VIDERE
V. 15, N. 32, JAN - ABR. 2023
ISSN: 2177-7837

Recebido: 09/09/2022.
Aprovado: 01/12/2022.

Páginas: 182 - 200

DOI: 10.30612/videre.v15i32.17004

SOBRE O "ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA" E SEUS IMPACTOS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE: O Caso da "Tese do Marco Temporal" no Julgamento da Pet 3.388/RR pelo Supremo Tribunal Federal

ON "JUDICIAL ACTIVISM A BRASILEIRA" AND ITS IMPACTS ON THE EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONALLY GUARANTEED RIGHTS:
The case of the "thesis of temporal frame" at the Pet 3.388/RR trial by the Federal Supreme Court

SOBRE EL "ACTIVISMO JUDICIAL BRASILEÑO" Y SUS IMPACTOS EN LA EFICACIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADOS:
El caso de la "tesis del marco temporal" en la sentencia Pet 3.388/RR del Supremo Tribunal Federal

Aline Andrighetto*
Alex Sandro da Silveira Filho**

*
Doutora em Direito
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)
alineandrighetto@gmail.com
OrcidID: 0000-0002-0548-8979

**
Doutorando em Direito
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)
alexsilveirafilho@yahoo.com
OrcidID: 0000-0002-2730-5053

CC BY NC SA

RESUMO
O presente trabalho tem como objetivo principal analisar se a adoção da chamada "tese do marco temporal" pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Pet. 3.388/RR se configura (ou não) como um exemplo de ativismo judicial, na medida em que altera o significado da expressão "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" prevista no Art. 231 da Constituição Federal. Para tanto, analisar-se-á qual era o entendimento do legislador constituinte acerca da referida expressão constitucional, o que vem a ser a chamada "tese do marco temporal" adotada pelo STF no julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol, bem como o conceito de ativismo judicial e sua pertinência no tema proposto. As técnicas de pesquisa que serão utilizadas serão: a) revisão bibliográfica; b) revisão de jurisprudência, no julgamento da Pet. 3.388/RR pelo Supremo Tribunal Federal. Como resultado da pesquisa, compreende-se que o ativismo pode ser prejudicial à democracia.
PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. tese do marco temporal. direitos territoriais indígenas. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT
The present work has as main objective to analyze if the adoption of the so-called "thesis of the temporal frame" by the Federal Supreme Court in the judgment of Pet. 3.388/RR is (or is not) an example of judicial activism, insofar as it changes the meaning of the expression "lands traditionally occupied by the Indians" provided for in Article 231 of the Federal Constitution. In order to do so, it will be analyzed the constituent legislator's understanding of the aforementioned constitutional expression, which is the so-called "temporal framework thesis" adopted by the Supreme Court in the trial of the Raposa Serra do Sol indigenous land, as well as the concept of judicial activism and its relevance in the proposed theme. The research techniques that will be used will be: a) bibliographical review ; b) review of jurisprudence, in the judgment of Pet.. 3.388/ RR by the Federal Supreme Court. As a result of the research, it is understood that activism can be harmful to democracy.
KEYWORDS: Judicial activism. thesis of temporal frame. indigenous territorial rights. Federal Constitution. Federal Supreme Court.

RESUMEN
El objetivo principal de este trabajo es analizar si la adopción de la llamada "tesis del marco temporal" por parte del Supremo Tribunal Federal en la sentencia del Pet. 3.388/RR se configura (o no) como un ejemplo de activismo judicial, en cuanto modifica el sentido de la expresión "tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas" prevista en el art. 231 de la Constitución Federal. Para ello, se analizará cuál fue el entendimiento del legislador constituyente sobre la referida expresión constitucional, que viene a ser la llamada "tesis del plazo" adoptada por el STF en la sentencia de la tierra indígena Raposa Serra do Sol, así como el concepto de activismo judicial y su pertinencia en el tema propuesto. Las técnicas de investigación que se utilizarán serán: a) revisión bibliográfica; b) revisión de jurisprudencia, en la sentencia de Pet. 3.388/RR del Supremo Tribunal Federal. Como resultado de la investigación, se entiende que el activismo puede ser perjudicial para la democracia.
PALABRAS CLAVE: Activismo judicial. tesis del marco temporal derechos territoriales indígenas. Constituicion Federal. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral o que acontece com as populações indígenas em todo o país hodiernamente: abandono, descaso, inefetividade de direitos, vulnerabilidade face a conflitos, etc. Tal quadro só veio a se agravar a partir de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Petição 3.388/RR, quando a Corte reconheceu como critério para demarcação de terras indígenas a chamada "tese do marco temporal", isto é, a presença de índios na terra reivindicada na data de promulgação da Constituição, qual seja, 05 de outubro de 1988. Embora, no caso em tela, tal tese não tenha tido maior repercussão, pois haviam índios lá na data de promulgação da Constituição, em outros processos envolvendo demarcação de terras indígenas as consequ-

ências da aplicação dessa tese foram severas, sendo tais demarcações anuladas, e os índios, abandonados a própria sorte pelo Poder público em regiões de alta recorrência de conflitos fundiários.

Dado esse breve pano de fundo, o presente trabalho propõe-se a analisar se o Supremo Tribunal Federal, ao adotar a "tese do marco temporal", agiu (ou não) de forma a configurar um ativismo judicial, na medida em que tal entendimento é contrário àquilo que o legislador constituinte compreende como sendo terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do Artigo 231 da Constituição Federal.

Tal análise será cindida em três tópicos. No primeiro, será apresentado o entendimento originário sobre o que vem a ser as chamadas "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" que a Constituição Federal prevê, valendo-se dos argumentos que acompanharam a inclusão do referido texto no diploma constitucional, e concepções jurídicas e antropológicas que albergaram essa ideia. No segundo, será analisada a criação da "tese do marco temporal" pelo Supremo Tribunal Federal e sua aplicação em terrae brasilis, estudando sua pertinência ao caso em que foi adotada, a Pet. 3.388/RR, e em casos posteriores em que foi aplicada. No terceiro e último tópico será estudado, com base na Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, o conceito de ativismo judicial, seus fundamentos e aplicações, bem como a relação com o estudo de caso proposto.

A relevância do estudo se prova haja vista a situação calamitosa na qual se encontra a efetividade dos direitos territoriais indígenas no Brasil atualmente, que se vê impulsionada pela "tese do marco temporal", pois muitos processos de demarcação de terras indígenas foram anulados com base nesse entendimento, prejudicando milhares de índios pelo país afora. Por conta disso, estudar se tal entendimento pode ser considerado como um exemplo de ativismo judicial, e mais, que contraria os ditames constitucionais, é fundamental para que possamos concluir qual está sendo o papel do Supremo Tribunal Federal na (in)efetividade dos direitos territoriais dos povos indígenas previstos na Constituição Federal de 1988.

2 O QUE É ISTO – O DIREITO ORIGINÁRIO DOS ÍNDIOS ÀS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM?

A Constituição Federal de 1988 inovou ao dedicar um capítulo inteiro de seu texto aos povos indígenas, compreendendo os artigos 231 e 232 da Carta. Isso mostra, conforme aponta José Afonso da Silva, que "a Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios" (2014, p. 868). O *caput* do Artigo 231 da Constituição prevê claramente o reconhecimento da organização social

dos povos indígenas, suas línguas, costumes, crenças e tradições, bem como os direitos originários sob as terras que tradicionalmente ocupam. E o primeiro parágrafo do referido artigo define tais terras da seguinte maneira:

> 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 (BRASIL, 1988).

Tudo isso fez da Constituição de 1988, conforme assinala Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2018, p. 2252, 2254), um documento que rompeu com o paradigma assimilacionista até então vigente, garantindo dessa forma "o direito dos índios a ser índios", na medida que, embora textos constitucionais anteriores também assegurassem o direito originário às terras que os povos indígenas tradicionalmente ocupassem, tal direito possuía natureza provisória, que se extinguia no momento em que os índios fossem "integrados à comunhão nacional". Ademais, tal o artigo 231 da Constituição Federal inovou em garantir que os povos indígenas tenham direito sobre a terra que ocupam de forma tradicional, e não sobre qualquer espaço de terra, reconhecendo, dessa forma, a relação anímica que os índios possuem com seu espaço territorial (SOUZA FILHO, 2018, p. 2255).

Dessa forma, podemos depreender que o direito territorial indígena possui três características marcantes, que, conforme o asseverado por Souza Filho (2018, p. 2255), são: a) a natureza originária de tal direito; b) a ocupação real e atual dos índios; c) a forma tradicional de ocupação.

Num primeiro momento, parece ser cabível o seguinte questionamento: que quer dizer que os índios possuem direito "originário" às terras que tradicionalmente ocupam? Segundo Souza Filho (1998, p. 122), "por originário quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei". Isso quer dizer que o direito dos povos indígenas às suas terras não é fruto de uma determinação legal, mas sim reconhecimento de um direito já existente, independendo, por conta disso, de ato de validação, demarcação ou registro, tendo tais atos apenas a função de dar conhecimento a terceiros (SOUZA FILHO, 2018, p. 2255). Assim, o legislador constituinte brasileiro adotou a chamada *teoria do indigenato*, que assim é definida por José Afonso da Silva (2014, p. 874):

> O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem.

No que tange a realidade/efetividade da ocupação territorial indígena, é importante assinalar, segundo o lecionado por Souza Filho, que a atualidade da ocupação não significa necessariamente que os índios devem estar desde sempre e sempre

presentes na terra, considerando, dentre vários fatores, conflitos fundiários, ações de deslocamento forçado perpetradas pelo Estado (que foram diversas), com especial fundamento no uso de tais terras para fins de utilização agropecuária[1]. Por conta disso, para analisar a permanência, a atualidade e a efetividade da ocupação territorial pelos povos indígenas, "a atualidade da ocupação tem que ser compatibilizada com a possibilidade real de uso pela comunidade; isto significa dizer que à ocupação atual deve se acrescentar o caráter originário do direito" (SOUZA FILHO, 2018, p. 2256).

Por fim, cabe o questionamento sobre o que quer dizer a *tradicionalidade* da ocupação das terras indígenas. Essa ideia – de tradicionalidade – não possui caráter de natureza temporal, conforme leciona José Afonso da Silva (2014, p. 875), "mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de corno eles se relacionam com a terra". A legislação constitucional brasileira, dessa forma, assegurou que os índios pudessem usufruir, explorar e prover sua reprodução física e cultural dentro das suas terras conforme os seus usos, costumes e tradições, considerando a diversidade de nações indígenas existentes no Brasil (SOUZA FILHO, 2018, p. 2256).

Feita essa brevíssima análise da natureza jurídica do conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" na Constituição Federal de 1988, passa-se a estudar como surgiu a chamada "tese do marco temporal" e de que forma ela afeta a noção constitucional estudada acima.

3 A "TESE DO MARCO TEMPORAL" NA PETIÇÃO 3.388/RR E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR

Como já dito anteriormente, a conjuntura dos povos indígenas no Brasil se encontra num quadro de constante tensionamento, sobretudo no que toca os violentos conflitos fundiários envolvendo os índios e grandes produtores rurais, conflitos esses que só se agravaram com o avanço da chamada "bancada ruralista" do Congresso Nacional e o emplacamento de diversos projetos de lei (especialmente Projetos de Emenda à Constituição) visando a retirada de direitos dos povos indígenas[2].

Nesse contexto de conflitos e inúmeras disputas por terra, embora a demarcação das terras indígenas seja apenas um ato de natureza declaratória à terceiros (pois o direito às terras é anterior ao próprio Direito, como já vimos), diversos

1 Como o ocorrido a partir da primeira metade do séc. XX, na chamada "Marcha para o Oeste". Cfe.: SOUZA FILHO, 2018, p. 2256.

2 O exemplo mais repercutido nesse sentido é o da PEC 215/2000, que visa retirar do Executivo e passar para o Legislativo a competência para demarcação das terras indígenas, num claro intuito de retardar os procedimentos e obstar o direito dos povos indígenas às terras tradicionalmente por eles ocupadas.

procedimentos demarcatórios têm sido objeto de discussões nas mais diferentes Cortes de julgamento do Brasil, e obviamente isso inclui a mais importante delas, o Supremo Tribunal Federal. E é nesse contexto que se insere o julgamento envolvendo a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

A Petição 3.388/RR é oriunda de ação popular ajuizada pelos então senadores roraimenses Antônio Augusto Botelho Neto e Francisco de Melo Cavalcanti em face da União, pleiteando a nulidade da Portaria 820/98, que demarcou a terra indígena Raposa Serra do Sol, e da Portaria 534/05, que homologou a demarcação, reunindo cerca de 46 procedimentos administrativos movidos tanto por particulares, quanto pelo Estado de Roraima, que pleiteavam a nulidade do feito (SARTORI JÚNIOR, 2018, p. 146). Dentre os principais argumentos dos peticionantes, pode-se citar: a) o questionamento ao modelo de demarcação contínua da área, sem considerar prédios públicos, propriedades particulares, etc.; b) a ameaça existente à segurança nacional, pelo fato da demarcação envolver faixa de fronteira; c) parcialidade na condução do processo administrativo demarcatório por parte da FUNAI, sobretudo no que toca a ausência de contraditório às partes atingidas; d) o impacto econômico que o fim das plantações de arroz na região causariam à economia do Estado de Roraima (SARTORI JÚNIOR, 2018, p. 148).

O processo teve seu julgamento iniciado em abril de 2008, sendo o relator do feito o então ministro Carlos Ayres Britto. O ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu voto, afastou a possibilidade de terem existido vícios no processo administrativo demarcatório, bem como de terem ocorrido violações aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, reconheceu a demarcação da terra de forma contínua e não verificou violação à soberania nacional pelo fato da terra se localizar em faixa de fronteira. Assim, o relator do acórdão votou pela improcedência do pleito, posicionando-se favoravelmente a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (STRECK, 2018, p. 10).

O colegiado do Supremo Tribunal Federal votou, por dez votos a um, pela demarcação da Raposa Serra do Sol. Porém, o ministro Menezes Direito, em seu voto-vista, apresentou dezoito "salvaguardas institucionais"[3] (após a apresentação destas,

3 As condicionantes apresentadas pelo ministro Menezes Direito foram as seguintes: 1 – 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 artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 – O usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 – O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; 4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo-se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 – 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; 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a

seria acrescentada mais uma, acerca da participação dos entes federativos no processo de demarcação) que deveriam servir como diretriz para esse e outros processos de demarcação de terras indígenas que pudessem sobrevir (STRECK, 2018, p. 10). Tais salvaguardas, no entendimento do então ministro, representariam "a exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis, sendo extraídas do próprio texto constitucional como parâmetros de interpretação e aplicação da normativa infraconstitucional para a demarcação das terras indígenas" (SARTORI JÚNIOR, 2018, p. 151).

Além dessas "salvaguardas institucionais", os votos do relator, ministro Carlos Ayres Britto e do ministro Menezes Direito analisaram o chamado "conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas", em que aparece, como primeiro ponto a ser explicitado, o marco temporal da ocupação, qual seja, 05 de outubro de 1988 (data de promulgação da Constituição Federal), como data em que os índios devessem estar na terra indígena reivindicada para fazer jus à demarcação[4]. Tal entendimento fez

comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 – 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; 8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração; 11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 – 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; 13 – 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 e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas; 15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 – Os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 – Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n° 3.388/RR**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília/DF, 19 de março de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 22 jan. 2019.

4 Segue a íntegra do entendimento expresso pelo ministro Ayres Britto: "I - o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente

com que a teoria do *indigenato*, trazida anteriormente, que era o paradigma constitucional para reconhecimento do direito originário dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, fosse substituída por uma *teoria do fato indígena*, em que o direito à demarcação da terra se vê condicionado a um fato concreto e temporalmente definido, qual seja, a ocupação da terra pelos índios na data de promulgação da Constituição Federal.

Como exceção à presença dos índios no marco temporal supramencionado, para fins de demarcação da terra, os ministros do STF reconheceram a possibilidade de "renitente esbulho", afirmada no caso Raposa Serra do Sol, em que "a ausência física em 5 de outubro de 1988 poderia ser suprida pela comprovação de expulsão das terras, evitando-se legitimar títulos fraudulentos adquiridos pela violência do esbulho" (SARTORI JÚNIOR, 2018, p. 160) Todavia, o Supremo não observou, no seu posicionamento, a alteração de paradigma que a Constituição Federal promoveu, que era antecipada pela ideia da tutela, do assimilacionismo e da "integração progressiva à sociedade", o que torna a prova do "renitente esbulho" bastante difícil, criando insegurança jurídica às terras já demarcadas, e dificuldades para a demarcação de novas (SARTORI JÚNIOR, 2018, p. 161).

Face a aplicação das dezenove condicionantes e da tese do marco temporal, à comunidade jurídica restou a dúvida sobre a aplicação vinculante desses entendimentos em matéria de demarcação de terras indígenas, sobretudo face a insegurança jurídica que poderia recair a diversas terras já demarcadas. Foram opostos diversos embargos de declaração, cuja relatoria ficou a cargo do ministro Luís Roberto Barroso. Na decisão, o ministro apontou que: a) as condicionantes se trataram apenas daquilo que o caso Raposa Serra do Sol demandava, buscando solucionar os já longevos

---

ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. art. 231), devido a que "os recursos minerais, inclusive os do subsolo", já fazem parte de uma outra categoria de "bens da União" (inciso IX do art. 20 da CF);" CF.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n° 3.388/RR. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília/DF, 19 de março de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 22 jan. 2019.

conflitos que existiam na região; b) que, pelo fato da ação popular não possuir força vinculante, os fundamentos não se estenderiam de forma automática a decisão similar[5].

Todavia, o que se verificou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi a subsistência da aplicação da tese do marco temporal e de condicionantes visando limitar o acesso a tal terra. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, a Segunda Turma do STF anulou a Portaria MJ 3.219/2009, que declarou a terra indígena Guyraroká, no município de Antônio João (MS), sob o fulcro que não existiam comunidades indígena naquele território na data em que a Constituição Federal foi promulgada, 05 de outubro de 1988[6].

Outro caso em que se pôde verificar a aplicação da "tese do marco temporal" foi no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 803.462/MS, também julgado pela Segunda Turma do STF, sob relatoria do falecido ministro Teori Zavascki. Nesse julgado, os ministros da Turma, além de anular a Portaria 526/1998, que demarcou a terra indígena Limão Verde, localizada na cidade de Aquidauana (MS), restringiu o reconhecimento da excludente de "renitente esbulho" a situações de conflitos ou expulsões da terra que permanecessem à data de promulgação da Constituição Federal, sendo tal conflito ou ilegalidade materializada por circunstâncias fáticas ou, ao menos, por uma controvérsia judicial acerca da posse da terra, desprezando, para fins de aplicação da excludente, desocupações forçadas ocorridas no passado[7].

---

5 Conforme partes da ementa da decisão:" 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. (...) 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões." Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição n° 3.388/RR**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em 22 jan. 2019.

6 Conforme parte da ementa da decisão: "2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). (...) 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário." Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 29.087/DF**. Brasília/DF, 16 de setembro de 2014. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em 23 jan. 2019.

7 Conforme parte da ementa: "1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1°/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/

Assim, a adoção da "tese do marco temporal", embora não tenha provocado nenhum impacto no julgamento em que foi sustentada, qual seja, a Pet. 3.388/RR, vem trazendo consideráveis impactos na efetivação dos direitos territoriais indígenas no Brasil, observando que duas terras indígenas tiveram sua demarcação anulada com base nesse entendimento.

Feita a análise sobre a "tese do marco temporal" e sua aplicação pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal, cabe analisar agora se tal tese pode ser considerada como um exemplo de "ativismo judicial", a partir de um estudo desse conceito embasado na Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

4 O "ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA"[8] À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK

Com o advento do Estado Democrático de Direito, impulsionado em nosso país pela Constituição de 1988, houve uma reconfiguração dos papeis ostentados pelo Estado e pelo constitucionalismo, o que gerou, nas palavras de Lenio Streck (2014, p. 411), um reforço do "caráter hermenêutico do direito". Como elementos que embasam tal caráter, Streck (2014, p. 411) cita "textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo com base os diversos mecanismos de acesso à justiça". Todavia, tais (re)configurações trazidas à baila pelo texto constitucional de 1988 não podem servir de suporte para que a justiça constitucional se sobreponha ao Direito, na medida que "parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é" (STRECK, 2014, p. 411).

Não obstante, o próprio texto constitucional oferece limitações ao poder discricionário que os juízes e Tribunais poderiam ostentar face a essa nova configuração oferecida pelo Estado Democrático de Direito. Um excelente exemplo disso é o Art. 93, IX, da Constituição Federal, em que consta a seguinte previsão: "todos os julgamentos

---

STF, o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada." Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília/DF, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em 23 jan. 2019.

8 Expressão retirada da obra: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)"(BRASIL, 1988). Mais do que simplesmente apontar que as decisões judiciais (e também administrativas) devem ser fundamentadas, tal preceito se constitui como um direito fundamental do cidadão, em que "todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico" (MENDES; STRECK, 2018, p. 1423). Por conta disso, decorre a afirmação que "não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei", estando vedadas margens de discricionariedade (por conseguinte, ativismo), que extrapolem os limites legais (MENDES; STRECK, 2018, p. 1423).

A necessidade de fundamentação de uma decisão judicial ou administrativa impede (ou deveria impedir), assim, que os juízes ou tribunais decidam de forma aleatória, o que, mais do que prejudicial às partes, é prejudicial à democracia e à efetivação dos direitos (o que se viu no caso da Pet. 3.388/RR), não podendo uma situação concreta, sob hipótese alguma, servir de álibi para a não aplicação de uma determinada norma, com fulcro nas suas peculiaridades (MENDES; STRECK, 2018, p. 1424). É evidente que existe, na maior parte das vezes, uma disparidade entre a norma e o caso em questão, mas, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, "o caso concreto é convocado para reduzir ao máximo a discricionariedade, e jamais o contrário disso" (MENDES; STRECK, 2018, p. 1424).

Porém, ao contrário das expectativas do legislador constituinte, o que vem ocorrendo nos Tribunais país afora é uma onda considerável de ativismos judiciais, que muitas vezes possuem um viés teoricamente positivo, mas que na verdade não é, se tratando na verdade de uma ameaça à democracia e ao Estado de Direito (STRECK, 2010). Isso se dá porque, conforme assevera Clarissa Tassinari (2012, p. 96), o atual cenário jurídico brasileiro passa por três grandes desafios, quais sejam: a) o enfrentamento às recepções teóricas equivocadas; b) a superação da discricionariedade judicial; e c) a preservação da autonomia do direito.

No que tange às recepções teóricas equivocadas, há se se salientar, em primeiro lugar, que com as mudanças promovidas na estrutura do Estado (e do Direito) com a Constituição de 1988, era fundamental a construção de uma nova teoria do direito, conectada com esses novos paradigmas e, sobretudo, com a conjuntura brasileira, enquanto "país de modernidade tardia" (TASSINARI, 2012, p. 97). A ausência do estabelecimento dessa "nova teoria" ocasionou na recepção de entendimentos teóricos correspondentes a culturas jurídicas mui distintas da tupiniquim, o que provocou profundos equívocos que acarretaram, dentre outras coisas, num aumento indevido do poder discricionário do julgador (TASSINARI, 2012, p. 97-98).

A primeira dessas recepções teóricas equivocadas foi a da jurisprudência dos valores, entendimento formado pelo Tribunal Constitucional Alemão após a outorga da Lei Fundamental de Bonn de 1949, em vista da ausência de participação popular no processo constituinte, caracterizando-se, originalmente, pela "afirmação de um jus distinto da lex, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade" (STRECK, 2017, p. 79). Os juristas brasileiros, ao recepcionarem tal posicionamento teórico, além de desprezar as profundas diferenças político-culturais entre Brasil e Alemanha, e trouxeram o mesmo entendimento – da Constituição como ordem concreta de valores – "sendo o papel dos intérpretes (julgadores) o de encontrar e revelar esses interesses ou valores" (STRECK, 2017, p. 80). Em termos práticos, "quando não consegue resolver o caso através da legislação, o juiz terá que preencher o caso concreto, mediante valorações adicionais", fazendo com que o Judiciário assuma o papel de "tutor da política" (TASSINARI, 2012, p. 98).

A segunda recepção teórica equivocada que pode ser citada, possuindo relação direta com a primeira, é da teoria da argumentação de Robert Alexy, que preconiza os princípios como mandados de otimização, possuindo, por conta disso, "uma estrutura alargada de dever-ser", sendo aplicados apenas na insuficiência da regra, em que ganha espaço a chamada ponderação (STRECK, 2017, p. 80). Conforme assevera Lenio Streck (2017, p. 81), enquanto a teoria de Alexy vê a ponderação como a formação de uma regra (aplicada ao caso por subsunção), "os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos". Tal uso inadequado da ponderação pelos Tribunais brasileiros ocasionou no surgimento do chamado "pamprincipiologismo", conceito que, conforme leciona Streck, "faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional" (2017, p. 82). Por conta disso, "o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade (STRECK, 2017, p. 82).

A terceira recepção feita de forma equivocada pelo direito brasileiro foi a do ativismo judicial norte-americano, de onde se extraiu o conceito de "governo de juízes", por meio da afirmativa que "o ativismo judicial é bom para a democracia quando direcionado a concretizar direitos" (TASSINARI, 2012, p. 98). Tal perspectiva desembocou na (equivocada) equalização entre ativismo judicial e judicialização da política, que não se confundem, na medida que

> a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por

> outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma "corrupção" na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos (STRECK, 2017, p. 82).

Existem outras recepções teóricas equivocadas feitas pelo direito brasileiro, todavia as que foram mencionadas aqui possuem direta relação com práticas qualificadas como ativismo judicial, o que justifica tal abordagem no presente trabalho, haja vista todas essas recepções culminarem num aumento dos poderes (e da margem de discricionariedade) do julgador, que pode (como geralmente acontece) culminar em ativismos judiciais, o que é nocivo ao Estado de Direito (TASSINARI, 2012, p. 98).

Feita a análise das recepções teóricas equivocadas, o segundo desafio que a prática jurídica deve observar é a superação da discricionariedade judicial. Todavia, para a superação da discricionariedade judicial, é necessário superar a herança (maldita) que o positivismo ainda deixou por essas bandas (STRECK, 2010). Há em *terrae brasilis*[9] o entendimento (equivocado) que, com o "fim" do positivismo, o ato de julgar deixaria de ser uma mera reprodução daquilo que a lei prevê (como fazia crer o famoso brocado *la bouche de la loi*) para se tornar um ato de amplo convencimento (e por conseguinte, discricionariedade), por força da ampliação do poder jurisdicional conferida pelo advento do Estado Democrático de Direito (TASSINARI, 2012, p. 98). Todavia, tal concepção é extremamente equivocada, na medida que, como diz Lenio Streck (2010, p. 58), "discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado". Isto porque, naquilo que assevera o professor Streck (2010, p. 63),

> as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações, etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse objeto seria produto do próprio sujeito do conhecimento.

Em decorrência disso, o positivismo operou uma cisão entre validade e legitimidade (da decisão judicial) no direito, onde as questões de validade jurídica seriam solucionadas "por uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos", enquanto as questões de legitimidade, por incluírem uma problemática de natureza moral, deviam ser objeto de uma teoria política (STRECK, 2010, p. 63). Em outras palavras, "os fatos sociais, os conflitos, enfim, a facticidade, não fazia parte das 'preocupações' da teoria do direito" (STRECK, 2010, p. 64). Assim, "a interpretação dos órgãos jurídicos é um problema de vontade, no qual o intérprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento de aplicação da norma" (STRECK, 2010, p. 65).

9 Expressão comumente utilizada pelo professor Lenio Streck em seus escritos para definir o Brasil.

Isso torna o julgador, sob uma perspectiva positivista, um sujeito "solipsista", isto é, um sujeito cujo mundo ao seu redor é apenas um esboço virtual daquilo que ele imagina, quer e decide o que é. Ou seja, "a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado" (STRECK, 2010, p. 59). Tal visão está ancorada no "esquema sujeito-objeto" oriundo daquilo que o professor Lenio Streck chama de "filosofia da consciência", pela qual o mundo (e seus elementos) se tornam vontade e representação (aqui utilizando os termos de Schopenhauer) do homem, que passa a "assujeitar" as coisas (STRECK, 2010, p. 16).

Por conta disso, uma teoria do direito que se reivindique como "pós-positivista" precisa necessariamente se desprender das amarras do ativismo judicial, isto é, superar "o primado epistemológico do sujeito" e o "solipismo teórico da filosofia da consciência", esquemas que derivam do modelo sujeito-objeto, e por conta disso, guardam em si uma natureza positivista (STRECK, 2010, p. 103).

O terceiro (e último) desafio a ser enfrentado pelo direito brasileiro por conta do ativismo judicial é a preservação da autonomia do direito. O ativismo judicial ocorre, muitas vezes, por meio da inserção "equivocada" de critérios não-jurídicos para embasar um determinado *decisum*. No caso que estudamos, por exemplo, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência da ação que visava anular a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol pois, caso confirmada a demarcação, o impacto econômico ao estado de Roraima seria considerável (STRECK, 2018, cap. 10). O Direito, conforme aponta Clarissa Tassinari (2012, p. 104), não pode ser submetido a interesses de caráter econômico, político ou moral, devendo, por outro lado, se submeter àquilo que está previsto na Constituição, e tão somente isso. Não obstante,

> a Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse (acentuado) grau de autonomia do Direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (STRECK, 2018, cap. 10).

Assim, o chamado "ativismo judicial", considerando-se todas as dificuldades para conceituar tal ideia, pode ser abordado a partir de quatro perspectivas, quais sejam:

> a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário; c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador (LEPPER; STRECK; TASSINARI, 2015, p. 56).

Nessa linha de raciocínio, conforme aponta o professor Lenio Streck, "há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista ou não: a decisão (uma determinada decisão), nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?"(STRECK, 2016, p. 725) Se a resposta for

"não", segundo Streck (2016, p. 725), estaremos diante um caso de ativismo judicial. No caso que analisamos nesse trabalho, a Petição 3.388/RR, por exemplo, é evidente que a decisão não poderia ser repetida em situações similares, na medida que extrapolou os limites que a própria demanda impunha, criando condicionantes e uma tese limitadora do direito territorial indígena que nem sequer se relacionava com o caso, criando uma flagrante insegurança jurídica (STRECK, 2018 cap. 10).

No caso "Raposa Serra do Sol", que tratamos ao longo de estudo, percebeu-se uma suposta "omissão" do legislador constituinte na definição de um marco delimitador para a demarcação das terras indígenas, em que a solução para tal lacuna foi apontar que a "Constituição trabalhava com data certa" (que não estava prevista em lugar nenhum) , in casu, 05 de outubro de 1988, como um inequívoco modo (e a própria decisão deixa isso claro) de frear as demandas dos índios pela demarcação de suas terras. Aqui, é certeira e extremamente cabível a afirmação de Barretto, Oliveira e Streck no sentido que "não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar 'omissão'; pode ser, na verdade, uma escolha política" (2009, p. 80). E isso fica inequívoco ao visualizar-se, no caso da "criação" da "tese do marco temporal", que tal entendimento nem sequer se aplicava àquela terra, se tratando assim de uma "criação" deslocada, de forma aleatória, visando simplesmente o impacto jurisprudencial em outros casos de mesma espécie, como já vimos no ponto anterior.

Ainda sobre o caso julgado na Pet. 3.388/RR, cabe recordar que o ministro Barroso, no julgamento dos Embargos de Declaração, decidiu que a situação da terra indígena Raposa Serra do Sol não poderia ser solucionada sem apontar os elementos centrais do regime jurídico-constitucional aplicável ao tema (STRECK, 2018, cap. 10). Como interpreta Lenio Streck (2018), "o que o Ministro afirmou é que a Corte está autorizada a atuar como órgão legislativo em casos que necessitem da enunciação de aspectos básicos do regime jurídico para a solução de um caso concreto. Porém, há autorização para tanto na Constituição Federal?" Mais um exemplo do quão ativista foi a decisão exarada na Pet. 3.388/RR, bem como as que dela decorreram.

Dessa maneira, o ativismo judicial pode produzir graves efeitos colaterais, haja vista que "há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador" (BARRETTO; OLIVEIRA; STRECK, 2009, p. 79). O ativismo, nesses moldes, produz o que Habermas (1997) chamava de "colonização do mundo da vida", em que o Poder Judiciário "cassa" da democracia, da sociedade, a possibilidade de tomar decisões relevantes por si só. Não por acaso, Lenio Streck (2018, cap. 10) indaga:

> Num cenário dominado pela discricionariedade judicial, o que vale em uma Constituição? É uma suposta "teoria do poder" que vai explicar e permitir as violações do ordenamento? Se a Constituição for, mesmo, apenas uma folha

> de papel, então, de fato, qualquer turbulência política pode fragilizá-la. Mais: qualquer sociologismo ou teoria do poder, em verdade descomprometidos com a Democracia, podem justificar um general attack à Constituição.

A decisão judicial, dessa forma, deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar" (BARRETTO; OLIVEIRA; STRECK, 2009, p. 79).

Face ao ativismo, então, que fazer? Existe a possibilidade de haver uma resposta correta para um caso concreto? O professor Lenio Streck (2016, p. 729) acredita que sim, e mais do que isso, sustenta que o cidadão possui o direito fundamental de obter uma resposta correta, qual seja, uma resposta adequada à Constituição, direito esse que está diretamente relacionado com o dever do julgador de fundamentar suas decisões, como já vimos. Para fornecer essa "resposta correta", Lenio Streck aponta que "o juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença ocorreu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer" (2016, p. 729). Nesse sentido, o professor sustenta que

> a explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, trazendo a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2016, p. 730).

Portanto, derrotar o ativismo judicial e construir uma nova cultura jurídica em *terrae brasilis*, que defenda os direitos sem extrapolar os limites impostos pela Constituição é um complexo mas necessário desafio que está nas mãos de milhares de juristas país afora que lutam e trabalham em prol da "Justiça". Afinal de contas, mesmo decisões que aparentem ser positivas, como a proferida na Pet. 3.388/RR, podem ter em seu meio desdobramentos extremamente negativos que podem gerar efeitos colaterais, inclusive para negar direitos garantidos pela Constituição. Não será algo a ser resolvido em 5, 10, 15, anos, mas que, com uma ressignificação do papel do Direito, e sobretudo, do papel do julgador no Estado Democrático de Direito, poder-se-á vislumbrar um dia. Resta saber quando esse primeiro passo será dado.

5 CONCLUSÃO

Ante tudo o que foi exposto nesse trabalho, é clara e inequívoca a relação que o julgamento da Pet. 3.388/RR, especialmente no que tange a criação da "tese do marco temporal, com a ideia de ativismo judicial, conforme a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

Isso porque, num primeiro momento, visualizou-se que o texto constitucional, em momento algum, previu alguma possibilidade de marco temporal como requisito para a efetivação do direito territorial indígena, haja vista a recepção, pela Constitui-

ção de 1988, da chamada "teoria do indigenato", que define o direito dos povos indígenas à terra como anterior ao próprio direito, justificando sua natureza originária, sendo a ocupação real e atual da terra considerada conforme a possibilidade dos índios estarem na terra, o que envolve diversos fatores, sobretudo se considerados os conflitos existentes entre as populações indígenas e o agronegócio, e o processo de reservamento dos índios que ocorreu no Brasil ao longo do século XX.

Adiante, pôde-se ver como a "tese do marco temporal" foi criada no julgamento da Pet. 3.388/RR, que julgava a constitucionalidade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, como se esse marco fosse diretamente exprimido do texto constitucional (o que, como foi apresentado ao longo do trabalho, é inverídico), e substituindo a teoria do indigenato, acolhida pela Constituição, por uma "teoria do fato indígena", em que a ocupação (pacífica ou mediante "renitente esbulho" devidamente provado, inclusive por meio processual!) por índios na data de promulgação da Constituição se torna óbice para a efetivação do direito territorial indígena. Além disso, é necessário salientar que, embora tenha sido negado pelo STF o caráter vinculante das condicionantes, a "tese do marco temporal" seguiu sendo aplicada pela Corte, e em duas oportunidades serviu como embasamento para anular demarcações de terras indígenas, negando assim o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupavam.

Por fim, tal relação (entre o julgado e a ideia de ativismo judicial) fica inequívoca ao verificar-se o conceito de ativismo judicial (aqui utilizamos a expressão "ativismo judicial à brasileira), que define práticas jurisdicionais que contrariam a Constituição, em prol de interesses e argumentos de caráter moral, político ou econômico. Esse ativismo se caracteriza, inclusive, como uma violação ao dever de fundamentar as decisões judiciais, à medida que tal fundamentação deve se pautar por questões jurídicas, e não de outras espécies, o que culmina, como foi visto, na violação ao direito fundamental do cidadão ao receber do julgador respostas corretas (conforme a Constituição) para as suas demandas. Ainda assim, o mais importante a salientar, nessa reta final, sobre o ativismo judicial (à brasileira) é que, embora em alguns momentos ele pareça ser bom, por conceder direitos, por exemplo, como já pareceu ser em diversos casos julgados pelo STF, as consequências de um *modus operandi* ativista podem ser extremamente nocivas ao Direito e à democracia, como ficou claro no caso estudado.

Portanto, expor e criticar práticas de ativismo em *terrae brasilis* é fundamental para a construção de uma cultura jurídica que não se preocupe somente com os fins, mas também com os meios, conforme aponta a Crítica Hermenêutica do Direito. Se vivemos um período de constantes retiradas de direitos, prisões de natureza inequivocamente política, abalos nas instituições, etc., isso muito é culpa de um Poder Judiciário ativista que, quando proferia diversas decisões aparentemente "*pro societate*", contava com amplo apoio da população e da comunidade jurídica (mas sempre recebendo

críticas de autores como o professor Lenio Streck, justiça seja feita), mas agora, que se abstém de tomar decisões importantes, frear retrocessos e assegurar as garantias do Estado Democrático de Direito, recebe considerável oposição. O Poder Judiciário brasileiro é um excelente exemplo de que os fins não justificam os meios. A conta de anos de ativismo judicial chegou, e todos nós estamos pagando (caro).

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente P.; OLIVEIRA, Rafael T.; STRECK, Lenio L. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e a criação de um "terceiro turno da constituinte". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo*. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília/DF, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em 23 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição n° 3.388/RR*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em 22 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n° 3.388/RR*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília/DF, 19 de março de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 22 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 29.087/DF*. Brasília/DF, 16 de setembro de 2014. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em 23 jan. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre factidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

LEPPER, Adriano O.; STRECK, Lenio L.; TASSINARI, Clarissa. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. Disposições gerais: Art. 93. In: CANOTILHO, J.J. G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SARTORI JÚNIOR, Dailor. *Pensamento descolonial e direitos indígenas*: uma crítica à tese do "marco temporal da ocupação". Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. de. Dos índios. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos F. M. de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Ed. Juruá, 1998.

STRECK, Lenio L. *30 anos da Constituição Federal em 30 julgamentos*: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. E-book (não paginado). Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981815/cfi/6/36!/4/16/2/2@0:0]. Acesso em 08 jul. 2019.

STRECK, Lenio L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJJL], [S.l.], v. 17, n. 3, p. 721-732, dez. 2016.

STRECK, Lenio L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio L. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio L. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial*: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.