



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE ARRAIAS
CURSO DE DIREITO**

SÓSTENES OLIVEIRA TORRES

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UM
ESTUDO DE CASO DO MARCO TEMPORAL EM TERRAS
INDÍGENAS.**

Arraias- TO

2025

Sóstenes Oliveira Torres

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UM ESTUDO DE CASO DO
MARCO TEMPORAL EM TERRAS INDÍGENAS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal Do Tocantins, Campus de Arraias como requisito parcial de avaliação para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof^a. Dra. Juliana de Oliveira Sales

Arraias – TO

2025

<https://www.uft.edu.br/gestao/tic/sistemas/ficha-catalografica>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

- O48a Oliveira Torres, Sóstenes.
O ativismo judicial e sua relação com os direitos e garantias fundamentais no Brasil contemporâneo: um estudo de caso do marco temporal em terras indígenas. / Sóstenes Oliveira Torres. – Arraias, TO, 2025.
51 f.
Monografia Graduação - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Arraias - Curso de Direito, 2025.
Orientadora : Profª. Dra. Juliana de Oliveira Sales
1. : Constituição. 2. Ativismo Judicial. 3. Direitos Fundamentais. 4. Marco temporal. I. Título

CDD 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE ARRAIAS
CURSO DE DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UM ESTUDO DO MARCO
TEMPORAL EM TERRAS INDÍGENAS.**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao
Colegiado do Curso de Direito da Universidade
Federal do Tocantins, Campus Universitário de
Arraias, em cumprimento parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito à Sóstenes
Oliveira Torres.

Data da aprovação ___/___/___

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dra. Juliana de Oliveira Sales
Orientadora

Prof^ª. Msc. Luiza Mello Fruet
Avaliador 1.

Prof^º. Dr. João Vitor Martins Lemes
Avaliador 2

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, familiares, amigos, colegas e professores.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por me dar forças pra chegar até aqui;

A minha esposa Danúbia, por todo suporte e aos meus pais, Francisco e Laurenisa, pelo apoio incondicional;

A todos familiares, amigos, colegas;

A Universidade Federal do Tocantins, a Prof^ª. Juliana de Oliveira Sales, pela excelência em orientar e aos demais professores.

Enfim, a todos que contribuíram para o sonho agora realizado.

EPIGRAFE

“Nenhuma “ordem” opressora suportaria que os oprimidos todos passassem a dizer:
“Por quê?”” (FREIRE, 2011, p. 106).

RESUMO

O presente trabalho busca a conceituação e análise do ativismo judicial no Brasil e sua relação com os direitos e garantias fundamentais, o caso usado para análise foi o marco temporal, que versa sobre a demarcação de terras indígenas, para além disto, analisou-se também as tensões que envolvem os atores deste tema, principalmente em relação aos Poderes da República. Do ponto de vista teórico, o trabalho se fundamenta em autores como Barroso (2012; 2020), Ramos (2015), Silva (2018), Souza Filho (2018), Lenclud (2013), entre outros que discutem este tema. Com relação ao aspecto metodológico, a abordagem da pesquisa é qualitativa valendo-se da observação para coleta das informações, a análise destas informações se deu de modo descritivo comparando-as com a literatura revisada, a vertente da pesquisa jurídica adotada é a jurídico-sociológico. Com esta pesquisa verificou-se que o ativismo judicial acabou por prejudicar os direitos garantidos constitucionalmente aos povos indígenas, para além disto, o ativismo judicial contido no caso em tela gerou um embate entre os Poderes da República, configurando um ambiente hostil ao próprio dispositivo constitucional e a normalidade democrática.

Palavras chave: Constituição. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Marco temporal.

ABSTRACT

The present work seeks to conceptualize and analyze judicial activism in Brazil and its relationship with fundamental rights and guarantees, the case used for analysis was the time frame, which deals with the demarcation of indigenous lands, in addition to this, it was also analyzed the tensions that involve the actors in this topic, mainly in relation to the Powers of the Republic. From a theoretical point of view, the work is based on authors such as Barroso (2012; 2020), Ramos (2015), Silva (2018), Souza Filho (2018), Lenclud (2013), among others who discuss this topic. Regarding the methodological aspect, the research approach is qualitative, using observation to collect information, the analysis of this information was carried out in a descriptive way, comparing it with the reviewed literature, the aspect of legal research adopted is legal-sociological . With this research it was found that judicial activism ended up harming the rights constitutionally guaranteed to indigenous peoples, in addition, the judicial activism contained in the case in question generated a clash between the Powers of the Republic, configuring an environment hostile to the constitutional provisions themselves. and democratic normality.

Keywords: Constitution. Judicial Activism. Fundamental Rights. Time frame.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
2. APONTAMENTOS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL	13
2.1. ORIGEM E FORMATO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
2.2. LIMITES E TENSÕES EM TORNO DO TEMA.....	17
2.3. ATIVISMO JUDICIAL: PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS.	27
3. ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO MARCO TEMPORAL.....	28
3.1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES	28
3.2 ENTENDENDO O MARCO TEMPORAL: A CRIAÇÃO DO DIREITO.....	29
3.3 O MARCO TEMPORAL E O TENSIONAMENTO ENTRE OS PODERES.....	38
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS	48

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ativismo judicial, com todas as suas nuances, é um tema presente nas democracias atuais e que, de modo simples, implica em um poder judiciário mais ativo e por vezes com características mais políticas e ideológicas do que técnicas, “fruto de uma postura de pensamento, uma construção hermenêutica de um *modus operandi* de julgar em razão da postura retraída ou omissa dos demais poderes” (Machado, 2022, p.112). No caso brasileiro, mais especificamente, quando se relaciona a garantias e direitos fundamentais previstos no texto constitucional ou, ainda, temas de grande relevância social.

O interesse neste tema surgiu após a observação da aparente interferência do Poder Judiciário brasileiro naquilo que diz respeito à função precípua e prerrogativas das casas legislativas, como em temas como o aborto, descriminalização das drogas e etc. Nos últimos anos tal característica ou fato, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal, tem acontecido com maior frequência, vide as últimas decisões e julgados pautados na Suprema Corte brasileira, noticiados amplamente pela imprensa e relatados abaixo.

Exemplo recente caracterizado como ativismo judicial por muitos, principalmente por agentes do poder legislativo, é o caso da ADPF 442 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Esta ADPF versa sobre a descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação, colocada em votação pelo plenário do STF no dia 22 de setembro de 2023, em que o Supremo Tribunal Federal foi provocado a interpretar os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, tendo por objetivo afastar a tipificação dos crimes de aborto consentido nos três primeiros meses de gestação. Ao tempo da decisão, o assunto foi tratado pela imprensa e por analistas como claro ativismo social, assim, caracterizando a atuação do STF diante da ADPF 442 como claramente ativista e como “consequente usurpação da competência dos demais poderes” (Christofidis, 2021).

Neste aspecto, cabe ressaltar o posicionamento da relatora à época, a agora ministra aposentada do STF Rosa Weber. Segundo ela, apesar de ser de competência do Congresso Nacional para legislar sobre o tema, o Poder Judiciário é obrigado, pelo fundamento constitucional, a enfrentar qualquer questão jurídica a ele apresentada sobre lesão ou ameaça a direitos seja da maioria ou das minorias. A ministra destaca ainda o diálogo institucional entre os poderes constituídos da República a fim de que temas como este sejam apreciados juntamente com o legislador. Tal ressalva pode demonstrar a sensibilidade destas movimentações da Suprema Corte brasileira e a importância de entender as nuances da possibilidade de ativismo judicial em tais movimentações. Deste modo:

Assim como em praticamente todas as democracias liberais (com raras exceções das democracias puramente majoritárias), também na democracia brasileira a função de controlar as leis e atos do poder público para garantir que elas estejam em conformidade com a Constituição é exercida por órgão independente daqueles responsáveis por aprovar as leis. Este órgão é tipicamente uma Suprema Corte ou Tribunal Constitucional. Isso é importante porque a democracia não se resume à regra da maioria. Na democracia, os direitos das minorias são resguardados, pela Constituição, contra prejuízos que a elas (minorias) possam ser causados pela vontade da maioria. No Brasil essa tarefa cabe ao Supremo Tribunal Federal, a quem o art. 102, caput, da CF, confiou a missão de “guardião da Constituição”. (Weber, 2023).

Outro fato que indica a importância do tema pesquisado são as movimentações do Poder Legislativo em relação à atuação do Poder Judiciário, especificamente o STF. A CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) do Senado Federal aprovou no dia 04 de outubro de 2023 a Proposta de Emenda à Constituição nº 8/2021, que limita as decisões monocráticas nos tribunais superiores. Nesta mesma data foi protocolada, no Senado, a PEC nº 51/2023, que restringe a 15 anos os mandatos dos ministros do STF, a proposta promove ainda modificações no processo de escolha dos membros desta corte e dos demais tribunais superiores (Senado, 2023).

Tais movimentações podem indicar, mesmo que sutilmente, que o tema ativismo judicial e todas as suas nuances merecem atenção e, diante disto, a proposta de pesquisa deste tema no presente trabalho se dará principalmente no debate em torno do papel do Poder Judiciário, principalmente as instâncias mais elevadas no que diz respeito aos lastros constitucionais que limitam a atuação de cada poder da República e aos direitos e garantias fundamentais.

Neste aspecto, o objetivo deste trabalho é entender e analisar, através da doutrina, o ativismo judicial, assim como suas origens em terras estrangeiras e no Poder Judiciário brasileiro, neste aspecto, busca-se também entender os limites possíveis instituídos pela Constituição para a atuação do Poder Judiciário de modo que tal poder não usurpe os demais poderes integrantes do Estado Democrático de Direito.

Assim, o presente trabalho pretende compreender se o sistema judiciário brasileiro, principalmente em suas instâncias superiores, através de sua prática considerada por muitos como ativista, possibilita a manutenção das garantias e direitos fundamentais ou viola o texto constitucional, tendo como caso para estudo o marco temporal em terras indígenas.

Além disso, através da análise do marco temporal, objetiva-se também compreender as tensões geradas entre os Poderes, assim como as reações dos mesmos, também compreender também um ponto de equilíbrio entre os papéis de cada poder definidos constitucionalmente,

sob o aspecto das novas demandas e problemas das mais diversas esferas sociais, visto que, por vezes, o Poder Legislativo se mostra vagaroso em determinadas pautas.

Deste modo, o objetivo geral deste trabalho de conclusão de curso é compreender o ativismo judicial e sua influência nos direitos e garantias fundamentais no Brasil contemporâneo, já os objetivos específicos constituem em entender que é o ativismo judicial, compreendê-lo historicamente e analisar decisões, jurisprudências e julgados de instâncias superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal, que podem ser caracterizados ou não como ativismo judicial, no presente caso, a análise se aplica ao marco temporal.

Debater e analisar este tema é necessário na atualidade, pois estão no bojo desta questão elementos, interpretações e fatos que podem significar uma mudança visível na sociedade brasileira, principalmente no que diz respeito às novas pautas. Outro ponto a ser colocado é o equilíbrio entre os poderes no que diz respeito às suas funções primordiais lastreadas pela Constituição Federal.

2. APONTAMENTOS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial, conforme expressa Barroso (2012), pode ser entendido como um fenômeno jurídico caracterizado por uma atividade mais extensiva e abrangente dos integrantes do Poder Judiciário. Para além das qualificações e classificações de cunho positivo ou mesmo pejorativo, este fenômeno deve ser analisado e entendido à luz de todo entrelaçamento histórico e social no qual está inserido e da especificidade de cada caso, como no que se faz objeto de estudo deste trabalho: o marco temporal.

Segundo eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, publicado em 2012, na Revista (SYN)THESIS, cerca de um ano antes da sua indicação ao STF, o surgimento e desenvolvimento da expressão “ativismo judicial” deu-se a partir da jurisprudência norte-americana. Segundo Barroso, em sua gênese, o ativismo judicial era de natureza conservadora, pois temas como segregação racial e invalidação das leis sociais em geral encontraram amparo na Suprema Corte norte-americana. A mudança da orientação jurisprudencial oposta ao intervencionismo estatal resultou no embate entre o Presidente Roosevelt e a Corte (Barroso, 2012, p. 26).

Tal situação se inverte bruscamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte passa a produzir jurisprudência de perfil mais progressista em matéria de direitos fundamentais,

principalmente em relação às pessoas negras, mulheres, direito da privacidade e etc. (Barroso, 2012, p. 26).

Alvaro Augusto Lauff Machado, em sua obra “Ativismo Judicial Direito e Democracia”, indica que a noção de ativismo judicial se materializou efetivamente a partir do instante em que a Suprema Corte norte-americana começou a ser presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Neste período, por conta das decisões originárias da Suprema Corte, diversas medidas de natureza mais política foram institucionalizadas, sem qualquer ato do Poder Legislativo ou mesmo decreto presidencial (Machado, 2022, p. 110).

O mesmo autor afirma ainda que só a partir deste momento a academia norte-americana se dedicou a avaliar esta nova característica do Poder Judiciário, analisando, inclusive, os impactos resultantes das decisões e julgamentos provenientes da Suprema Corte, assim como os seus limites institucionais diante dos Poderes Legislativo e Executivo (Machado, 2022, p. 111).

Neste sentido, o ativismo judicial surge sem qualquer tipo de rigor científico ou mesmo metodológico. Tal expressão acaba por revelar o protagonismo judicial e sua perspectiva de cunho político, principalmente no que diz respeito à atuação dos juízes, atuação esta fruto de vontade pessoal, concepções ideológicas, políticas e sociais que sobrepujaram uma atuação restrita ao papel fundamental do Poder Judiciário. Estas manifestações de perfil mais ativistas ganharam força com o surgimento dos Estados Democráticos de Direito (Machado, 2022, p. 111).

2.1. ORIGEM E FORMATO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na perspectiva brasileira, é necessário retornar ao ano de 1988, que foi marcado pela promulgação da Constituição vigente no país, que tem como característica a ênfase nos direitos e garantias fundamentais e na redemocratização do Brasil no período pós-ditadura militar. Nas palavras de Huning:

O ano de 1988 representou um ápice no processo democrático brasileiro, pois com a promulgação da Constituição Federal previu-se um extenso rol de direitos e garantias sociais, os quais caracterizavam a existência de um Estado a ser desenvolvido através de uma postura prestacional. (Huning, 2019, p. 15).

A Constituição de 1988, denominada de Constituição Cidadã, trouxe um Estado comprometido com a promoção e defesa dos direitos fundamentais. Para além disso, instituiu e sistematizou as funções, a harmonia e a independência dos poderes da República. No entanto,

os direitos e garantias fundamentais, entre os quais estão insculpidos, por exemplo, aqueles direcionados aos povos indígenas, não se concretizaram como previsto, o processo legislativo não cumpriu suas funções diante das novas demandas sociais. Mesmo diante dos avanços alcançados pela Constituição, ainda restam lacunas a serem preenchidas, mesmo que as mais variadas emendas, Leis Complementares e etc. sejam instrumentos que busquem o aperfeiçoamento da lei maior do país e o preenchimento destas ditas lacunas.

Neste íterim, cabe ressaltar que após a reestruturação democrática do país, os poderes da República, principalmente o Executivo e o Legislativo, entraram em declínio, com escândalos de corrupção, negociatas e etc. Tudo isto dificultou ou postergou o cumprimento daquilo já garantido na letra da lei para além disto, o aparecimento de novas demandas e grupos sociais, e a inércia do Poder Legislativo em relação a tais demandas alargou a lacuna anteriormente citada.

Em um país historicamente marcado pelas mazelas e desigualdades sociais, tal lapso temporal na concretização dos direitos e garantias fundamentais implicou um atraso significativo no que diz respeito ao atendimento das demandas sociais, principalmente dos povos indígenas, que não gozam de tais direitos em sua plenitude, mesmo que sejam garantidos pela própria Constituição, a demarcação de terras indígenas é um exemplo.

Por conta disso, outro Poder toma o protagonismo na discussão e na tentativa de atender às novas demandas sociais: o Poder Judiciário. Nesse contexto, verifica-se que:

Em virtude disso, questões anteriormente discutidas somente em âmbito político passaram a ser debatidas também na esfera judicial. Tais fatores, refletiram de maneira direta no Poder Judiciário, que acabou por se tornar o centro atuação de matérias de cunho político e social, a fim de garantir os direitos já assegurados constitucionalmente, embora não efetivados pelos demais Poderes da Federação. (Huning, 2019, p. 10).

Conforme Huning (2019), a Constituição legitimou a expansão da atuação do Poder judiciário sobre questões de cunho predominantemente político, visto que era necessário garantir os direitos fundamentais expressos na mesma, no entanto, tal expansão ultrapassou os limites estipulados pela própria Constituição no que tange a atuação, harmonia e independência dos Poderes.

Deste modo:

O Poder Judiciário agigantou-se a partir de um vácuo deixado pelos Poderes Legislativo e Executivo que, em diversas matérias, sobretudo de cunho social, omitiram-se ao longo da história recente enquanto as demandas aumentaram exponencialmente. Isso motivou o ajuizamento de ações com as mais variadas pretensões em defesa de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e da preservação de direitos sociais. (Machado, 2022, p. 4).

Contudo, é necessário ter cuidado ao avocar a inércia do Poder Legislativo como premissa para provocação do ativismo judicial, pois “admitir tal premissa significa afirmar que a omissão do Poder Legislativo tem sempre caráter político proposital decorrente de interesses eleitorais, o que, da mesma forma, não se pode aceitar como verdade absoluta” (Machado, 2022, p. 115).

Para além disto, é necessário compreender que certos temas e questões complexas, como a questão do marco temporal e demarcação de terras indígenas, demandam uma maior deliberação social a respeito, por conta disto, pode-se interpretar, até mesmo equivocadamente, que o Poder Legislativo está inerte. No entanto, isto não outorga ao Poder Judiciário antecipar-se aos debates e deliberações do Poder Legislativo e da sociedade em geral. Neste sentido, “o silêncio, por vezes, demonstra a reflexão social sobre certo tema o que, no entanto, não autoriza o Poder Judiciário, no afã de se afirmar enquanto promotor de políticas públicas e sociais, se antecipar ao tempo e a deliberação do Legislativo” (Machado, 2022, p. 115).

É necessário considerar também que o ativismo judicial e seus desdobramentos estão intimamente ligados aos conceitos de Democracia e Constituição, principalmente no que diz respeito a esta última. Sob este aspecto Huning (2019) afirma, em tom de crítica ao ativismo judicial, que a Constituição Federal outorgou ao Poder Judiciário o papel de cumprir e efetivar aquilo que fora previsto na mesma no caso de omissão dos demais poderes, no entanto, isto acabou por uma quebra de limites da função jurisdicional, resultando, por vezes, em uma postura ativista. Deste modo:

Como é sabido, a própria Constituição Federal concedeu ao Poder Judiciário o condão de cumprir as promessas constitucionais, caso não fossem efetivadas pelos demais poderes do Estado. Todavia, o judiciário acabou por transpor tais limites e conduziu sua atividade a uma atitude autoritária e ativista, sob a égide alguns doutrinadores que dizem, mas de maneira errônea, ser o ativismo necessário para o cumprimento ou tutela da cidadania. (Huning, 2019, p. 99)

Nesta abordagem histórica, é possível observar alguns exemplos de uma postura ativista por parte do STF, a corte mais elevada do país, segundo Barroso (2020), estes precedentes se manifestam por diferentes linhas de decisão, são eles:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público, sobre criação de município e sobre a

criminalização da homofobia – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. (Barroso, 2020, p. 435).

Segundo Barroso (2020) todos estes casos acima citados implicam em um afastamento entre juízes e tribunais de sua função típica de aplicação e efetivação do Direito em vigência, aproximando-os de uma função que mais se assemelha à do legislador ordinário, tal proximidade à função legislativa é vista no caso do marco temporal, objeto de análise do presente trabalho, observada a partir de todo o aspecto criativo e inovador encontrado no voto do então ministro Ayres Britto.

Neste ínterim, Huning (2019) discorre que, o ativismo judicial brasileiro tem em si em problema desde a sua gênese, quando este fora importado dos Estados Unidos sem observar as especificidades do sistema jurídico do país. Além disto, segundo a autora, este processo se deu de forma “equivocada e acrítica”, gerando uma série de problemas ao Estado Democrático de Direito. Deste modo:

A cerne da problemática do ativismo judicial no Brasil inicia quando da sua importação dos Estados Unidos. O chamado ativismo judicial à brasileira se deu de forma equivocada e acrítica, ou seja, sem a sua devida problematização e sem observar as especificidades de cada país, pois o sistema norte-americano contempla o modelo do *Common Law* (direito costumeiro), enquanto o sistema brasileiro está vinculado ao *Civil Law* (lei ou norma como fonte do direito). (Huning, 2019, p. 53).

2.2. LIMITES E TENSÕES EM TORNO DO TEMA

Diante desta nova realidade, sob o manto de um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário se apresenta como protagonista diante das demandas dos direitos e garantias sociais apresentadas pela nova Constituição.

Conforme o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial pode ser compreendido como um modo mais abrangente de interpretar a Constituição, quando o Poder legislativo se distancia da sociedade civil e de suas demandas sociais. Neste aspecto:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (Barroso, 2012, p. 25).

Nota-se, neste argumento acima citado, que uma das justificativas ou causas apontadas para legitimação do ativismo judicial é a inércia ou retração do Poder Legislativo em face das demandas sociais. Barroso complementa ainda afirmando que o ativismo judicial trata-se de evidente interferência do Poder Judiciário nas funções dos demais poderes da República. Em

seu argumento, o autor endossa que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (Barroso, 2012, p. 25).

Huning (2019), no entanto, tece críticas a esta definição defendida por Barroso, segundo a autora trata-se uma postura arbitrária, pela qual se aventa a possibilidade de escolha quanto ao modo de interpretar a Constituição e ainda a viabilidade de expansão de sentido e alcance das normas constitucionais. O perigo deste tipo de posição é sobre a possibilidade de uma eventual criação de direito, pois está “escolha” pode trazer consigo posições e atos de vontade do intérprete que acabam por transpor aquilo previsto no texto constitucional.

A professora Clarissa Tassinari, em artigo publicado em 2012 sob o título “A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo: uma crítica ao ativismo judicial” indica o perigo do ativismo judicial sob a perspectiva da vontade do intérprete e todas as nuances que envolvem tal interpretação, tal perigo se intensifica à medida que o intérprete usa de critérios não jurídicos para aplicação e efetivação do texto constitucional, deste modo:

O ativismo judicial, por outro lado, é gestado exclusivamente pela sistemática jurídica, referindo-se a um problema propriamente do Direito, na medida em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento. (Tassinari, 2012, p. 41, grifo nosso).

Por outro lado, Cittadino afirma ser positiva para o ambiente democrático a expansão do Judiciário nestes moldes citados por Barroso, pois entende a autora que “esta ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países” (Cittadino, 2004, p. 106).

Barroso, ainda sob a justificativa da inércia dos demais poderes, indica que o ativismo judicial é um processo de auxílio à Constituição no alcance de suas normas, um atalho à um trajeto político que se mostra vagaroso em face das demandas sociais, deste modo:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso (Barroso, 2012, p. 31).

Entretanto, é necessário certo cuidado quando se faz menção à uma “postura do intérprete”, tal postura pode gerar uma “eisegese jurídica”¹ do texto constitucional na medida em que tal intérprete, juiz ou tribunal passe a se manifestar lastreado por suas convicções políticas, sociais e ideológicas, este fato pode esconder possibilidade de deformar a “obra do próprio Poder constituinte originário” (Ramos, 2022, p.144). Tal deformação do texto constitucional se faz clara no caso do marco temporal, na medida em que a interpretação dada pelo então ministro Ayres Britto modifica todo o sentido e objetivo do dispositivo constitucional.

Sob este aspecto, é preciso, no entanto, desmistificar o “mito da imparcialidade”, Machado (2022) afirma que não existe interpretação, seja ela de quem for, juiz ou cidadão comum, que seja plenamente neutra. Portanto, não há possibilidade de que, nesta interpretação, sejam desconsideradas as compreensões, tradições, costumes, prismas ideológicos, entre outros aspectos, daquele que interpreta. No entanto, a cerne do problema em questão é entender até que ponto estas compreensões de mundo inerentes ao intérprete da lei figuram como um elemento de extrapolação aos limites jurisdicionais impostos pela Constituição.

Por isto, diante desta imparcialidade intrínseca ao intérprete da Constituição, é necessário entender os discursos e razões que lastreiam tal interpretação. Segundo Silva (2018, p. 44), é preciso considerar, na análise do comportamento judicial, o que falam e escrevem os juízes, suas manifestações evidenciam a natureza de suas decisões judiciais, seja esta natureza jurídica ou não.

No entanto, nesta premissa, segundo Machado (2022) não pode o juiz, utilizando-se do caráter volitivo característico de uma postura mais ativista, tornar-se um criador de “normas no ordenamento”, mesmo que estas sejam fruto da omissão do legislador. Ainda segundo o autor, o alvo das críticas relacionadas a este modo de interpretar a Constituição é que, nesse bojo, os juízes camuflam seus subjetivismos.

Ainda sobre este mesmo aspecto, Cittadino (2004, p. 108) pondera sobre a interpretação constitucional dos Tribunais e o limite dela. A autora afirma que o elemento criativo da interpretação constitucional é inevitável em qualquer processo hermenêutico, contudo, está face mais criativa não representa nenhum risco à lógica da separação dos poderes. Porém, de modo algum tal “interpretação criativa” deve ser justificativa para “criação de direito”, mesmo que se recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito. Conforme:

¹ Termo usado na Teologia que indica uma interpretação subjetiva de algo, extraindo de determinado texto um conceito desejado de antemão.

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos (Cittadino, 2004, p. 108).

Há que se considerar, no entanto, que esta interpretação carregada de todas as características do intérprete, para além do aspecto negativo, pode ser o elemento a garantir a efetivação de direitos e garantias fundamentais de demandas emergentes de classes sociais minoritárias, visto que, no prisma da representatividade alcançada através do voto, algumas destas camadas sociais minoritárias tendem a serem suprimidas.

Quando Barroso (2012) traz à baila o modo expansivo de interpretar a Constituição para “ir além do legislador originário” pode estar insculpido nesta proatividade uma característica mais discricionária, além de uma eventual e perigosa quebra dos limites do próprio Poder Judiciário. No entanto, “essa interpretação subjetiva e discricionária do juiz não pode ser elemento criador de normas no ordenamento.” (MACHADO, 2022, p. 120)

De modo oposto, não se pode negar a importância desta interpretação da Constituição, quando o Poder Legislativo se mostra omissos ou faltoso no seguinte aspecto: da imprecisão do texto legal. Machado (2022, p. 134) afirma que, por vezes, o legislador, no fervor de um texto mais abrangente em relação às mais variadas camadas e demandas sociais acaba por utilizar “expressões vagas e abstratas na elaboração das leis”.

Neste ínterim, Barroso (2020) afirma que o texto constitucional utiliza-se de “cláusulas abertas” que incluem princípios e conceitos jurídicos indeterminados, isto implica em uma carga de complexidade na interpretação jurídica, que significa colocar uma carga de valoração baseada em processos subjetivos de interpretação. Ainda segundo Barroso (2020), este fenômeno se intensifica sob o aspecto dos princípios constitucionais, que possuem uma densa carga axiológica. Deste modo, diante de uma interpretação de normas com uma linguagem mais aberta, perde-se a objetividade do Direito, abrindo, assim, espaço para o processo de valoração do intérprete.

Neste aspecto, resta ao Judiciário, e principalmente ao STF, a aplicação de filtros e o afunilamento do texto legal, Machado (2022) ainda complementa que em alguns casos este tipo de comportamento acontece de forma proposital, não por parte do Poder Judiciário, mas pelo Legislativo, que se furta ao seu papel na busca por soluções das demandas sociais, a fim de que

as respostas para tais demandas tornem-se objeto de análise do Poder Judiciário. Nota-se isto à medida em que a mais alta Corte brasileira é sobrecarregada de demandas e provocações, principalmente advindas de membros do Legislativo e Executivo, e esta quando provocada não pode se furtar a tais análises.

Deste modo, Cittadino (2004, p. 106) afirma que é importante considerar que a passividade é característica da independência institucional do Poder Judiciário, em que a manifestação do juiz só acontece mediante provocação. Os tribunais, no entanto, não podem se furtar em responder às demandas que lhe são apresentadas, à medida em que estão mais abertos ao cidadão do que as demais instituições políticas.

No entanto, em aparente defesa do Poder Judiciário, Barroso (2012, p. 27) entende que esta resposta às demandas não atendidas pelo Poder Legislativo consistem em uma “face positiva” do ativismo social, do mesmo modo, este fato revela sua face negativa à medida em que desnuda as dificuldades enfrentadas pelo parlamento. Contudo, deve-se ponderar um ponto sensível no que fora dito por Barroso, o mesmo parece isentar o Poder Judiciário de qualquer responsabilidade ou proatividade em relação a uma postura mais ativista.

Para além da imprecisão do texto legal, Barroso (2012, p. 27) indica que uma das causas da expansão do Poder Judiciário na resolução das demandas sociais ignoradas ou não atendidas pelo Legislativo é a crise de “representatividade, legitimidade e funcionalidade” que este último enfrenta. Porém, de forma enfática, ácida e severa, Paulo Bonavides, já em meados de 2004, afirmou que a crise institucional anteriormente citada não é exclusiva do Poder Legislativo, mas também se estende ao Poder Judiciário, principalmente em relação ao STF, como instituição mais elevada deste poder.

Segundo Bonavides (2004, p. 138), em direção contrária ao que defendeu Barroso posteriormente, a crise do Judiciário brasileiro tem sido em grande parte a crise do Supremo, isto pelo fato do próprio Tribunal se contrapor, muitas vezes, ao espírito e princípios da Constituição, se envolvendo em questões políticas, se dobrando aos interesses do Poder mais forte, o Executivo. Bonavides alerta ainda que este pode ser um caminho deveras perigoso.

Flutua o Judiciário brasileiro diante de pressões cujas ondas o fazem oscilar entre a cidadania e o capital, entre a independência e a submissão, entre a lei e o arbítrio, entre a razão e a vontade, entre o princípio e a regra, entre a democracia e o elitismo. A Constituição que ele tem por dever guardar perde cada dia que passa legitimidade e juridicidade. Isso acontece porque o País já não confia na retidão dos três Poderes no tocante ao desempenho de suas atribuições constitucionais. A desconfiança gera a crise e a enfermidade do sistema, e está lhe poderá ser fatal (Bonavides, 2004, p. 138).

Diante disto, Bonavides aponta dois fatores a serem considerados como primordiais na resolução desta crise institucional, tais fatores podem indicar um maior controle e supressão do ativismo judicial, vejamos:

Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começou de ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e, logo, transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco. (Bonavides, 2004, p. 134)

Bonavides (2004, p. 141) critica duramente a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, segundo ele, isto pode gerar um tribunal submisso às vontades do Poder Executivo, com decisões eivadas de uma certa interferência política. Assim, “a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo”, deste modo, ao atuar sob tal influência, em sua atividade normativa e interpretativa, tornam-se, “como uma espécie de legislativo paralelo e invisível”.

Mesmo sem referência expressa ao ativismo social nestas críticas, Bonavides revela um dos elementos, que, especificamente no caso brasileiro, contribui para a acentuação do ativismo judicial, o modo de indicação dos ministros. Tal indicação, de cunho político, pode indicar eventuais interferências na maneira de julgar da Corte, originando decisões manifestadamente ativistas.

Este “ativismo às avessas” origina-se também de uma clara quebra dos limites jurisdicionais e da violação da harmonia e independência dos Poderes da República, no entanto, esta quebra não parte do Poder Judiciário, mas sim do Executivo, trata-se de um ciclo vicioso no qual o ativismo judicial é apenas fruto de uma engrenagem, de um sistema de trocas, “indicação por decisão” e vice-versa. Neste prisma, Bonavides eleva o tom ao afirmar que “um Tribunal carente de independência, politizado ao excesso pelo Executivo, fragilizado pelo desrespeito à sua função, debilitado pelas omissões no controle jurisdicional de constitucionalidade é o inimigo da Constituição” (Bonavides, 2004, p. 141).

Segundo Barroso, para que o ativismo judicial tome suas faces reais, algumas ações precisam ser visualizados no ambiente jurídico, Barroso aponta e classifica a postura ativista quando esta se manifesta através de algumas condutas do poder judiciário, são elas:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2012, p. 26).

No entanto, Barroso reconhece que tal avanço sobre as funções dos demais poderes instituídos pela Constituição, principalmente o Legislativo, implica ao Poder Judiciário assumir certos riscos, inclusive o debate sobre a legitimidade democrática e seus processos. Isto se dá quando integrantes de um Poder, não eleitos diretamente pelo povo, pressuposto basilar da democracia, assumem as funções daqueles submetidos e alçados pelo sufrágio universal, assim, “os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (Barroso, 2012, p. 31).

Porém, é sensível ou até perigoso, para os fundamentos democráticos, avocar para um único Poder, no caso o Judiciário, como o único bastião capaz de resolver as demandas sociais emergentes, na medida em que se justifica a ação de determinado Poder em relação à inércia de outro, resultando numa clara invasão de limites de competência e jurisdição já impostos pela Constituição Federal. Isto torna-se real quando se assume, segundo Barroso (2012, p. 31), o “modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Entende-se que tal expansão e proatividade implica, de certo modo, em assumir a função legislativa.

Neste sentido, o professor Elival da Silva Ramos indica que o ativismo judicial pode acontecer mediante fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos. Para além disto, pode também acontecer no que diz respeito ao controle de atos administrativos de natureza concreta, assim como também atos jurisdicionais de outro Poder ou mesmo de atos relacionados ao exercício da função de chefia de Estado (RAMOS, 2015).

Apesar disto, Cittadino faz uma ressalva no que diz respeito às funções do Poder Judiciário e a expansão anteriormente citada, ela alerta que não podem ser os tribunais instituições que possam reger por completo as “liberdades positivas dos cidadãos”:

Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos (Cittadino, 2004, p. 107).

Ainda, de modo diverso ao exposto por Barroso, Ramos (2015, p. 309) indica que outro elemento que atua como mola propulsora do ativismo judicial brasileiro é sua atividade normativa atípica, isto não se refere à participação no exercício da função legislativa, autorizado pela Constituição ao STF e demais tribunais, em assuntos concernentes à própria estruturação

e organização da ordem jurisdicional, estas atividades integram o rol de garantias constitucionais do Poder Judiciário. Esta mola propulsora decorreria, no entanto, do exercício de competências normativas, no âmbito decisório, que “se não confrontam com o princípio da separação dos Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para seu fortalecimento, ao contrário, provocam uma certa tensão[...]” (Ramos, 2015, p. 309).

Ademais, Elival da Silva Ramos (2015, p. 283) aponta outros elementos catalisadores do ativismo judicial brasileiro, o primeiro deles está relacionado ao modelo de Estado, o chamado Estado democrático-social, que tem por característica fundamental o perfil intervencionista. Tal característica foi mantida em diversos aspectos quando a Constituição de 1988 afirma, por várias vezes, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito.

Pois bem, esta configuração de Estado Democrático de Direito, de cunho intervencionista, segundo Ramos (2015, p. 285) é um “estado atuante, que a tudo provê e que a tudo intervém”. Ainda, segundo Ramos (2015, p. 286), neste modelo de Estado caberia ao Poder judiciário o papel de “controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes”. No entanto, o Poder Judiciário acaba por sofrer pressões da sociedade para que, o que fora previsto na Constituição, no que diz respeito aos direitos sociais, garantias e benefícios sejam concretizados com mais celeridade e quase de modo imediato.

Neste afã, juízes e tribunais, em diversas situações, acabam por ultrapassar limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, no que diz respeito a sua atuação, “é neste sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo social”, conforme expressa Ramos (2015, p. 286).

Do mesmo modo, Ramos aponta a expansão do controle abstrato de normas como fator que acentua e incrementa o ativismo judicial: “a principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função legislativa[...]” (Ramos, 2015, p. 289). Isto implica em clara usurpação ao exposto constitucionalmente no que diz respeito a separação dos Poderes, assim “o exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle perceba tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição” (Ramos, 2015, p. 292).

O eminente ministro Barroso, em seu artigo já citado anteriormente, aponta e de certa forma reafirma a tese apontada pelo professor Elival Ramos. Em um rol exemplificativo, o controle de constitucionalidade é classificado como postura ativista, “a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: [...]b) a declaração de

inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição” (Barroso, 2012, p. 26).

Barroso, mesmo diante dos aspectos do ativismo judicial e desta postura ativista do Poder Judiciário, justifica e reafirma o papel do Supremo Tribunal Federal e sua legitimidade, principalmente como intérprete da Constituição e guardião dos princípios democráticos e direitos fundamentais:

E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (Barroso, 2012, p. 28).

No entanto, a afirmação acima citada coloca em rota de colisão o Barroso do passado com o Barroso do presente, enquanto o primeiro garantiu o Supremo Tribunal Federal como intérprete da Constituição, sem influência da política e suas ideologias ou mesmo de concepções e dogmas religiosos, o último, em recente manifestação, afirmou que o STF passou por uma transformação quanto ao papel do Judiciário brasileiro, deixou de ser um “departamento técnico especializado” para se tornar um “poder político”.

Do mesmo modo, Barroso (2020), em crítica a expansão da intervenção judicial na vida brasileira, afirma que juízes e membros dos tribunais não gozam da vontade pública advinda através do voto, ou seja, não são eleitos. Por isto, quando o Poder Judiciário invalida atos dos demais Poderes ou lhes impõe deveres de atuação acaba por desempenhar um papel de cunho político.

De modo divergente ao exposto por Barroso, quando este afirma ser o Supremo Tribunal Federal o intérprete final da Constituição, Bonavides mostra preocupação quanto ao controle de constitucionalidade concentrado nas mãos do Supremo Tribunal Federal. Tal hegemonia pode ser perigosa em relação à harmonia entre os poderes e fator importante no que diz respeito ao ativismo judicial, Bonavides alerta ainda sobre o risco de uma eventual quebra da harmonia entre os Poderes instituídos da República, deste modo:

[...] o controle de constitucionalidade, que se faz por via de ação, a saber, o controle concentrado ou abstrato, é exercido por um só órgão do Poder Judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula. Tamanha preeminência político-normativa derivada da natureza mesma desse controle dá, com frequência, a quem o executa, uma hegemonia indisputável, em se tratando, no caso, de Corte que é a cabeça do Judiciário, e se acha investida da soberania constitucional por ser a mais alta instância da fiscalização de constitucionalidade. De modo que tal primazia se pode tornar num determinado sentido eventualmente perturbadora da harmonia, equilíbrio e paridade dos três Poderes, os quais, no seu conjunto, enfeixam a titularidade da soberania (Bonavides, 2004, p. 139).

Ademais, Barroso diz que “os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (Barroso, 2012, p. 28). Apesar dos riscos anteriormente citados, Barroso expõe o papel de cada poder instituído da República, respeitando seus limites e o equilíbrio entre os mesmos, afirma ainda que uma boa atuação do Poder Judiciário é mais uma garantia para a democracia que propriamente um risco, deste modo:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. [...] Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (Barroso, 2012, p. 28)

Neste íterim, é necessário ressaltar que Barroso, agora ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmou que “o Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista” (Barroso, 2012, p. 26). O jurista chegou a citar, à época, como exemplo a atuação do Supremo Tribunal Federal, para além daquela prevista constitucionalmente, diante de normas eleitorais, tais como a fidelidade partidária, segundo ele, “o STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional” (Barroso, 2012, p. 26).

Por fim, neste aspecto de tensões sobre o tema, Barroso (2020) afirma que o ativismo judicial, quando aplicado de forma legítima procura extrair o máximo do texto constitucional, inclusive, de modo a construir regras específicas a partir da abertura e elasticidade do próprio texto constitucional, no entanto, tal afirmação não se sustenta diante da análise do marco temporal, neste caso em específico, a ativismo judicial acabou por suprimir o sentido do texto contido na Constituição. Neste íterim, Barroso (2020) indica que o oposto ao ativismo judicial é a “autocontenção judicial”, posição que implica um Judiciário que procura reduzir sua interferência nos demais poderes. Assim, a autocontenção tem por principal característica uma maior abertura em relação a atuação dos Poderes políticos, implicando também uma certa complacência às ações e omissões de tais poderes.

Ainda, neste ambiente de tensionamento, principalmente nas relações entre os poderes constituídos da República, Barroso (2020) afirma que o ativismo judicial está associado a uma

participação mais incisiva do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes, no entanto, isto não significa que possa acontecer um choque ou confronto entre os Poderes, mas apenas uma “ocupação de espaços vazios”.

2.3. ATIVISMO JUDICIAL: PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS.

A tentativa de uma classificação nociva ou não do ativismo, sem a devida análise caso a caso, é inadequada para a análise deste fenômeno, visto que não é este o objetivo, não se almeja, segundo Machado (2022, p. 113) “que a ele seja dado caráter negativo ou pejorativo, apenas, por ora, descritivo”. Machado (2022, p. 114) ainda complementa que não é saudável para o debate em torno do tema utilizar a expressão “ativismo judicial” para tentar desqualificar decisões que desagradem determinados posicionamentos políticos ou particulares.

Do mesmo modo, ainda conforme Machado (2022, p. 113) “a sua negação e mera repulsa em nada contribuirá para a ciência do direito”, isto se agrava quando membros do próprio Poder Judiciário passam a se manifestar neste sentido. Em recente manifestação ocorrida no fórum internacional de Roma, no dia 12 de Outubro de 2024, por ocasião dos 150 anos da imigração italiana no Brasil e conforme reportagens veiculadas em portais como UOL, CBN, Gazeta do Povo, entre outros, o ministro Luís Roberto Barroso, atual presidente do STF, afirmou que o ativismo judicial é um “mito”, o que acontece no Brasil é um “protagonismo do STF”. Tal manifestação se deu após a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovar um pacote de projetos que limita a atuação do Supremo. Na ocasião, o colegiado aprovou a PEC 08/21, que limita as decisões monocráticas por parte dos ministros; e a PEC 28/24, que permite ao Congresso derrubar decisões do STF e prevê que a suspensão de uma decisão da Corte precisa ser aprovada por dois terços dos membros da Câmara (342 votos) e do Senado (54 votos).

Manifestações que partem nesta direção não contribuem para o entendimento do fenômeno ativismo judicial, pelo contrário, torna mais nebulosa a análise do mesmo, “até porque o ativismo não é um problema em si. A participação ativa do Poder Judiciário em matérias políticas e sociais não é um mal ensimesmado; o que deve ser investigado são seus limites e meios de contenção” (Machado, 2022, p. 113).

Deve-se considerar a existência equilibrada e harmônica entre o Poder Judiciário, demais poderes e instâncias da sociedade, visto que em uma democracia a hegemonia de um determinado poder, instância ou órgão é extremamente perigoso, as bases democráticas começam a ruir quando tais protagonismos se acentuam. Em se tratando de ativismo judicial se

faz necessário ponderar sobre tais circunstâncias, neste aspecto, Barroso (2020) defende a atuação do Supremo Tribunal Federal, ele afirma que, em se tratando da jurisdição constitucional, a Suprema Corte brasileira tem como papel a proteção e promoção dos direitos fundamentais, assim como a guarda de todo regramento basilar da nossa democracia.

Barroso (2020) ainda indica a limitação do Poder Judiciário em face de outras demandas que não se constituem em direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, segundo o eminente ministro, diante das demais situações o Judiciário deve acatar as escolhas e respeitar a atuação do legislador, deve agir do mesmo modo diante da discricionariedade exercida pelo administrador. Barroso (2020) indica ainda que, para além do respeito aos limites de cada poder impostos pela Constituição, o agir dentro destes limites implica na impossibilidade do próprio Poder Judiciário em prever e administrar os efeitos sistêmicos de decisões monocráticas, visto que os membros deste poder não são *experts* em tudo, não podendo impor suas valorações individuais para os demais poderes.

Por fim, Barroso (2020) indica que, mesmo dentro de sua função precípua, constituída pelos ditames da jurisdição constitucional, o Judiciário não pode se considerar nem o “único”, tampouco o “principal” ente capaz de interpretar o texto constitucional, os limites do Poder Judiciário assim como suas funções não podem ser premissas para a supressão do ambiente democrático do debate com toda a sociedade, suas instâncias e movimentos. Neste aspecto, o ativismo judicial deve ser compreendido e analisado para além de uma mera atuação atípica do Poder Judiciário, de modo a buscar um equilíbrio entre a jurisdição constitucional, as demandas da sociedade e o debate democrático, as valorações em torno do tema devem ser ponderadas mediante equilíbrio e prudência de modo a não deturpá-lo.

Portanto, o ativismo judicial deve ser entendido como um fenômeno social, de modo a não caracterizá-lo por extremos, dando ao mesmo um caráter pejorativo, é preciso compreender e trazer ao debate o contexto que se encontram inseridos o Poder Judiciário, demais poderes constituídos e a própria sociedade de modo mais amplo.

3. ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO MARCO TEMPORAL

3.1. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Como explanado no capítulo anterior, não cabe, por enquanto, uma análise valorativa do ativismo judicial, visto que trata-se de um fenômeno que não fica restrito ao ambiente judicial, sua origem é no âmbito do Poder Judiciário e pode ser considerado um “problema” da

teoria do direito, entretanto, é um fenômeno muito mais social e sociológico do que propriamente judicial.

Para além disto, é necessário um cuidadoso olhar sobre o ativismo judicial, à sua análise não podem ser aplicadas ponderações generalizadas, a compreensão deste fenômeno passa pela pressurosa verificação de cada caso, o entendimento maniqueísta deste fenômeno acaba por dissipá-lo no ambiente acadêmico, resultando em estudos rasos, reducionistas e apaixonados, além do esvaziamento de pautas e demandas sociais importantes.

Trata-se de um fenômeno social porque, primordialmente, não se pode desconsiderar o Poder Judiciário como um ente fora da própria sociedade, os operadores e intérpretes do direito não são uma bolha, tampouco avessos ao que acontece no mundo enquanto sociedade, ou pelo menos deveriam ser, neste aspecto, sociedade e judiciário são elementos que se refletem e se complementam, sendo praticamente impossível que a ação de um não influencie o outro. Trata-se de um fenômeno sociológico porque este deve ser estudado com seriedade e honestidade acadêmica, as meras implicações valorativas, sejam elas de cunho pejorativo ou não sem o devido fundamento não contribuem em nada para a compreensão deste fenômeno, entender o ativismo judicial pelo prisma sociológico significa entendê-lo como elemento que pode influenciar o modo de organização social, ou de outro modo pode ser reflexo de determinado modo de organização, ou mesmo uma tentativa de um determinado modo minoritário em face de um padrão social hegemônico tendo o Poder Judiciário como instrumento para tais efetivação de tais anseios.

Do mesmo modo, ao tema a seguir analisado não se pretende atribuir valorações, sejam elas de cunho pejorativo ou não, o mesmo será descrito e analisado sob a perspectiva do ativismo judicial e todo tensionamento que envolve o fenômeno, o marco temporal contempla todas as nuances implícitas ao ativismo judicial, tais como a jurisdição constitucional e a separação de poderes, direitos e garantias fundamentais, ações atípicas do Poder Judiciário e etc.

3.2. ENTENDENDO O MARCO TEMPORAL: A CRIAÇÃO DO DIREITO

Para a compreensão do marco temporal sob a perspectiva do ativismo judicial é necessário entender o contexto histórico que envolve este imbróglia jurídico, deve se entender primordialmente, que as questões que o circundam possuem raízes históricas e culturais profundas, tanto por seus defensores quanto por aquelas que fazem oposição a esta tese.

O marco temporal é uma tese jurídica que defende o entendimento de que os povos indígenas só têm direito às terras que ocupavam ou aquelas que eram disputadas judicialmente em 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição vigente no país. Segundo artigo intitulado “Marco Temporal Como Retrocesso Dos Direitos Territoriais Originários Indígenas e Quilombolas”, de autoria de Liana Amin Lima da Silva e Carlos Frederico Marés de Souza Filho, este entendimento jurídico surge a partir do julgamento emblemático que foi favorável à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dos povos Macuxi, Wapixana, Ingariko, Patamona e Taurepang de Roraima em 2009.

A primeira análise aqui apresentada parte da tentativa de esclarecer sobre o fundamento da hermenêutica Jurídica, o modo “criativo” de interpretação do dispositivo constitucional, o embrião do marco temporal e seu genitor o ministro Ayres Britto, deve-se partir deste elemento por se tratar exatamente de um dos alicerces do ativismo judicial: a interpretação do texto constitucional.

Antes, porém, é necessário entender, mesmo que em rasa definição o significado do ato interpretativo do juiz, segundo Barroso (2020), à atividade interpretativa entende-se como uma ação clareadora do texto constitucional, deste modo:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. (Barroso, 2020, p. 263).

O termo marco temporal surge a partir do entendimento do Ministro Ayres Britto, exposto no seu voto no caso Raposa Serra do Sol, neste íterim, o STF previu condicionantes que restringiram direitos indígenas. No voto do relator ministro Ayres Britto, surgiu a tese que criava o critério do “marco temporal” como requisito objetivo para comprovação da posse indígena, tal critério inovou e relativizou o direito originário à terra estabelecido na Constituição, eis o seu voto:

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 **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);(grifo nosso).

Nota-se claramente aqui, o intérprete da lei em plena “criação” do direito, visto que o juiz inova em sua interpretação, criando dispositivos e critério para além daquele previsto no texto constitucional, trata-se de expressa postura ativista, tal entendimento se opõe ao que garante a Constituição Federal. Neste aspecto, a Carta Magna trouxe grandes avanços em relação à proteção e aos direitos dos povos indígenas, entretanto, inovações jurídicas como o marco temporal indicam interpretação diversa ao texto da Constituição. Deste modo, “[...]a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latino-americanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado.” (Souza Filho, 2018, p. 18).

Neste aspecto, a Constituição da República, garante em seus artigos 231 e 232 que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 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.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do

Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

O marco temporal impõe um sério prejuízo aos direitos indígenas garantidos pela Constituição, principalmente no que diz respeito ao seu território, vê-se aqui uma das faces do ativismo judicial: a supressão de direitos provocada por interpretação diversa ao texto legal. Quando o ministro Ayres Britto cria este critério de temporalidade acaba por ignorar o expresso na Constituição, o texto é claro e cristalino:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 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.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Como fora dito no início deste capítulo, pretende-se aqui analisar a interpretação do texto constitucional sob a ótica do ativismo judicial, pois bem, a Constituição garante a proteção às terras “tradicionalmente” ocupadas pelos índios, neste aspecto, cabe destacar parte do voto do 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 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. (grifo nosso).**

Nota-se no texto destacado a interpretação criativa do ministro, o mesmo se atentou para o tempo verbal, no entanto, ignorou outros aspectos importantíssimos sobre os quais pesam estes artigos da Carta Magna, Barroso, versando sobre a interpretação jurídica, afirma que “ A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)” (Barroso, p. 281, 2020).

Neste aspecto, Barroso (2020) afirma que na interpretação constitucional contemporânea já não é aceitável o modelo positivista de separação absoluta entre o intérprete e o objeto a ser interpretado, segundo Barroso, “em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” (Barroso, 2020, p. 296).

Neste sentido, o professor Elival da Silva Ramos indica que Hermenêutica atual consiste em uma interpretação a partir de uma relação dialética entre o sujeito cognoscente e o texto normativo, esta relação dialética também existe entre as duas atividades exercidas pelo intérprete, a interpretação e a aplicação. Deste modo, “mergulha o exegeta-aplicador, tendo como referenciais a sua própria pré-compreensão, o texto normativo e os elementos fáticos, [...], vai sendo construída e, nesse sentido, concretizada a norma da decisão.” (Ramos, 2015, p. 84).

No entanto, reside aí um limite muito tênue entre a interpretação e a criação do direito, assim como o ativismo judicial, visto que Barroso indica ainda que “como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões.” (Barroso, 2020, p. 296). Isto implica em uma interpretação eivada dos subjetivismos do próprio intérprete, como alertou Machado (2022), a imparcialidade do juiz ou intérprete é um mito.

Cabe a ressalva de que não é possível defender a neutralidade do intérprete ou juiz, isto é de certo modo ingênuo e utópico, se fosse possível tal tipo de julgamento ou interpretação totalmente neutra certamente injustiças seriam cometidas, a capacidade de ponderação é característica inerente ao ser humano em sua totalidade, e esta ponderação é fundamentada e lastreada por suas concepções adquiridas na sua vivência, no entanto. “o que se busca é um juiz, que apesar de seus valores subjetivos e suas crenças, seja comprometido com os fundamentos constitucionais.” (Huning, 2019, p. 74).

Segundo parece transparecer o ministro, à época do voto, o tempo verbal do texto da Constituição pareceu ter mais peso do que os outros elementos necessários à uma interpretação mais próxima do que intentou o legislador constitucional, no entanto, o parágrafo 2º deste dispositivo impõe que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente”, o advérbio tradicionalmente, aplicado diversas vezes, significa, segundo o dicionário online português Dicio, “de maneira tradicional; de acordo com a tradição, com os hábitos, saberes, conhecimentos passados de uma geração para outra.”. No entanto, “expressões ‘estar ocupando’ e ‘ocupam’ significam as terras que dão conteúdo ao grupo étnico. Tratando-se de terras indígenas e terras quilombolas, não se pode restringir a interpretação como se a Constituição se referisse ao sentido jurídico de se comprovar a posse civil.” (Silva, Souza Filho, 2016, p. 78).

Verifica-se, por óbvio, e por definição que terra e tradição são profundamente ligadas, principalmente no que diz respeito aos povos indígenas, a terra é elemento intrínseco aos povos e comunidades tradicionais, são parte da sua identidade, o professor Theo Marés indica esta interdependência:

Uma das principais demandas dos povos indígenas brasileiros diz respeito ao Direito à terra. Para a cultura dominante a terra tem um valor de mercado. É um objeto, uma coisa, algo que pode ser comprado e vendido. O capitalismo moderno transformou a terra em uma commodity, em uma forma de investimento. Para os indígenas, no entanto, a terra tem um significado de sobrevivência física e cultural. Os povos indígenas estão profundamente conectados com a terra. Eles mantêm uma relação de amor, de fé e de respeito com a terra. Portanto, de nada importam todos os demais direitos indígenas conquistados se a posse permanente de suas terras não lhes for garantida (Marés, 2013, p. 169).

O aspecto da temporalidade aplicado segundo a interpretação contida no voto do ministro acaba por ignorar todo o contexto histórico e social pelos quais se fundamenta o dispositivo legal. Ora, tradição é algo atemporal, transita do presente ao passado, ou seja, independe do tempo verbal usado no dispositivo legal, de outro modo tal dispositivo não reconheceria aos indígenas os seus “direitos originários” sobre as terras que tradicionalmente, ou que por tradição, são por eles ocupadas.

Segundo Gérard Lenclund, antropólogo francês, em artigo denominado “A tradição não é mais o que era... sobre as noções de tradição e de sociedade tradicional em etnologia”, publicado em 2013 pela Revista do programa de pós-graduação em História da Universidade de Brasília, indica que uma das significações assumidas é que a “tradição de uma cultura são suas referências, sua ficha funcional, seus testemunhos de moralidade; sua herança.” (Lenclund, 2013, p. 158). Lenclund afirma ainda que a “utilidade principal de uma tradição é oferecer a

todos aqueles que a enunciam e a reproduzem no dia-a-dia o meio de afirmar sua diferença e, por isso mesmo, de assentar sua autoridade.” (Lenclund, 2013, p. 158).

Lenclund ainda utiliza a etimologia da palavra para mostrar o conceito de tradição, segundo o autor “o termo “tradição” vem do latim *traditio*, que designa não uma coisa transmitida, mas o ato de transmitir” (Lenclund, 2013, p. 151). Quando entende-se este aspecto, é possível inferir que “tradição” trata-se de um ato contínuo ao longo do tempo, logo, impor um limite temporal seria desconsiderar todo o aspecto histórico, além disto, o “legislador constituinte, ao dispor os verbos no presente, não se referiu à data da promulgação da Constituição. O marco temporal como critério objetivo é uma invenção jurídica na interpretação do STF.” (Silva, Souza Filho, 2016, p. 78).

Neste aspecto, o professor José Afonso da Silva, em seu livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”, indica que o termo “terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal” (Silva, 2018, p. 875). Ainda segundo o autor, o uso deste termo não se refere a uma “circunstância temporal”, mas sim ao modo tradicional de ocupação e utilização das terras pelos indígenas, em suma, diz respeito à relação existente entre terra e tradição. Deste modo:

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao *modo tradicional* de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições. (Silva, 2018, p. 875)

Deste modo, deve-se considerar que a terra é de tradição para os povos indígenas, pois é a partir dela e do seu uso que dependem a vivência e sobrevivência indígena, conforme expressa o parágrafo primeiro do artigo 231 da Constituição, neste aspecto, já seria possível outra interpretação diversa ao marco temporal mais próxima ao desejado pelo legislador constituinte. Assim, como seria possível garantir a preservação da cultura, tradições e costumes sem garantir o meio, a terra, pela qual estas condições se sustentam? Quando o texto constitucional afirma que as terras tradicionais ou tradicionalmente ocupadas são “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” é clara e evidente a ligação entre terra e tradição.

Surge aqui outro problema no que diz respeito a interpretação, segundo Machado (2022), a interpretação dá ampla liberdade ao intérprete, pois lhe traz a possibilidade de múltiplas escolhas, aqui existe um ponto de tensionamento sobre o qual pode residir o limite da criação do direito e do ativismo judicial, “vê-se uma tensão entre o ponto de partida da

interpretação, que deve ser dogmático, e a liberdade do intérprete, que se reflete no conflito entre o arbítrio do intérprete e a tentativa de se buscar um critério objetivo para a interpretação” (Machado, 2022, p. 85).

Assim, o perigo da criação reside no risco de desvirtuar o texto constitucional, principalmente no que diz respeito a direitos e garantias fundamentais, inovações neste sentido são perigosas, estas colocam em risco a própria significação de democracia, a medida em que nega e conseqüentemente exclui determinados sujeitos de direito, deste modo, Huning (2019) indica que a vontade do próprio intérprete não pode ser elemento de maior relevância ao dar sentido ao texto, devem haver limites interpretativos nesse processo decisório, “sob pena dos juízes transformarem-se em legisladores, causando-se, assim, um prejuízo à democracia brasileira e, ao Estado Democrático de Direito” (Huning, 2019, p. 73).

Ainda conforme Huning (2019), a efetivação dos direitos fundamentais pelo judiciário está ligada a própria efetivação da cidadania, “isto é, juízes e tribunais ao proferirem decisões de acordo com a Constituição contribuem para a construção da cidadania brasileira, e o inverso é verdadeiro.” (Huning, 2019, p. 75). No presente caso, a garantia e efetivação destes direitos é elemento basilar para a cidadania indígena, visto que, por muito tempo, os povos indígenas foram sujeitos à margem da própria Constituição.

Outro aspecto importante no dispositivo constitucional que reconhece os direitos indígenas na atual constituição são seus direitos originários, ao tratar de tais direitos não é possível condicioná-los ao elemento de temporalidade, “o direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado” (Marés, 2013, p. 21). Não pode o intérprete da lei dispor ou aplicar condicionantes para efetivação de um direito que anterior à própria ideia de Estado, o direito à terra indígena é anterior à formação do Estado Brasileiro, “as comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro” (Marés, 2013, p. 21).

Segundo o professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o direito originário indígena é anterior ao próprio direito, a própria lei, pois estas terras já eram ocupadas e pertenciam aos povos indígenas antes da formação Estado brasileiro, desta maneira é essencial destacar que “a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil” (Silva, 2018, p. 877). Ou seja, a posse da terra tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não é a mesma posse regulada pelo direito civil, porque não se trata e nunca foi “uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana” (Silva, 2018, p. 877).

Neste sentido, ao conceito de direito originário entende-se que:

A Constituição brasileira vigente reconhece aos índios o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Por originário quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, a própria lei. A ocupação tradicional é definida na Constituição e trata-se das terras habitadas pela comunidade em caráter permanente, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (Souza Filho, 2018, p. 122).

Não se pode mencionar direito originário sem fazer referência ao indigenato, sob o qual se fundamentam todos os dispositivos constitucionais que reconhecem a relação entre os indígenas e suas terras, conforme aponta Silva, trata-se da “velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos de Colônia” (Silva, 2018, p. 875). Ainda segundo Silva (2018), origem deste instituto se dá a partir do alvará de 1º de abril de 1680, sendo o mesmo confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, que firmou o princípio de que “nas terras outorgadas a particulares, seria *sempre* reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas*” (Silva, 2018, p.876).

Neste aspecto, pelo fato de este ser um direito originário cabe ao Estado, unicamente, o seu reconhecimento, portanto, não se trata de uma doação, “por se tratar de direito originário as terras indígenas não são mais possibilidade do Estado, o Estado não concede as terras para os índios, apenas legaliza o direito” (Liberato, Gonçalves, 2013, p. 108). Deste modo, “os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros” (Marés, 2013, p. 21). A partir deste prisma, não se pode atribuir a este direito a mesma noção de propriedade que temos no direito civil, Silva (2018) afirma que não se trata de terra pública, “a terra indígena é indisponível ao poder público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, mas tão-somente ao uso do próprio povo indígena, segundo seus usos costumes e tradições” (Souza Filho, 2018, p. 123).

Por fim, todo este imbróglio jurídico se dá por conta de uma postura ativista de um intérprete da Constituição, na medida em que o mesmo inovou ao criar um termo, ou uma condição para efetivação de um direito já garantido pelo texto constitucional, este tipo de inovação, interpretação e ação de proatividade em face do dispositivo constitucional não contribuiu para afirmação do direito em questão, apenas serviu para arrastá-lo ao longo do tempo atrasando os seus efeitos, e ainda servindo de fundamento para questionamento do mesmo. Todos os aspectos anteriormente mencionados, tais como cultura, tradição, direito originário, indigenato e etc. não podem ser limitados ou condicionados a uma questão temporal, tal qual o interpretou o magistrado, por isto, este elemento criativo originado da interpretação da criação caracteriza-se como uma clara e evidente postura ativista.

3.3. O MARCO TEMPORAL E O TENSIONAMENTO ENTRE OS PODERES

Em primeiras considerações, não é possível a análise do fenômeno ativismo judicial sem a compreensão do tensionamento que o mesmo causa entre os poderes da República, principalmente na relação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Barroso, ao definir o ativismo judicial, indica este tensionamento entre a atuação dos poderes constituídos da República, “a ideia de ativismo Judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes” (Barroso, 2020, p. 434). O professor Elival da Silva Ramos também define o ativismo judicial sob a ótica da separação dos poderes, segundo ele “por ativismo judicial deve se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento” (Ramos, 2015, p. 113).

Antes, porém, é necessário esclarecer, à luz da Constituição, quais são os limites instituídos a cada poder, na medida em que a atuação fora destes limites pode significar riscos à própria democracia e aos seus pilares. Conforme o professor Elival da Silva Ramos, nos moldes do Estado Democrático de Direito, nascido sob a égide da juridicização do poder, a institucionalização do poder passa a ser exercida pelos órgãos aos quais a Constituição indica assim como também a forma, normas e ordenamento por ela impostas, deste modo “esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos poderes.” (Ramos, 2015, p. 113).

Neste mesmo sentido, Barroso (2020) indica o papel da Constituição na instituição destes poderes, a mesma transforma “o poder constituinte originário- energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular- em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas a legalidade jurídica [...]” (Barroso, 2020, p. 440). Barroso complementa ainda que “é a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas” (Barroso, 2020, p. 440).

Trata-se de um princípio geral do Direito Constitucional e um dos fundamentos da própria Constituição, consta em seu art. 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” O professor José Afonso da Silva infere que estes dispositivos constitucionais cuidam do norteamento das funções típicas de cada poder, “exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes* (respectivamente, nos arts. 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135)”. (Silva, 2018, p. 108).

Existe, portanto, expressa orientação constitucional a respeito da competência de cada poder instituído, conforme Barroso, “ao Legislativo toca, precipuamente, a criação do direito positivo. Já o Executivo, [...], concentra as funções de chefe de Estado e chefe de governo, conduzindo com razoável proeminência a política interna e externa.” (Barroso, 2020, p. 441). Estes são os espaços do processo político majoritário, já no espaço contra majoritário encontra-se o Poder Judiciário, a este “são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. [...] A atribuição típica do Poder Judiciário consiste na aplicação do Direito a situações em que tenha surgido uma disputa, um litígio entre partes” (Barroso, 2020, p. 441). O professor Elival da Silva Ramos afirma que “o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para consecução dos seus fins” (Ramos, 2015, p. 115).

Ao tratar da separação dos Poderes, principalmente no que diz respeito aos limites do Poder Judiciário e sua relação com o ativismo judicial, faz-se necessário a compreensão de alguns termos que correspondem a própria função deste poder, o primeiro deles é jurisdição constitucional, segundo Barroso, “a expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais” (Barroso, 2020, p. 430). Entende-se aqui uma das funções primordiais do Poder Judiciário, a interpretação e aplicação da Constituição. Portanto:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (Barroso, 2020, p. 430).

A separação dos Poderes trata-se de um elemento de suma relevância para a compreensão do ativismo judicial, pois este fenômeno coloca em rota de colisão este princípio constitucional fundamental para o adequado funcionamento de uma democracia tal qual a brasileira, a análise deste elemento passa pelo entendimento das funções balizadas pela Constituição a cada Poder, “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função do governo” (Ramos, 2015, p. 119).

O perigo do ativismo judicial está na quebra dos limites impostos pela Constituição, principalmente quando um Poder toma para si a função que é cabível ao outro, gerando uma série de embates entre mesmos, configura-se aí a “descaracterização da função típica do Poder

Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (Ramos, 2015, p. 119).

Para além disto, o ativismo judicial pode descaracterizar a própria Constituição, esta afirmação se fundamenta sob os seguintes aspectos, o primeiro se trata da interpretação do texto constitucional, quando o Poder Judiciário transforma-se de intérprete para criador do direito, deste modo, como visto no caso em análise, a criação do direito pode configurar-se como elemento violador dos direitos insculpidos na carta magna. O segundo aspecto versa sobre os limites de cada Poder, o avanço do Poder Judiciário, característico de uma postura mais ativista, sobre as funções e competências de outros Poderes configura também clara violação aos dispositivos constitucionais. Neste aspecto:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. (Ramos, 2015, p. 144).

Ao configurar-se este cenário de quebra dos limites resultante de uma postura mais ativista, infere-se a quebra de alguns elementos dispostos no texto constitucional, estes são respectivamente a independência e harmonia dos poderes, neste aspecto, José Afonso da Silva (2018) aponta que a independência dos poderes significa que a investidura e permanência de integrantes dos órgãos do governo independem da vontade dos outros. Além disto, o exercício das funções inerentes a cada cargo ou órgão não necessita de anuência de outros, garantindo a liberdade de organização dos respectivos serviços desde que observadas as disposições constitucionais. Já na perspectiva da harmonia entre os poderes, Silva (2018) aponta que a mesma é verificada em um primeiro instante pelas normas de cortesia e respeito às prerrogativas e competências inerentes por direito a cada poder.

No entanto, Silva (2018) afirma que está independência e harmonia ou mesmo a divisão de funções entre os Poderes não são absolutas, existem interferências necessárias que “visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.” (Silva, 2018, p. 112).

No entanto, o que se configura a partir do ativismo judicial é justamente o oposto, este sistema de freios e contrapesos passa a não funcionar dentro da sua normalidade, isto se torna um risco para a própria democracia, quando um Poder passa a ter mais protagonismo que os demais, ao ponto de provocar uma verdadeira incursão sobre a competência dos outros Poderes,

“a desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.” (Silva, 2018, p. 113).

Pois bem, após estas primeiras considerações sobre o disposto no dispositivo constitucional sobre a separação dos Poderes passa-se à análise destes aspectos no âmbito do marco temporal, este caso, como dito anteriormente e conforme notícias veiculadas amplamente pela imprensa, tais como no Portal da Câmara do Deputados, Conjur entre outros, o termo “marco temporal” foi utilizado na demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, com a ressalva que só valia para aquele caso em específico em julgamento no STF ocorrido em 2013, cabe lembrar que este termo foi criado a partir do voto do então ministro Ayres Britto, e como já analisado no capítulo anterior, percebe-se neste fato evidente criação do direito, característica de uma postura ativista do intérprete da Constituição.

Valendo-se do argumento do marco temporal, por volta do ano de 2016, o governo de Santa Catarina entrou com recurso no SFT solicitando a reintegração de posse de uma parte da Reserva Biológica do Sassafrás, declarada pela Funai como de tradicional ocupação indígena, deste modo, o governo argumentou que os indígenas não ocupavam aquela área em outubro de 1988.

O STF iniciou a análise desse caso no ano de 2021, concluindo o julgamento em setembro de 2023, negando o recurso e derrubando a tese do marco temporal. Conforme o STF, a data da promulgação da Constituição não poderia ser usada como critério de demarcação, o critério válido seria a comprovação da ocupação tradicional de determinada área. Conforme a decisão, esse deveria ser o parâmetro para o julgamento de 226 casos semelhantes, que estavam suspensos à espera dessa definição, e de todos os demais pedidos de demarcação que viriam a ser feitos. Nesta feita, no dia 27 de setembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, a Corte, em decisão com repercussão geral, fixou o entendimento de que o “marco temporal” para a demarcação de terras indígenas é inconstitucional.

No entanto, em maio de 2023, a Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei que instituiu o marco temporal, sendo o projeto aprovado em setembro pelo Senado e enviado para sanção presidencial. O projeto foi sancionado e transformado na Lei 14.701/2024, mas sem o marco temporal, vetado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o veto presidencial teve como fundamento a usurpação dos direitos originários por parte da nova lei, além de violar decisão do Supremo Tribunal Federal. Porém, em dezembro de 2023, o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial, incluindo a regra na Lei 14.701/2024. Em reação, o STF, em abril de 2024, determinou a suspensão, em todo o país, dos processos judiciais que discutiam a

constitucionalidade da Lei do Marco Temporal até que o tribunal se manifestasse em definitivo sobre o tema.

Após estes fatos, o ministro Gilmar Mendes, relator de quatro ações que questionavam a validade da lei (ADI 7582, ADI 7583, ADI 7586 e ADO 86) e uma pedindo que o STF declare sua constitucionalidade (ADC 87), instituiu audiências de conciliação para debater todo este imbróglio jurídico, tais audiências foram iniciadas em agosto de 2024, sendo realizadas até o momento cerca de 14 delas. No entanto, ao instituir tais audiências, o STF, na pessoa do ministro Gilmar Mendes inovou mais uma vez, criando um instrumento que configura clara postura ativista.

Neste aspecto, o Conselho Indigenista Missionário (Cimi), em nota técnica juntada aos processos que tratam da Lei 14.701/2023, envolvidos em procedimento de conciliação sobre demarcação de terras indígenas, afirmou ao Supremo Tribunal Federal (STF) que “não cabe conciliação sobre o marco temporal” por se tratar de direitos indisponíveis e fundamentais, a AGU (Advocacia Geral da União) também se manifestou neste mesmo sentido, já que o tese do marco temporal foi rejeitada pelo próprio Supremo.

Esta reação do Legislativo em face da inconstitucionalidade do marco temporal declarada pelo STF é entendida como *Backlash*, segundo o professor George Marmelstein, o termo indica uma reação política frente a uma decisão jurídica, segundo o autor, este fenômeno tem origem a partir de uma certa insatisfação diante de uma decisão judicial sobre um tema polêmico ou de maior sensibilidade, gerando algum nível de insatisfação popular, tal insatisfação acaba por desencadear reações sociais e políticas que visam alterar o entendimento adotado por determinada corte ou tribunal.

Ainda segundo Marmelstein (2016), o alvo desta reação não é o fundamento jurídico insculpido na decisão judicial, mas a vertente ideológica que a lastreia. Se tal decisão judicial possui um viés mais conservador, o contra-ataque ou reação política pode vir de setores progressistas, no entanto, se for de cunho progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores. O que pode ser observado no marco temporal, já que ficou visualizado clara oposição do segmento ruralista à causa indígena, sob os mais diversos interesses.

Neste sentido, cabe considerar o que destaca Huning (2019), a autora indica que na atual conjuntura o Supremo Tribunal Federal tem cedido às pressões populares e midiáticas, e acabam por julgar de acordo com o interesse da maioria, isto faz com o Poder Judiciário acabe por perder seu papel contramajoritário, casos como marco temporal são exemplos deste aspecto característico do Poder Judiciário brasileiro, “juízes não são eleitos democraticamente pelo

povo, não devem ceder a pressões populares, nem podem criar ou revogar leis[...]”. (Huning, 2019, p. 37).

Mesmo considerando que elementos como “a priorização da igualdade, a preservação da opinião pública motivada por instrumentos de publicidade e transparência são critérios que guardam a formação estrutural da democracia moderna” (Machado, 2022, p. 31), é necessário ponderar e buscar equilíbrio em relação a influência da opinião pública e as pressões resultantes dela sobre as decisões judiciais, ainda mais em tempos de polarizações extremas, ceder a opinião pública e as pressões de determinadas classes pode implicar no esvaziamento da função própria do Poder Judiciário, e em alguns casos, como no marco temporal, pode significar violação do dispositivo constitucional e dos direitos e garantias nele insculpidos.

Estes elementos ou critérios da democracia são necessários para a efetivação da mesma, no entanto, deve haver ponderação para que tais critérios não corrompam o próprio sentido de democracia, o seu uso absoluto é extremamente nocivo, pois podem ser instrumentos do “exercício de controle e de autoritarismo por determinadas classes que se encontrem no poder, principalmente quando passam a influenciar diretamente a atuação do Poder Judiciário [...]” (Machado, 2022, p. 33). No entanto, o Poder Judiciário é “estrutura de Estado que não deve se submeter às premissas políticas como os demais Poderes (Legislativo e Executivo), vez que sua atuação deve ser ditada pelos cânones do direito.” (Machado, 2022, p. 34).

O uso absoluto destes critérios resulta no aparecimento de posturas mais ativistas, mas, para além disto, pode implicar na relativização dos direitos fundamentais contidos na Constituição, tal como aconteceu quando o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, instituiu audiências de conciliação para debater o marco temporal, ora, direitos fundamentais não podem ser objetos de negociação, como explica o professor José Afonso da Silva “no qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” (Silva, 2018, p. 180). Do mesmo modo, direitos originários, pacificados pela Constituição não devem ser sujeitos a negociações, já que são anteriores ao próprio direito e conseqüentemente à própria Constituição.

O perigo, ao ceder a tais pressões, passa pela quebra da normalidade institucional, como visto no caso do marco temporal, desde o emblemático voto do ministro Ayres Britto, que deu fundamentação a outras decisões que se opunham ao disposto na Constituição, até o tensionamento provocado pelas reações do demais Poderes, principalmente o Legislativo, que ao aprovar a lei nº 14.701/2023, avançou sobre tema já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Deste modo, “decisões ativistas, advindas de opinião pública, além de romperem com a

dinâmica e a sistematização do direito, são reflexos, na verdade, de voluntarismos técnicos e perigosos em termos de estabilidade jurídica social.” (Machado, 2022, p. 33).

Outro destaque a ser feito, que pode ser característica do ativismo judicial brasileiro, e que merece um estudo mais profundo é a mediação do próprio Poder Judiciário, alguns casos tem tomado proporções “*hollywoodianas*”, ministros são tratados como verdadeiros astros, tecendo comentários, críticas em redes de televisão e outros canais de comunicação, chegando ao ponto de ministros do Supremo Tribunal Federal inaugurarem obras, tal qual os componentes do Executivo e Legislativo, ou participarem de “amigo oculto” em programas de Tv. Por isto, “da mesma forma, transparência em gestão pública não significa transformar as ações públicas e políticas em espetáculos e seus atores principais em *popstars*.” (Machado, 2022, p. 34).

No entanto, o problema desta exposição é a abertura que se dá aos mais variados tipos de pressões e interesses, esta nova conjuntura é perigosa a qualquer Estado que se diz democrático, uma corte sujeita a determinadas pressões e influências tende a sacrificar o próprio dispositivo constitucional, e isto não é nenhuma ilação.

A mediação do Poder Judiciário não amedronta somente a separação dos poderes, ela ameaça o seu contramajoritarismo. Não se pode admitir um Judiciário que seja guiado por interesses econômicos ou políticos, porquanto ruma-se a um regime totalitário, que afronta, sobretudo, o Estado Democrático de Direito. (Huning, 2019, p. 36).

No entanto, todo este protagonismo do Poder Judiciário, a quebra da harmonia entre os poderes e finalmente o próprio ativismo judicial podem ter sua fagulha inicial na própria ruptura da democracia, isto se caracteriza pela promessa insculpida no texto constitucional e não cumprida por aqueles, no nosso modelo de democracia representativa, são responsáveis por representar as demandas do povo, ou mesmo por aqueles, que pelo poder concedido pela própria Constituição são responsáveis por guardá-la. Na análise do marco temporal constatou-se a violação do que fora “acordado” no dispositivo constitucional, isto implica em romper com o próprio sentido da democracia, “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.” (Silva, 2018, p. 128).

A Constituição sobre a qual se fundamenta o Estado brasileiro não foi chamada de “cidadã” por mero capricho do constituinte, mas, sim “porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. “(Silva, 2018, p. 92). No entanto, para que isto ocorra é necessário que os Poderes instituídos estejam atuando dentro da normalidade democrática, o marco temporal é um

exemplo antagônico, neste caso específico, a anormalidade democrática do funcionamento das instituições já começa a partir do momento em que é criada uma nova interpretação e aplicação da Constituição, que posteriormente, gerou reações entre os Poderes.

Por isto, para que os Poderes atuem sem pressões externas que venham a comprometer suas funções é necessário que sejam independentes e tenham sua autonomia assegurada, principalmente o Poder Judiciário, no entanto, a quebra desta independência e certa imunidade às pressões não pode ser provocada pelos próprios componentes, como visto no marco temporal e na ações da atual composição do Supremo Tribunal Federal. Portanto:

A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram de regimes autoritários, um dos tópicos essenciais do receituário para a reconstrução do Estado de direito é a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. (Barroso, 2020, p. 442)

Neste aspecto, durante a elaboração do presente trabalho, foi possível visualizar todo o tensionamento entre os Poderes e entre os próprios atores do caso analisado, provocada por uma postura de cunho mais ativista de um ministro do Supremo Tribunal Federal, principalmente por se tratar de um tema relacionado a um direito fundamental e originário garantido pelo texto constitucional, além disto, observa-se este tensionamento a medida em que o caso analisado traz o interesse de classes antagônicas, para além disto, envolve um jogo de poder que merece ser observado com o devido cuidado.

Ademais, diante deste tensionamento entre os Poderes no âmbito do ativismo judicial é importante destacar algumas movimentações ou reações do Poder Legislativo em relação à atuação do Poder Judiciário, especificamente o STF. Consta que a CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) do Senado Federal aprovou no dia 04 de outubro de 2023 a Proposta de Emenda à Constituição nº 8/2021, que limita as decisões monocráticas nos tribunais superiores. Nesta mesma data foi protocolada, no Senado, a PEC nº 51/2023, que restringe a 15 anos os mandatos dos ministros do STF, a proposta promove ainda modificações no processo de escolha dos membros desta corte e dos demais tribunais superiores (SENADO, 2023). Estes são alguns exemplos de reações resultantes do aparente ativismo da Suprema Corte brasileira. Deste modo, faz-se necessário a seguinte ponderação:

Portanto, no atual cenário brasileiro, faz-se necessária imposição de limites as formas de atuação dos três poderes da Federação, o que representa condição sine qua non para que o constitucionalismo promova um regime democrático, deixando-se de lado a ideia de juiz protagonista, em prol da efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto Constitucional. (Huning, 2019, p. 81).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo Judicial é um fenômeno do ambiente jurídico que reflete nas mais variadas áreas da sociedade, para além de um fenômeno restrito a teoria do direito pode ser considerado, nos moldes contemporâneos como um fenômeno sociológico, ainda mais se tratando do contexto atual brasileiro em particular, onde vemos uma Suprema Corte mais ativa em assuntos para além da sua função jurisdicional.

Apesar de divergências encontradas na doutrina sobre o entendimento do ativismo judicial existe uma clara intersecção entre as mesmas, a de que uma postura mais ativista implica em um judiciário mais proativo, no entanto, para o melhor entendimento do mesmo é necessário certo cuidado para não atribuir valorações inadequadas sem a devida análise das especificidades de cada caso, do mesmo modo, negá-lo, como fazem alguns doutrinadores e até mesmo integrantes do próprio Poder judiciário brasileiro também não saudável para o debate e para o funcionamento da própria democracia.

Durante a elaboração do presente trabalho foi possível compreender, a partir da conjuntura histórica brasileira, que o protagonismo do judiciário se deu pela instituição do Estado Democrático de Direito, o período pós ditadura trouxe uma Constituição fundamentada em um amplo escopo de direitos e garantias fundamentais, este novo período, no entanto, revelou a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo no cumprimento das demandas insculpidas no novo texto condicional.

Deste modo, para que estas demandas assim como aquilo garantido pela Constituição fosse efetivado buscou-se outra via, o Poder Judiciário. Assim, observou-se o crescente protagonismo do Poder Judiciário ao ponto de certas posturas e decisões, principalmente do Supremo Tribunal Federal, serem questionadas quanto aos seus limites constitucionais, de modo a serem caracterizadas como ativismo judicial.

No caso analisado neste trabalho de conclusão de curso, o marco temporal, foi possível observar as mais variadas nuances do ativismo judicial, a primeira delas foi a inovação ao interpretar o texto constitucional. Os povos indígenas, que por muito tempo foram sujeitos à margem do direito brasileiro, tiveram seus direitos violados a partir de uma interpretação diferente daquilo expresso no dispositivo constitucional, eis aqui um dos celeumas do ativismo judicial, a interpretação, os limites de cada Poder e a criação do direito. Cabe destacar que tal violação aos direitos dos povos indígenas se dá muito antes da inovação do marco temporal, a luta pela terra indígena tem raízes históricas profundas e complexas, visto que o direito originário é anterior a própria criação do Estado brasileiro e até mesmo à ideia de direitos e

garantias fundamentais, entender tal complexidade desnuda a nocividade do marco temporal à causa indígena.

O voto do então ministro Ayres Britto criou um novo instrumento para a demarcação das terras indígenas, a imposição temporal a partir da data da promulgação da Constituição vigente, a partir deste entendimento, instaurou-se um verdadeiro caos jurídico em volta deste tema, muitas demarcações foram negadas com fundamento no voto do ministro. O que se seguiu foi uma série de embates e reações advindas das mais variadas classes de interesses, principalmente por parte de movimentos antagônicos à causa indígena, como os ruralistas. A análise do marco temporal mostrou também a tensão entre os Poderes, um elemento resultante do evidente ativismo da Corte, as várias reações mostram o quanto este fenômeno é sensível, pois influencia diretamente sobre a normalidade democrática das instituições.

Por fim, a partir da análise do marco temporal sob a ótica do ativismo judicial foi possível compreender que se trata de um elemento sensível, no qual se deve tomar o devido cuidado, nem sempre o protagonismo ou ações do Supremo Tribunal Federal podem ser classificadas como ativismo social, é preciso entender caso a caso, tal classificação pode variar de acordo com o interesse de quem a profere, é necessário entender também que alguns direitos dispostos no texto constitucional somente serão efetivadas mediante a característica contramajoritária do Poder Judiciário. No entanto, cabe a ressalva de que no caso em estudo, o ativismo judicial se mostrou prejudicial à causa indígena, a medida em que suprimiu e postergou os direitos já garantidos pela Constituição.

Ademais, o que se deve buscar é uma ação equilibrada do Poder Judiciário, ponderando sobre a efetivação e interpretação da Constituição na busca da cidadania, mas também nos limites de suas funções, não ultrapassando-os ao ponto de tornar-se um risco para a própria democracia.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias. **Lei estabelece marco temporal para terras indígenas, mas o tema ainda vai ser julgado no STF**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/1078111-lei-estabelece-marco-temporal-para-terras-indigenas-mas-o-tema-ainda-vai-ser-julgado-no-stf/#:~:text=O%20marco%20temporal%20para%20a,data%20da%20promulga%C3%A7%C3%A3o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16 de Jan. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estudos avançados. Vol. 18, nº. 51, maio/agosto de 2004. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo: 2004. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWwWvGcKpDfM6cwmp/>>. Acesso em 08 de nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de Jan. 2025.

BRITTO, Carlos Ayres. **Voto do relator**. Brasília, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 31 de Dez. 2024

CBN. **Barroso afirma que 'ativismo judicial' é mito e que Brasil vive harmonia entre Poderes**. Disponível em: <<https://cbn.globo.com/politica/noticia/2024/10/12/barroso-afirma-que-ativismo-judicial-e-mito-e-que-brasil-vive-harmonia-entre-poderes.ghtml>>. Acesso em : 15 de out. 2024.

CHRISTOFIDIS, Juliana. **Ativismo judicial ou judicialização de políticas públicas - A descriminalização do aborto pelo STF**. 31 de mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/342764/ativismo-judicial-ou-judicializacao-de-politicas-publicas>> Acesso em 05 de nov. 2023.

Cimi . **MARCO TEMPORAL, AINDA? Um resumo do que está em jogo na atual disputa em torno dos direitos constitucionais indígenas Por que a tese segue ameaçando os povos?**. Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/04/Folder-MarcoTemporalAinda.pdf>>. Acesso em: 16 de Jan. 2025.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo e democracia**. Alceu. v. 5, n. 9, p. 105-113. Jul./Dez. 2004. Disponível em:<<http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from%5Finfo%5Findex=9&infoid=164&sid=21>>. Acesso em 08 de nov. 2023.

Conjur. **Backlash e tensões entre Legislativo e Judiciário no marco temporal das terras indígenas.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jan-04/backlash-e-as-tensoes-entre-legislativo-e-judiciario-sobre-o-marco-temporal-das-terras-indigenas>>. Acesso em: 18 de Jan. 2025.

Dicio. significado. Disponível em:<<https://www.dicio.com.br/tradicionalmente/#:~:text=Significado%20de%20Tradicionalmente,almo%C3%A7o%20tradicionalmente%20%C3%A0s%2011%20horas.>>. Acesso em 31 de Dez. 2024.

Estadão. **Declaração de Barroso não configura exercício de atividade político-partidária, como alega post.** Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/barroso-fala-politica-impeachment-enganoso/>>. Acesso em: 06 de out. 2024.

Gazeta do Povo. **Barroso diz que Poder judiciário passou a ser poder político.** Disponível em:<<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/barroso-diz-que-poder-judiciario-passou-a-ser-poder-politico/>> Copyright © 2024, Gazeta do Povo. Todos os direitos reservados. Acesso em: 06 de out. 2024.

Gazeta do Povo. **Barroso diz que ativismo judicial é um “mito”.** Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/barroso-ativismo-judicial-mito/>>. Acesso em: 15 de out. 2024.

Gazeta do Povo. **Cármem Lúcia no “Amigo Secreto” do Fantástico fere Código de Ética da Magistratura?** . Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/carmen-lucia-no-amigo-secreto-do-fantastico-fere-codigo-de-etica-da-magistratura/>> . Acesso em: 25 de Jan. 2025.

HUNING, Agnes Carolina. **Ativismo judicial e cidadania: das concessões ao retrocesso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Jornal Porantim. **Gilmar Mendes foge da regra e submete direitos indígenas à negociação.** Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/10/Porantim-467_Ago-2024.pdf>. Acesso em: 16 de Jan. 2025.

LENCLUD, Gérard. A tradição não é mais o que era... sobre as noções de tradição e de sociedade tradicional em etnologia. **Revista de História, Histórias.** Brasília, v.1, n. 1, p. 148-163, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/article/download>>. Acesso em: 31 de Dez. 2024.

LIBERATO, Ana Paula, GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. In: **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: Desafios no século XXI.** Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold (orgs.). - Curitiba: Letra da Lei, 2013. 97-114 pp. Disponível em: <<https://direitosocioambiental.org/livros/sumario-os-direitos-dos-povos-indigenas-no-brasil-desafios-no-seculo-xxi/>> . Acesso em: 31 de dez. 2024.

MARÈS, Carlos. OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO. In: **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: Desafios no século XXI.** Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold (orgs.). - Curitiba: Letra da Lei, 2013. 13-32 pp. Disponível em: <<https://direitosocioambiental.org/livros/sumario-os-direitos-dos-povos-indigenas-no-brasil-desafios-no-seculo-xxi/>> . Acesso em: 31 de dez. 2024.

MARÈS, Théo. TERRAS INDÍGENAS . In: **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: Desafios no século XXI.** Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold (orgs.). - Curitiba: Letra da

Lei, 2013. 169-193 pp. Disponível em: <<https://direitosocioambiental.org/livros/sumario-os-direitos-dos-povos-indigenas-no-brasil-desafios-no-seculo-xxi/>> . Acesso em: 31 de dez. 2024.

Poder 360. **Veja vídeo de Gilmar Mendes inaugurando estrada no Mato Grosso.** Disponível em: < <https://www.poder360.com.br/poder-gente/veja-video-de-gilmar-mendes-inaugurando-estrada-no-mato-grosso/>> . Acesso em: 25 de Jan. 2025.

Poder 360. **Cármen ganha santa e dá Constituição em amigo oculto do “Fantástico.** Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/poder-gente/carmen-ganha-santa-e-da-constituicao-em-amigo-oculto-do-fantastico/>> . Acesso em : 25 de Jan. 2025.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

Revista Oeste. **Barroso admite que Poder Judiciário passou a ser ‘político’.** Disponível em:<<https://www.revistaouest.com/politica/barroso-diz-que-poder-judiciario-passou-a-ser-politico/>>. Acesso em: 06 de out. 2024.

Revista Oeste. **Gilmar inaugura trecho de rodovia em MT.** Disponível em: < <https://revistaouest.com/politica/gilmar-mendes-inaugura-rodovia-em-mt/>> . Acesso em: 25 de Jan. 2025.

Senado notícias. **Além das decisões monocráticas, Senado tem PEC para limitar mandatos no STF.** 05 nov. 2023 . Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/05/alem-de-decisoes-monocraticas-senado-tem-pec-para-limitar-mandatos-no-stf#:~:text=No%20mesmo%20dia%20em%20que,dos%20ministros%20do%20Supremo%20Tribuna%20l>> Acesso em 05 de nov. 2023.

SILVA, Jeferson Mariano. **Decifrando o Supremo:** as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). Novos Estudos. Vol. 37, nº 1, janeiro/abril 2018. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2018. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/nec/a/Dy8N3FjbdQnrBNQXhjMSn5t/abstract/?lang=pt> >. Acesso em 08 de nov. 2023.

SILVA, Liana Amin Lima da. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. MARCO TEMPORAL COMO RETROCESSO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS. In: **Os direitos territoriais quilombolas:** além do marco territorial/ Coordenadores, Antonio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.-- Goiânia : Ed. da PUC Goiás, 2016. 196 p.; 22 cm. 55-83 pp. Disponível em : <<https://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2023/11/02-Marco-Temporal-como-retrocesso-dos-direitos-territoriais-originarios-LIANA-AMIN-E-CARLOS-MARES.pdf>>. Acesso em 31 de dez. 2024.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo- 41. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 99, de 14.12.2017. - São Paulo: Malheiros, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.- 1ª ed., (ano 1998), 9ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA CRÍTICA AO ATIVISMO**

JUDICIAL. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 32–47, 2012. Disponível em: < <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/623> >. Acesso em: 22 dez. 2024.

UOL. **Barroso diz que ativismo judicial é um 'mito' e que Brasil vive harmonia entre os poderes.** Disponível em: - <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2024/10/12/barroso-diz-que-ativismo-judicial-e-um-mito-e-que-brasil-vive-harmonia-entre-os-poderes.htm>> . Acesso em : 15 de out. 2024.

WEBER, Rosa. **Voto da relatora.** 22 de set. 2023. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. 2023.