenas deve ser examinada.

4 Os sentidos da participação dos índios no processo de demarcação das terras indígenas no Brasil

A importância da participação para a garantia dos direitos dos índios foi reconhecida na Constituição Federal de 1988 e na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (datada de 1989), as quais também reconhecem o direito dos índios de viverem segundo seus usos e costumes, revogando qualquer dispositivo legal que adote o modelo integracionista⁶.

ções e minutas de atos normativos, bem como fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União. Nesse sentido, os membros da advocacia pública desempenham papel que não pode ser desconsiderado em processos administrativos relativos à proteção de direitos dos índios.

6 Como se sabe, era esse o caso das Constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988 e da Convenção n. 107, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Conforme a análise de Figueroa, “o texto da C107 vinculou o ‘desenvolvimento’ das populações indígenas e tribais à sua integração com o resto da sociedade. O

A Constituição de 1988, em seu art. 231, § 3º, estabeleceu expressamente o dever de consulta às comunidades indígenas no caso de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, bem como no caso de lavra dos minérios nas terras indígenas, antes da autorização dessas atividades pelo Congresso Nacional.

Se, por um lado, esse dispositivo representa um avanço no sentido da participação e autonomia dos povos indígenas, por outro, corresponde à única hipótese de participação das comunidades indígenas expressamente prevista pela Constituição de 1988 – ainda bastante tímida se examinada diante do texto da Convenção OIT n. 169 sobre os povos indígenas e tribais, elaborada em 1989, ou seja, apenas um ano após a promulgação da Constituição brasileira.

A Convenção OIT n. 169, ratificada pelo governo brasileiro somente em 2002 e promulgada em âmbito interno pelo Decreto presidencial n. 5.051 apenas em 2004, estabelece uma série de disposições a respeito da participação dos povos indígenas em decisões dos Estados que afetem sua organização social, terras, cultura e costumes.

A análise do texto da referida convenção evidencia que, a partir da perspectiva jurídica, a criação de mecanismos de participação dos povos indígenas não é uma faculdade por parte dos Estados que a ratificaram, mas sim um dever a ser cumprido, sob pena de responsabilização pelo descumprimento da convenção⁷.

conceito de integração não foi explicitamente definido naquela Convenção, mas concebido como um processo progressivo: era dever dos Estados oferecer medidas especiais para proteger as populações indígenas e tribais de processos exploratórios e opressivos ‘durante o tempo e que sua situação social, econômica e cultural’ os impedisse de ‘gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencem’. Dessa forma, a OIT construiu uma hipotética etapa posterior ao processo de integração, quando as populações indígenas e tribais seriam capazes de elaborar planos de desenvolvimento que respondessem ao esquema ocidental europeu” (2009, p. 17-18). E assim sintetiza a autora: “Porém ao contrário de proteger sua autodeterminação, a OIT promoveu o dever dos Estados de prestar assistência para o ‘progresso social e econômico’ dos povos indígenas, ou seja, integrá-los às sociedades coloniais em nome de seu desenvolvimento” (2009, p. 17).

7 Nesse sentido, o art. 2º da Convenção n. 169, item 1: “Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados,

É importante destacar que a convenção também assegura que a participação dos povos indígenas seja concretizada por meio de mecanismos que permitam aos índios se manifestarem sobre suas prioridades em seus próprios termos, por meio de suas instituições representativas e de acordo com sua identidade indígena, e em condições de igualdade com outros setores da sociedade⁸.

Outro aspecto central da convenção diz respeito aos objetivos dessa participação: trata-se de medida voltada a buscar acordos e obter o consentimento em relação às medidas legislativas e administrativas propostas pelos Estados⁹.

uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” Ademais, cumpre ressaltar que, para assegurar e fiscalizar o cumprimento dos termos da convenção, a Constituição da OIT (Declaração de Filadélfia) estabelece que os Estados devem apresentar relatório anual sobre as medidas tomadas para a implementação do documento a que aderiram. Nesse sentido, o artigo 22 dispõe: “Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho”.

8 “Artigo 6º

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

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.”

9 “Artigo 6º

[...]

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

Especificamente em relação às terras, a convenção assegura aos povos indígenas as terras que ocupam ou que de alguma forma utilizam, assim como a sua participação na formulação, avaliação e aplicação de planos e programas que afetem essas áreas.

A garantia do direito à terra é também central no texto da convenção. Isso explica inclusive a razão pela qual o Brasil levou tanto tempo para ratificá-la. Além de reconhecer os direitos de propriedade e posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam¹⁰, a convenção estabelece que os governos devem adotar as medidas necessárias para determinar as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas e assim garantir seus direitos sobre elas¹¹.

Em síntese, a Convenção OIT n. 169 prevê a participação como elemento central das relações entre os Estados e os povos indígenas, atribuindo aos governos o dever de instituir os mecanismos que permitam a sua efetivação.

Contudo, tais instrumentos, a partir do teor da Convenção OIT n. 169, não devem ser traduzidos e adotados no âmbito interno de cada Estado como simples mecanismo formal de agregação de preferências, dentro de uma lógica individualista de formação de maiorias, mas sim como mecanismo de diálogo e formação de acordos, isto é, da construção de preferências coletivas. Note-se que o texto da convenção adota a expressão “acordos” e “consentimento”, não fazendo apenas menção genérica ao termo “participação”.

Quanto à regulação interna do processo de demarcação, o Decreto federal n. 1.775/1996, já citado anteriormente, é o principal ato normativo que trata desse processo. Ato de competência do presidente da República, esse decreto – embora editado tar-

10 Essa cláusula da convenção é interpretada de forma diversa no Brasil, em razão de serem as terras indígenas propriedade da União, nos termos da Constituição de 1988.

11 Conforme art. 14 da Convenção OIT n. 169.

diamente¹² – representa ainda hoje uma das principais referências em relação às etapas a serem observadas no processo demarcatório, garantindo expressamente a participação dos povos indígenas envolvidos no procedimento em todas as suas etapas (art. 2º, § 3º).

Deve-se destacar, no texto do decreto, que o grupo indígena envolvido seja representado no processo segundo suas próprias formas. Dessa maneira, o ato normativo se apresenta como uma importante iniciativa para uma legislação menos integracionista e que propicia maior autonomia aos índios, na medida em que permite e incentiva que tomem as decisões de acordo com sua própria organização social.

Não obstante, esse decreto apresenta fragilidades e deixa lacunas. Primeiramente, o decreto corresponde a ato de competência do presidente da República. Nesse sentido, pode ser alterado ou revogado por outro ato presidencial, o que implica uma forte fragilidade do ponto de vista jurídico-institucional.

Em segundo lugar, não disciplina quaisquer mecanismos ou instrumentos que deem concretude ao dispositivo que prevê a participação indígena: não há referência à garantia de orçamento, equipe especializada para o apoio específico da comunidade indígena que permita “traduzir” o processo administrativo para uma melhor compreensão pela comunidade – mesmo que esse apoio seja de competência da FUNAI – e, ainda, qualquer medida ou forma de controle quanto à observância do referido dispositivo.

Nesse sentido, não há obrigações e tampouco penalidades específicas aplicáveis às autoridades competentes relativas ao descumprimento do art. 2º, § 3º, do Decreto n. 1.775/1996. Não há, portanto, consequência jurídica em casos, por exemplo, de inexistência de previsão orçamentária necessária à participação ou de inexistência de agentes públicos capacitados e em número suficiente para promover a participação na formação dos atos administrativos.

12 Nos termos do art. 65 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), o Poder Executivo deveria realizar a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a contar da sua publicação.

Essas omissões são bastante simbólicas: o Decreto n. 1.775 disciplina o processo administrativo e, portanto, o itinerário a ser percorrido para a produção de atos administrativos até que se alcance a decisão final, incluindo nesse processo a previsão da participação indígena. No entanto, o decreto, por si só, não traz meios que representem garantias à efetivação dessa participação. Em outras palavras, não há quaisquer critérios ou parâmetros para determinar a nulidade de ato administrativo em razão da ausência ou da participação limitada das comunidades indígenas.

Em 2012, o então presidente da FUNAI editou a Portaria n. 116, por meio da qual regulamentou a participação indígena em ações coordenadas por órgãos daquela fundação. Tal portaria representou uma importante iniciativa no sentido de estabelecer as diretrizes e critérios para se efetivar essa participação, bem como os meios a ela necessários.

Nesse sentido, a portaria estabeleceu a realização de reuniões com as comunidades indígenas, tanto na área onde vivem como na FUNAI, com o objetivo de informar sobre as ações da referida entidade de apoio ao índio, orientar sobre as etapas do processo administrativo de demarcação, bem como sobre formas de participação coletiva e individual dos índios (art. 2º, III).

Entre as principais diretrizes estabelecidas pela portaria estava o estímulo ao protagonismo da coletividade indígena na defesa de seus territórios, como incentivo à autodeterminação e à participação social das comunidades indígenas, respeitadas as formas de organização social de cada povo indígena (art. 2º, V).

Quanto aos meios, houve, por parte da presidência da FUNAI, a importante iniciativa de estabelecer formalmente o pagamento de auxílio financeiro aos indígenas que participam da demarcação, prevendo inclusive o *Elemento de Despesa* pelo qual correria esse auxílio, bem como as regras para sua concessão.

Essa portaria, no entanto, foi revogada pela Portaria FUNAI n. 320/2013, que, embora tenha mantido diversas disposições da Portaria n. 116, suprimiu os artigos referentes às diretrizes e cri-

térios a serem observados nos planos operacionais dos grupos técnicos e nos processos para promover ações de demarcação de terra indígena. Essa portaria tem o caráter de tratar de forma pormenorizada a concessão do auxílio financeiro pela FUNAI aos índios que participam das ações de proteção e promoção de direitos¹³.

5 Considerações finais

Diante do repertório teórico e normativo sobre a participação indígena no processo de demarcação de terras, temos que o procedimento cumpre seu papel dentro do discurso do Direito: o de produzir uma decisão técnica final válida, por meio de uma sequência de atos administrativos produzidos por agentes públicos com competência para tanto. A partir do cumprimento de todas as etapas do processo – verdadeiro ritual jurídico –, temos um resultado válido em face do ordenamento jurídico vigente.

Não se pode deixar de ressaltar, no entanto, que, para além da questão da validade ou não da decisão final, o processo é o lócus por excelência da produção de razões – e, no caso do Direito, razões de pretensão universal. É por esse motivo que o processo demarcatório deve ser também examinado a partir da perspectiva dos discursos e interesses que mobiliza: quais são os sujeitos cujas razões têm maior ou menor sucesso no processo administrativo? Quais sujeitos melhor operam o direito administrativo para participarem da formação da vontade estatal? Seriam as comunidades indígenas, as organizações não governamentais, os órgãos jurídicos do Estado (como Advocacia-Geral da União e procuradorias federais), os titulares de ministérios, os estados e municípios ou as entidades do mercado? Como essas razões se associam na formação de cada ato administrativo? O ato estatal final será o resultado dessas razões que emergem mais (ou menos) claramente no processo, mas sob o manto de uma *razão de Estado*.

13 Há inclusive exigência de que o pagamento seja feito por meio de conta bancária apta para o recebimento, sendo a ordem bancária excepcional (art. 10, § 3º).

Assim, a despeito da previsão da participação das comunidades indígenas, é preciso dar contornos mais definidos ao percurso que leva à efetividade do direito. É preciso, na verdade, romper com paradigmas e reformular velhas estruturas que conformam o atual direito administrativo para reconhecer os direitos inerentes ao povo indígena.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *Índios no Brasil*. História, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. (Coleção Agenda Brasileira).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAUSTO, Boris; FAUSTO, Carlos. “Surto antiindígena”. *O Estado de São Paulo*, p. A2, 28 abr. 2008.

FAUSTO, Carlos. Nacional por adição. *O Estado de São Paulo*, p. A2, 22 jun. 2009.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: ROJAS GARZÓN, Biviany. *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil. São Paulo: ISA, 2009. p. 13-48.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Por que valorizar patrimônios culturais indígenas? *Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência*, São Paulo, ano 60, n. 4, p. 34-36, out. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: GONGORA, Majoi; MIRAS, Julia; MARTINS, Renato; PATEO, Rogerio (Orgs.). *Makunaima Grita – Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

MOTA, Clarice Novaes. Repensando a experiência indígena nos dias de hoje. *Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência*, São Paulo, ano 60, n. 4, p. 18-19, out. 2008.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REIS, Fábio Wanserley. Deliberação, interesses e “sociedade civil”. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Érika; OLIVEIRA, Rodrigo. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São Paulo: Rede de Cooperação Amazonia (RCA); Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés et al. *Projeto Pensando o Direito – Estatuto dos Povos Indígenas*. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

UGARTE, Pedro. Que participação para qual democracia? In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

WERLE, Denílson L. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.