

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

## **O POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO : A JUDICIALIZAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

### **POSITIVISM JURISPRUDENTIAL BRAZILIAN: THE INDIGENOUS LAND JUDICIALIZATION FOX SUN SERRA**

**Elaine Freitas Fernandes Ferreira**

#### **Resumo**

O presente artigo pretende analisar o contexto do positivismo jurídico e da judicialização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no ordenamento jurídico brasileiro, e tentar compreender os motivos e conseqüências desta sua repercussão política na atualidade. Para tanto, será necessário um aprofundamento teórico no que diz respeito à judicialização da política e ativismo judicial nas decisões do Poder Judiciário. O julgamento da demarcação da terra Indígena Raposa Serra do Sol mostrou o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Nesta decisão foram formuladas 19 ressalvas à ação do poder executivo e aos direitos dos povos indígenas sobre as suas terras.

**Palavras-chave:** Positivismo jurídico, Terra indígena raposa serra do sol, Judicialização da política, Ativismo judicial, Supremo tribunal federal.

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article analyzes the context of legal positivism and the legalization of the Raposa Serra do Sol in the Brazilian legal system, and try to understand the reasons and consequences of their political repercussions today. Thus, a theoretical study with regard to the legalization of politics and judicial activism in the decisions of the Judiciary is required. The trial of the demarcation of the Raposa Serra do Sol showed the role of the Supreme Court as positive legislature. In that decision were formulated 19 reservations to the action of the executive power and the rights of indigenous peoples over their lands.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal positivism, Indigenous land raposa serra do sol, Judicialization of politics, Judicial activism, The supreme court.

## **1 Introdução : Positivismo jurídico, surgimento dos tribunais constitucionais e ativismo judicial**

No presente trabalho, serão vistas as etapas do positivismo jurídico, e como se chegou ao positivismo jurisprudencial, bem como as origens dos Tribunais Constitucionais no mundo e a necessidade de implantação destes órgãos, em decorrência do desenvolvimento da Teoria da Constituição no período pós-guerra de 1918.

Observaremos o ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário e o conceito deste novo paradigma de judicialização da política.

Após a delimitação dos limites da Jurisdição Constitucional e do Poder Judiciário, ponderando as interferências conceituais no que se refere sobre o Ativismo Judicial, analisar-se-á aspectos da Corte Constitucional brasileira, na judicialização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal como fruto desse positivismo jurisprudencial.

Notaremos a importância do estudo do tema pela sua dimensão extrajurídica e sua influência direta na atuação dos Três Poderes do Estado, servindo de parâmetro no desenvolvimento de uma interferência na separação de Poderes, fruto do enfraquecimento do poder legislativo.

## **2 A origem da doutrina constitucional e dos tribunais constitucionais**

Pedro de Vega Garcia<sup>1</sup>, informa que a Teoria Geral do estado, proposta por Jellinek, marca sem dúvida, o momento que pela primeira vez na história do direito público, este adquiri uma explicação sistemática, frente ao espírito legalista que presidiu a maioria dos trabalhos de Direito Público do século passado, e que levaram à notáveis administrativistas Franceses à reduzir o direito administrativo ao comentário das leis administrativas e da jurisprudência do Conselho de Estado, frente à tendência contrária a considerar as questões de Direito Público, como questões filosóficas, históricas, sociológicas a até mesmo metajurídicas.

A teoria geral do Estado de Jellinek, no início do século XX, de acordo com Pedro de Vega Garcia (1998) é tida como a promessa do horizonte que abriria definitivamente o caminho a uma doutrina do estado e uma estruturação lógica e sistemática do direito

---

<sup>1</sup> Pedro de Vega Garcia, professor de Direito Constitucional na Universidade de Madri, ver a obra “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional”, Teoría y Realidad Constitucional nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 68-69.

Constitucional, o autor enfatiza ainda que é importante apresentar a evolução da doutrina constitucional do século que agora termina, tentando inserir os grandes problemas em que a doutrina tem que irremediavelmente enfrentar em três momentos diferentes com etapas culturais objetivas, devendo ser classificadas como etapa do positivismo jurídico, em segundo lugar como etapa do positivismo sociológico, e por último etapa do positivismo jurisprudencial. O positivismo jurídico no final do século XX, da crença de considerações dos poucos fenômenos históricos, sociais e políticos como fenômenos naturais, levou a convicção de que, assim como as ciências naturais há leis universais e gerais, para os tempos e lugares, como também no âmbito do direito, da política e do estado, e que também era possível estruturar um sistema de validade universal.(GARCIA, 1998, pp 66-67).

A etapa do **positivismo jurídico**, segundo o autor consiste em uma teoria do estado, do direito público, da personalidade jurídica do estado, do qual o formalismo Kelsiniano, aspirou o positivismo jurídico na construção de uma teoria do estado forjada única e exclusivamente na razão jurídica. Nesta etapa o Estado aparecerá como um poder superior, supremo, por ele ser a fonte do Direito Público, o Estado tem o monopólio da legislação.(GARCIA, 1998, pp 69.70).

O autor citando Kelsen, informa que o direito positivo é o único referencial válido para o jurista, pois este busca filtrar o Direito das impurezas políticas, ideológicas, sociais e metajurídicas, e as questões principais do direito circulam entre produção, validade e vigência da norma, o Estado é o detentor da soberania.(GARCIA, 1998, p. 73).

Abre-se assim, espaço para a saída da teoria Geral do Estado e a entrada da Teoria Geral da Constituição.

**Na etapa do positivismo Sociológico** a discussão abstrata e atemporal sobre os problemas do Estado e do direito, se transformaria na disputa e controvérsia permanente sobre os problemas concretos que apresentava a democracia liberal e o estado Constitucional.

É nesse ambiente de tensão ideológica em que a problemática jurídica cede durante a problemática política e frente ao positivismo jurídico, aparece um positivismo sociológico que proclamado do valor supremo da realidade relega em segundo plano o âmbito das considerações jurídicas. Inicia-se com a publicação da Constituição de Weimar em 1.919 e finda com o Constitucionalismo que surge após a segunda guerra. Surge então um novo modelo de Estado, total, autoritário na Alemanha, e ético, fascista e corporativista na Itália, diferente do Estado Constitucional liberal. (GARCIA, 1998, pp 75-76).

Deste modo, segundo o autor, nem Hitler, nem Mussolini precisaram alterar as instituições jurídico constitucionais, que os permitiu ter o poder, surgindo uma nova realidade.

A característica do positivismo Sociológico, de acordo com Pedro De Vega Garcia é o poder normativo fático que tem como pressuposto uma visão conservadora e tradicionalista do direito, tendo como consequência a Constituição Jurídica (Social). (GARCIA, 1998, pp 69).

Desta maneira, o positivismo sociológico tem a necessidade de integrar os elementos fáticos e normativos, fazendo com que o direito constitucional resgate as categorias espaço e tempo, adquirindo dimensões concretas e históricas.

A linguagem aberta das normas no positivismo sociológico possibilitou a influência da realidade sobre o direito constitucional.

Neste sentido José Acosta Sanches (1998, pp. 65-87)) preleciona:

Com a transformação dos Direitos Fundamentais em coração do Estado de Direito e do Direito Constitucional, após a 2ª G Guerra, aumenta a importância da JC dos Direitos e a função instrumental do controle de constitucionalidade. Com certas peculiaridades, a busca pela constitucionalidade das leis não terá outra finalidade que a de garantir a eficácia dos Direitos.

Assim, diante da linguagem aberta das normas e a influencia da realidade sobre o direito constitucional, surge o positivismo jurisprudencial. Para Garcia (1979, pp.65-87):

O juiz constitucional deixa de ser apenas um vigilante do cumprimento da lei, passando a ser o vigilante encarregado de fazer, o Estado e os cidadãos, cumprirem os princípios e valores constitucionais.  
(...) Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa humana, em regra cláusulas pétreas, formam comando gerais demais para limitar a atuação judicial.  
(...)Hoje o juiz constitucional defende a existência de valores constitucionais indisponíveis até mesmo ao legislador constitucional.

Saliente-se que, surge então a terceira etapa do positivismo, o Positivismo jurisprudencial, diz Garcia (1998, p.85):

A 2ª guerra mundial foi combatida em nome dos princípios democráticos e liberais, contra os regimes totalitários, fascistas, o que supõe que a vitória final foi entendida, mais como um meio para restaurar os sistemas constitucionais que se haviam vistos amenizados pelas ditaduras, que como ocasião propicia para inovar a fundo a organização constitucional dos poderes do Estado. Assim, O final da 2ª Guerra ao invés de trazer um debate sobre a INOVAÇÃO da organização constitucional dos Estado, possibilitou a restauração dos ideais liberais e democráticos vigentes então nos sistemas derrotados pelas ditaduras.

A Constituição passa a pretender força normativa e começa a ter uma valorização como norma. Assim, houve um relevo das teorias de interpretação, de acordo com Pedro de Vega García (1998, pp. 85-86):

Nada habría que objetar a la relevancia y al valor asignados a la jurisprudencia constitucional, si no fuera porque la exclusivista y ambiciosa pretensión de reducir y concretar en ella toda la problemática de la teoría constitucional, a lo que conduce realmente, es a la distorsión y al abandono de las cuestiones capitales del derecho público, en torno a las cuales giraron las grandes polémicas en el pasado, y que, por no haber sido resueltas definitivamente entonces, siguen sin resolverse en la actualidad.

(...) Uno de esos temas capitales (...) fue siempre el de CÓMO DAR SENTIDO Y COHERENCIA AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. (...) Toda la historia del pensamiento constitucional del siglo XX se presenta sometida A LA PATÉTICA AMBIGUIDAD DE, por un lado, PARTIR DE LA PROCLAMACIÓN SOLEMNE DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y, por otro, DE NO ENCONTRAR LOS MEDIOS PARA OTORGARLE UNA TRADUCCIÓN POLÍTICA EFECTIVA".

"Esa ambigüedad tomará tonalidades más dramáticas con la globalización (...) (que causará) una reducción notable de los espacios políticos. (...)

(...) Así las cosas, la reducción de toda la problemática de la Constitución a una doctrina de la interpretación jurisprudencial, no pasa de ser una reducción injustificada y falaz. Mas allá de las cuestiones jurisprudenciales existen otros problemas que son los que verdaderamente afectan, o deberían afectar, a la doctrina constitucional".<sup>2</sup>

Segundo Gilberto Bercovici<sup>3</sup>, O retorno do positivismo jurídico, batizado de “neoconstitucionalismo”, surge, recentemente, por meio da valorização da Constituição como norma, que através da atuação das Cortes Constitucionais europeia e do Conselho Constitucional Francês, a Constituição é cada vez mais abrangida sob o angulo jurisprudencial, isto é, o juiz aplica o direito, de acordo com sua interpretação.

O autor preleciona que esta nova idéia de Constituição é defendida por Dominique Rousseau<sup>4</sup>, que segundo ele esta inovação Constitucional baseia-se em três fundamentos: a garantia dos direitos dos governados, a oficialização de uma idéia de direito pelo órgão de

---

<sup>2</sup> "Nada teria nenhuma objeção à relevância e o valor atribuído à jurisprudência constitucional, se não fosse para a tentativa exclusiva e ambiciosa para reduzir e perceber que toda questão da teoria constitucional, o que, na verdade, leva é a distorção e abandono das questões centrais do direito público, em torno do qual girava a grande controvérsia no passado, e que não tenham sido definitivamente resolvido então, continuam por resolver hoje.

Um desses grandes temas (...) sempre foi a forma de sentir e CONSISTÊNCIA o princípio democrático. (...) Toda a história do pensamento constitucional do século XX é apresentado sob ambigüidade do PATÉTICO um lado, da proclamação solene do princípio democrático e, por outro, não encontra os Meios PARA DAR UMA tradução POLÍTICA DE EFICÁCIA. Essa ambigüidade terá tons mais dramáticos com a globalização (...) (para causar) uma redução significativa de espaços políticos. (...)

(...) Então, reduzindo toda a questão da Constituição para a doutrina da interpretação judicial, nada mais do que uma redução injustificada e enganosa. Para além das questões jurisprudenciais há outras questões que são o verdadeiro afeto, ou deveria afetar, a doutrina constitucional".

<sup>3</sup> BERCOVICI Gilberto. *A Concretização da Constituição e o Positivismo Jurisprudencial*. Artigo não publicado, p.7.

<sup>4</sup> ROUSSEAU Dominique. "Une Réurrection: La Notion de Constitution", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, 1990 - n° 1, Paris, LGDJ, janeiro/fevereiro de 1990, pp. 5-6 e 15-22.

controle de constitucionalidade e a criação de um espaço aberto ao reconhecimento indefinido de direitos e liberdades. Isto, na sua opinião, configuraria uma “ressurreição da Constituição”.

O alcance dessa expressão, de acordo com ROSSEAU (1990, pp. 5-6 e 15-22) , "é o fato da supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracterizar-se na pretensão dos tribunais aspirarem ser o “cume da soberania” devido sua competência para decidir em última instância com força vinculante”.

De acordo com Ingborg Maus (2000, p. 183):

A "excepcional personalidade de jurista" criada por uma "formação ética" atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: "uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa". Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da "consciência" social na Justiça.

MAUS (2000, pp. 183 a 202),"diz que o juiz não age mais como arauto de um processo clássico de apuramento do sentimento popular, mas unicamente para proporcionar uma percepção "saudável" a um povo "doente" - justamente nisso versando seu posto de superego".

A autora aduz ainda que a ascensão da Justiça desde a metade dos anos 20 viria encerrar-se assim provisoriamente. A libido da sociedade ter-se-ia deslocado da chefia do aparato do Executivo para a cúpula do Poder Judiciário.

Esse deslocamento da chefia do Poder Executivo para a cúpula do Poder Judiciário, é explicado pela autora como em seu livro “o judiciário como superego da sociedade”, no qual a professora analisa a tradição da jurisprudência alemã a fim de comprovar que por trás das generosas ideias de garantia judicial e liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem abrigar a vontade do domínio, a irracionalidade, o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, compondo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.

Ingborg Maus aduz que, nos anos 1960 Herbert Marcuse, constatava o “envelhecimento da psicanálise”, ou mais precisamente “o envelhecimento do seu objeto”. Na família, assim como na sociedade, a figura do pai perde a importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez

menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo de superego. E complementa (MAUS, 2000, pp. 185-185):

(...)Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter-se as normas sociais à crítica autônoma. Por isso, a “sociedade órfã” ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna.

O crescimento do Poder Judiciário, de acordo com Maus, não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento da interpretação, a crescente disposição para litigar, ou em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, após as duas grandes guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa<sup>5</sup>. Maus afirma que esta teoria encobre moralmente um decisionismo judicial. Afinal, a moral que deveria dirigir a interpretação acaba por se transformar em seu produto, e assim, quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social, ao qual deve estar sujeita toda instituição do Estado democrático.

Saul Tourinho Leal (2012), seguindo a mesma linha da socióloga Ingborg Maus, tenta explicar a razão do fenômeno Joaquim Barbosa, por que um juiz conquistou a admiração dos brasileiros dessa forma? Qual o elo entre o Ministro e boa parte da população? Como o século XXI pode ser o grande século do Judiciário no Brasil?

Ele diz que a resposta não é fácil uma vez que, essa “onda de esperança” depositada em um líder do poder judiciário coloca o país em um momento histórico, pois aponta, pela primeira vez, para encarnação da liderança pública numa única pessoa detentora de um enorme poder, mas desprovida de mandato popular. O povo aclama aquele que, por definição, não está ali para representar o povo, uma vez que se trata de um juiz<sup>6</sup>, e complementa:

Abandonados e carentes da figura do ‘grande pai’ enquanto encarnação da unidade política, as pessoas passaram a depositar suas crenças nas ações dos parlamentos. Todavia, percebeu-se que o processo decisório nas casas legislativas é demorado e tortuoso. Também ficou claro que a liderança num espaço tão amplo fica muito fragmentada, dificultando o aparecimento de líderes que representem aquela unidade política. Não sem razão o tempo colocou abaixo a soberania do Parlamento aparentemente imortalizada na Inglaterra e França. Surge neste espaço vazio, o Judiciário, qualificado por Maus como “superego de uma sociedade órfã de pai”. De acordo, com Saul Tourinho, esse fenômeno no Brasil, adquire um viés e permite agora, que a análise do

---

<sup>6</sup> LEAL Saul Tourinho, artigo publicado em 22.11.12, no site Os Constitucionalistas, p.2.

comportamento do Judiciário não se dê mais exclusivamente por meio dos estudos e decisões ou mesmo da análise da lei, ou da Constituição. O que passa a correr é a deferência cada vez maior aos “Olympus of the law”, que, por meio de suas biografias, passam a influenciar os rumos da nação, mesmo sem mandatos populares.

### **3 Relação entre judicialização da política e ativismo judicial**

O direito Constitucional tem como embasamento estrutural a teoria da separação dos poderes, que retrata o modo representativo ao exercício dos poderes do estado, de modo que a forma democrática de governo é, formalmente, vinculada à subordinação dos poderes e à manifestação popular.

Deste modo, Capelleti, (1985) explica que França e Inglaterra tem sido relutante do que a maior parte da Europa em participar da “revolução constitucional”. Neles, a supremacia parlamentar se enraizou há muito como um credo político, de tal forma que o parlamento nacional, como incorporação da vontade democrática, tem se mostrado imune ao controle judicial. Os juízes estavam de tal maneira identificados com o regime feudal que consideravam inaceitável qualquer inovação liberal. Os cargos eram hereditários, podendo ser comprados e vendidos. O trabalho dos juízes deveria ser pago pelos litigantes como se a administração da justiça fosse um privilégio dos magistrados e não uma obrigação. O status, a educação família e interesses sociais de classe se combinavam para motivar comportamentos extremamente conservadores, fato que, eventualmente, contribuiu para a deflagração da explosão revolucionária. O ressentimento popular contra os parlamentares era justificada, e se refletiu, na celebrada obra *O espírito da leis*, publica em 1748 por Montesquieu<sup>7</sup>.

Montesquieu pregava que os juízes não deveriam ser investidos de nenhum poder político, para ele não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e executivo. Mesmo que a lei, diz ele, embora clarividente cega, parecesse em certos casos cruel, ainda assim não seria dado aos juízes interferirem; pois esta tarefa é da competência exclusiva dos legisladores. Aos juízes incube o dever de aplicar a lei cegamente, uma vez que os juízes não são nada mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar, quer a força, quer o rigor da lei (CAPELETTI, 1985, p.269 e ss)

Na realidade, diz Capeletti (1985), a estrita separação de poderes governamentais, se de inspiração realmente “motesquiana” ou não, está a milhas de distancia do tipo da separação

---

<sup>7</sup> CAPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, vol. 20, p.269 e ss.

dos poderes praticamente adotada pela Constituição Americana. A separação de poderes na América é melhor caracterizada como “pesos e contrapesos” e sob este princípio está reservada aos tribunais a função extremamente importante de rever os atos do Legislativo e da Administração.

Ressalte-se que, quando fala-se em hoje em separação de poderes, de acordo com Capeletti,(1985) não quer dizer que “separação” no sentido original Francês, quer se dizer, conexões recíprocas e controles mútuos. A irresponsabilidade judicial é uma irresponsabilidade política e legal – com importantes limitações no caso de abusos sérios<sup>8</sup>.

O Parlamento deixa de ser órgão soberano, cujas decisões eram imunes a qualquer tipo de restrição, se submetendo a uma norma fundamental previamente concebida. Esta relação hierárquica entre normas aceita que os tribunais revoguem leis que violem os direitos humanos velados pela Carta Magna.

A mudança de paradigma enseja, conseqüentemente o desaparecimento do protagonismo do órgão legislativo ordinário, pois este não pode ser soberano se é subordinado a outro corpo criador do direito.

Os magistrados passam a exercer representação política do povo soberano.

No Brasil, o ativismo judicial, tão em voga atualmente, decorre da constatação de que o Poder Legislativo tem sido incapaz de acompanhar as demandas sociais. A interferência judicial consiste em medida de última instância que, certamente, seria desnecessária caso o Legislativo cumprisse o seu papel constitucional.

A professora Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p.21), em sua obra *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, assim descreve:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary*, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos.

---

<sup>8</sup> CAPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, vol. 20, p.269 e ss.

E com a adoção e o desenvolvimento destes novos instrumentos filosófico-jurídicos de valoração da Constituição Federal, inicia-se um processo de Judicialização da política e das relações sociais, pela decisão final de questões relevantes pelo Poder Judiciário.

Dentre tais estudos difundidos no Brasil posterior à década de 80, tem destaque a teoria dos princípios, formulada por Ronald Dworkin<sup>9</sup> e depois reestruturada por Robert Alexy<sup>10</sup>, adequando-a a perspectiva romano-germânica do Direito.

As obras precursoras deste movimento (Levando os direitos a sério e Teoria dos direitos fundamentais) destacam-se por sua repercussão no mundo acadêmico, tornando-se fonte de novos estudos do Direito Constitucional contemporâneo, cunhando-se os termos neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, para caracterizar estas novas linhas de estudo.

Esta transferência de poder, ao projetar-se no Judiciário trouxe consigo benefícios e também prejuízos, tornando mais complexa a linha que divide criação e interpretação do Direito, e surgem dúvidas se jurídica ou política a decisão assumida pelo Tribunal Constitucional (SOUZA JUNIOR, 2004, p. 98):

Seria muito audacioso pretender, neste estudo, resolver o impasse dos limites de atuação dos poderes, quando até Locke, perplexo diante do problema do controle dos conflitos de poder, saiu, mais de uma vez, pela tangente com um patético apelo aos céus. O que importa, neste ponto, é identificar que, desejem ou não os tribunais constitucionais, tem sido crescente o seu envolvimento em questões políticas. Mas os tribunais não mergulham na análise de atos políticos dos demais poderes por simples conveniência, vontade ou capricho: fazem-no por dever funcional. [...] Há legitimidade democrática para que o Judiciário altere ou invalide deliberações tomadas pelos corpos políticos cujos representantes, ao contrário dos juízes, são escolhidos pelo voto popular, tendo seu prestígio eleitoral periodicamente testado nas urnas? Quais os fundamentos para negar ou atribuir legitimidade democrática ao Judiciário neste delicado campo das questões políticas?

No Brasil, que experimenta tal fenômeno com uma dinamicidade maior em decorrência da adoção dos dois modelos historicamente desenvolvidos para tal controle de constitucionalidade, como explicita Luis Roberto Barroso (2010):

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana ?

---

<sup>9</sup> Ronald Dworkin (Worcester, Massachusetts, 11 de dezembro de 1931 — Londres, 14 de fevereiro de 2013) foi um filósofo do Direito norte-americano. As últimas posições acadêmicas por ele ocupadas foram a de professor de Teoria Geral do Direito na University College London e na New York University School of Law. É conhecido por suas contribuições para a Filosofia do Direito e Filosofia Política. Sua teoria do *direito como integridade* é uma das principais visões contemporâneas sobre a natureza do direito. Fonte [http://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald\\_Dworkin](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin).

<sup>10</sup> Robert Alexy (Oldenburg, Alemanha, 9 de setembro de 1945) é um dos mais influentes filósofos do Direito alemães contemporâneos. Graduiu-se em direito e filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, e a habilitação em 1984, com a *Teoria dos Direitos Fundamentais* - dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito. Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert\\_Alexy](http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy).

em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto ? e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juizes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Assim, nota-se que a postura ativista do Poder Judiciário emana do enfraquecimento das instituições políticas tradicionais, e do fortalecimento da jurisdição na resolução de questões pautadas em políticas públicas, governo e disputa política de um país.

Como resultado deste fortalecimento judicial e, por consequência, enfraquecimento político, a doutrinadora Ana Paula Barcelos (2002, p. 214-215) sugere novas interpretações para a Teoria da Separação dos Poderes, questionando inclusive sua aplicabilidade:

Na medida em que o Judiciário e também o Executivo (cujas funções legislativas cresceram incrivelmente ao longo do século XX) foram ocupando espaços cada vez maiores, passou-se a divulgar a notícia, um tanto alarmista, de superação da idéia de separação dos poderes. Na verdade, a crise da separação dos poderes de que se fala hoje parece ser, realmente, a resposta mais evidente diante da radical alteração das circunstâncias do século XX e da incompatibilidade destas com as concepções consagradas a respeito da separação de poderes, que simplesmente não acompanharam a construção destas novas realidades. Mas estaria mesmo a idéia básica, o fundamento lógico da separação de poderes em crise? A ampliação dos poderes do Poder Judiciário seria um sinal de sua decadência?

Para a autora, quando estão em jogo os direitos fundamentais ou o procedimento democrático, admite-se uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário, e esta é sua função.

No entanto, juizes e tribunais devem respeitar preferências legítimas do legislador, não justapondo sua opção política à legitimidade de desempenho dos demais Poderes.

Como acrescenta Ronald Dworkin (2000, p. 101):

[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Contudo, mesmo com uma atuação política, o Poder Judiciário não pode perder o foco contramajoritário de suas deliberações na defesa dos direitos individuais e das minorias.

A judicialização é um fenômeno bastante complexo e possui diversas dimensões. Pode-se dizer que na judicialização da política, há a transferência de decisão dos poderes executivo e Legislativo para o poder Judiciário, o qual passa, normalmente dentre temas polêmicos e controversos, a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes.

Em resumo, a judicialização da política acontece porque questões sociais de cunho político são levadas ao judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição.

Para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração do Poder Legislativo (BARROSO, 2007. p. 203-249):

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Nos dizeres de Barroso, a judicialização origina-se do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política; enquanto que, no ativismo, há uma escolha, uma opção do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude.

Com efeito, Luís Roberto Barroso assim se refere à judicialização e ao ativismo (BARROSO, 2007. p. 203-249):

A judicialização e o Ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos, o judiciário decidiu porque lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma Constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de 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 deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

BARROSO (2007), menciona a redemocratização do país, que teve como ponto crucial com a promulgação da Constituição de 88, a constitucionalização abrangente, que trouxe a Constituição diversas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária e por conseguinte o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, uns dos mais abrangentes do mundo, como fatores para a judicialização no Brasil.

Entre a integral ausência de carga política nos julgamentos e seu atrelamento à posições majoritárias deparamos uma zona limítrofe entre os dois pólos. Nesta zona, produto da intersecção entre Direito e Política, devem localizar os pronunciamentos judiciais.

Há uma lista de exemplos que podem ser citados nesta atuação do Supremo Tribunal Federal como judicialização da política, dentre elas questões como a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR).

#### **4 A judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol**

A longa descrição do julgamento da Petição nº 3,388 em Ação Popular, mostra que o STF foi submetido a mais que uma questão jurídica. A contenda pelo território entre índios e não índios foi definida por diversas formas ao longo da história de nosso País, inclusive com reconhecimento de direito indígenas desde a chegada dos primeiros colonizadores europeus. Na maioria das vezes, a afirmação de normas, e suas interpretações, que dizem respeito a povos indígenas se dá pela necessidade de minorar situações de conflitos entre índios e não índios, e não como forma de reconhecer direitos de caráter equitativo ou prevenir a violação dos direitos indígenas (YAMADA & VILLARES, 2010 p.148).

O desempenho do estado brasileiro como intermediário desse conflito é marco da nossa República, que assumiu um caráter importante no relacionamento com os povos indígenas na demarcação e garantia dos seus territórios pelo Poder Executivo, ao longo do século XX, para isso, foi imperativa uma definição legislativa, dos direitos territoriais e sociais dos povos indígenas. A Constituição de 1988 veio expandir e tornar indiscutível a proteção aos povos indígenas, em conformidade o que internacionalmente se instituiu como direito fundamental para eles no século XXI.

O julgamento pelo STF da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é o mais recente marco de reavaliação e política indigenista brasileira.

O primeiro grande resultado, sem dúvida, foi garantir aos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepangue e Uapixana a importância de suas terras, base material de sua existência, local de morada onde são desenvolvidas suas relações familiares e econômicas, do qual retiram seu alimento e difundem sua religiosidade e cultura. Respeitou-se a tradição jurídica do reconhecimento das terras indígenas e da não aceitação ao esbulho como forma de aquisição de propriedade (YAMADA & VILLARES, 2010 p.149).

Ainda que mantida a política do reconhecimento de um território contínuo para cinco povos indígenas, o Caso Raposa Serra do Sol ganhou repercussão nacional e internacional para mostrar a dificuldade de se construir uma sociedade verdadeiramente diversa e democrática a partir do respeito e da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas, tal como reconhecidos na Constituição Brasileira. Revelou também que os governos locais veem e promovem os indígenas como estrangeiros em seus próprios territórios, ignorando suas importantes contribuições sociais e econômicas dos estados e municípios (YAMADA & VILLARES, 2010 p.149).

A demarcação da raposa Serra do Sol, foi elevada pelo Supremo Tribunal Federal a caso paradigmático porque se fez crer que, pela primeira vez, o STF analisaria a fundo o mérito da questão das terras indígenas no país.

Originariamente, a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal da Terra Indígena Raposa Serra do Sol incidiu a respeito da idoneidade e adequação do processo demarcatório da mesma. Os impugnantes, dentre eles o Estado de Roraima, reivindicavam o modelo de demarcação em ilhas como sendo o mais indicado segundo pressupostos normativos legais e constitucionais.

Acontece que, quando o Supremo Tribunal Federal se referia ao tema da posse e de terras indígenas, sua discussão constituía como sendo um local privilegiado, tanto para as categorias antropológicas de cunho histórico arqueológico e étnico-culturais, quanto às razões de Estado, tais como defesa nacional, soberania e integridade do território, as quais têm como uma de suas peculiaridades fundamentais o apelo a formas de existência e coexistência rigidamente tuteladas, com vistas ao interesse maior de preservação do Estado.

Assim, posteriormente, estabeleceu-se um diálogo institucional com segmentos do Estado brasileiro e a interferência nos direitos fundamentais das sociedades indígenas, destacando-se, as aludidas condições trazidas no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, utilizada como um instrumento decisivo no Caso Raposa Serra do Sol.

A Constituição de 1988 consagra os artigos 231 e 232 aos índios, por isso o guardião da Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal, tem sido chamado a dirimir e definir grandes

questões envolvendo os índios, como a que enfrentou no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, Petição 3368-4/RR, tendo proferido sua decisão sob a ótica do elevado interesse nacional.

Antes desse julgamento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgado de 29.02.2000, na Apelação Cível nº 1999.01.00.023028-6/TO, enfrentou uma questão que envolvia manutenção de posse em área indígena, ocupação de boa-fé e indenização de benfeitorias, tendo decidido que as terras indígenas são originariamente reservadas e não se sujeitam a qualquer tipo de aquisição, sejam decorrentes de ato negocial ou de usucapião. Em relação às benfeitorias, o TRF entendeu que, conquanto indenizáveis as benfeitorias decorrentes de ocupação de boa-fé, no caso, o autor não logrou provar a existência delas. O mesmo julgado firmou que considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANUTENÇÃO DE POSSE. ÁREA INDÍGENA (FUNIL). INEXISTÊNCIA DE DIREITO. OCUPAÇÃO DE BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO. BENFEITORIAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As terras indígenas são originariamente reservadas e não se sujeitam a qualquer tipo de aquisição, sejam decorrentes de ato negocial ou de usucapião (Alvará de 1º. 04.1680, Lei de 1850, Decreto de 1854, art. 24, § 1º, Constituições Federais de 1891, 1934, 1946, 1967, 1969 e de 1988).

2. Conquanto indenizáveis as benfeitorias decorrentes de ocupação de boa-fé, as provas documentais e depoimentos dos autos revelam-se insuficientes para tal finalidade. (TRF-1ª Região – 4ª Turma - Apelação Cível nº 1999.01.00.023028-6/TO – Rel. Juiz Mário César Ribeiro – Julg. de 29.02.2000).

Para o desfecho da discussão sobre a terra indígena Raposa Serra do Sol, o voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito teve importância crucial.

Para a particular questão que qualifica a área da Raposa Serra do Sol como área indígena, o magistrado apontou a necessidade de definição de três figuras jurídicas, a saber: terra indígena, faixa de fronteira e unidade de conservação. Para ele, apenas por meio da inteligência desses três conceitos seria possível compreender a extensão dos direitos e prerrogativas postos em conflito.

O Excelentíssimo ministro Carlos Alberto Direito consignou no Processo de nº 3.388-4 o fundamento da área indígenas, chamando a atenção para o fato de que:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica de essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra a terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

O notável Ministro ressaltou que de nada adianta reconhecer aos índios os direitos sem assegurar-lhes as terras, devendo estas ser identificadas e demarcadas. Afirmou, ainda, que a terminação “terra indígena” que qualifica a área de Raposa Serra do Sol deve-se ao Estatuto do Índio, que é a Lei nº 6.001, de 19.12.73, no qual vem definidas e classificadas as terras dos índios, com a definição: “reputam-se terras indígenas (...) sendo a abertura do art. 17 da referida lei.

Art. 17 Reputam-se terras indígenas:

- I- as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV e 198 da Constituição;
- II- as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título; e
- III- as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

O Ministro, neste ponto, fez uma breve comparação entre a letra do Estatuto e a definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, contidas nos §§ 1º e 2º do art. 231 da CF, nos seguintes termos:

Ainda que a Constituição não tenha se utilizado do termo na sua exatidão, o tratamento detalhado que dedicou à questão dos índios e de suas terras suplanta o modelo do Estatuto e faz dela a sede por excelência do estatuto jurídico das terras indígenas, praticamente dispensando outros regramentos.

Em tal assertiva, Menezes de Direito apontou que não há dúvida de que a alusão feita no caput do art. 231 a terras que os índios tradicionalmente ocupam é a definição primária de terras indígenas. Diz o Ministro que seus principais elementos são constituídos pelo advérbio “tradicionalmente” e pelo verbo “ocupam”, cujos significados devem orientar a identificação espacial das terras indígenas”.

O ponto para o reconhecimento da ocupação indígena é a data da promulgação da Constituição de 1988, portanto, terras indígenas são as ocupadas pelos índios a partir da promulgação da Magna Carta.

Lembrou o magistrado que as terras em evidência são as ocupadas tradicionalmente pelos indígenas, e, que o advérbio tradicionalmente não precisa ser entendido como indicativo a uma ocupação desde tempos imemoriáveis.

Menezes Direito conclui, nesse ponto, seu voto, afirmando que:

Terras que os índios tradicionalmente ocupam são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que forma a habitação permanente outro fato a ser verificado.

Destarte, Carlos Alberto Direito sugere que se adote como critério constitucional a “teoria do fato indígena”, e não a “teoria do indigenato” registrando que “a aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.”.

Observa o ministro que a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Vejamos:

Se a teoria do fato indígena dispensa considerações sobre a idade da ocupação, exige, repito, a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos nos processos de regularização (...).” E, prossegue, “se o problema das terras indígenas há de ser resolvido com base no fato indígena, como aqui se propõe, os procedimentos de identificação e demarcação devem servir pra demonstrá-lo, tal fato está sujeito a observação, o que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. A mim parece que esses instrumentos e métodos podem ser definidos pela antropologia. No entanto, essa ciência não pode se basear apenas em opiniões, conjecturas e, especialmente generalização. Mas é de ser considerada também a participação de outros especialistas (...). Como já ressaltado, o procedimento destinado à apuração no fato indígena, isto é, a presença indígena em 5.10.1988, com sua respectiva extensão, estão determinadas com base nas suas referidas expressões.

Vê-se, portanto, que o voto do Ministro Menezes de Direito é considerado uma de suas maiores contribuições: para a aplicação da Teoria do Fato Indígena como substituta à Teoria do Indigenato, no que se refere à verificação da posse indígena e a delimitação do seu marco temporal. Por meio dessa substituição, aspirou obter uma forma menos precária de definição de posse indígena, com intuito de repercutir diretamente no tema do marco temporal.

Menezes de Direito, fazendo menção ao futuro, entendeu que o Conselho de Defesa Nacional deve ser ouvido nos procedimentos de demarcação de terras indígenas localizadas em faixas de fronteiras, fazendo referência ao art. 91, parágrafo 1º, III, da Constituição Federal. Afirmou ainda, que, as terras indígenas fixadas em faixas de fronteiras podem ser objeto de instalações de bases militares, a critério das autoridades competentes, sem necessidade de consulta à Fundação Nacional do Índio – FUNAI, como também às comunidades indígenas envolvidas.

Logo, por esse entendimento, ele impõe limites ao usufruto dos índios sobre as terras, quando houver interesses estratégicos atrelados à defesa nacional.

Para o ministro Carlos Alberto é importante que a União tenha o total controle das terras da reserva, pois “o usufruto do índio sobre a terra indígena estará sujeito sempre a restrições toda vez que o interesse público e de defesa nacional estejam em jogo”.

Ao tratar da questão ambiental da área em questão, o ministro, em seu voto, advertiu que a terra indígena Raposa Serra do Sol encontra-se em parte na área reservada a uma

unidade de conservação e, no seu todo, na faixa de fronteira, esclarecendo, assim, que as unidades de conservação foram organizadas pela Lei 9.985/00 e as áreas protegidas, que têm a mesma acepção, foram adotadas pela Convenção sobre Diversidade Biológica, um documento internacional firmado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92).

Menezes Direito expôs que a unidade de conservação do Monte Roraima abrange a categoria de Parque Nacional, consoante o Decreto 97.887/98<sup>11</sup>. Portanto, a área tem o escopo básico de preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica. Como Parque Nacional, a unidade pode receber tanto pesquisas científicas como atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação e contato com a natureza e de turismo ecológico, consoante se depreende do artigo 9º da Lei 9.985/2000. O parque é limitado ao trânsito, ingresso e permanência, bem como à pesca, caça e extrativismo vegetal, nas condições, temporadas e períodos estipulados pela administração da unidade de conservação, que ficou sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

Ainda, a respeito da proteção do meio ambiente e da faixa de fronteira, observa o ilustre Ministro que ela também é matéria que decorre do texto constitucional, sendo expresso em que:

Haverá, nesses casos, mais uma afetação específica da área em discussão, a gerar uma superposição de afetações. Essa dupla (terra indígena + unidade de conservação) ou tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira) deve, portanto, ser resolvida não pela sucumbência frente aos direitos indígenas, mas por uma conciliação das prerrogativas aparentemente em conflito.

De acordo com Direito, a relevância constitucional, ética e social da proteção dos direitos tradicionais dos índios não pode ser negada, e todos os agentes do Estado devem zelar pela sua salvaguarda. Contudo, fez ressalvas: "Quando, ao lado dessa proteção, está igualmente garantida a proteção dos interesses da defesa nacional, a salvaguarda dos direitos indígenas não pode ser tomada de forma absoluta a ponto de prevalecer em qualquer caso".

Menezes censurou o fechamento de estradas e cobrança de pedágio nas passagens, prática esta recorrente nas áreas de tribos indígenas: "Não se podem conceber essas tentativas de apropriação e exploração dos bens e interesses estratégicos. O usufruto das terras não alcança esse tipo de dominação. "O importante é a efetiva conciliação dos dois interesses".

---

<sup>11</sup> Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100595>

Ademais, lembrou o princípio da unidade da Constituição, que é invocado para resolver antinomia entre situações como a do direito dos índios, o valor do meio ambiente e a importância estratégica da faixa de fronteiras, enfatizando que “o que não deve ser admitido é a continuidade de confrontos entre órgãos federais pela administração direta, ou não, de grandes áreas do território nacional”.

Ao vir a questão sob o prisma de um estadista, o Ministro sintetizou que:

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas não se reduz a um tudo pode para os índios e um nada pode para a defesa do interesse público na sua mais ampla perspectiva. É um estatuto complexo, sofisticado, que consegue ao mesmo tempo cumprir a determinação constitucional de proteção e preservação dos índios e da cultura indígena e assegurar a satisfação dos interesses públicos de ordem nacional, na mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação.

Tal Estatuto se caracteriza pelo usufruto exclusivo dos índios que, todavia, estará sujeito às condições que ora são definidas, no campo da segurança nacional e da preservação do meio ambiente.

Foi com apoio em tais disposições da **Constituição**, conjugado com sólida doutrina jurídica, bem como com o suprimento de estudiosos, como o *amicus curiae* designados cientistas sociais e antropólogos, amparado, ainda, no princípio da unidade constitucional, que, o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito pronunciou seu voto, que acabou sendo o condutor na solução do litígio, demonstrando nitidamente a judicialização da política nesta decisão proferida pela corte constitucional, uma vez que tal Ministro impôs 19 condicionantes, que em tese poderão balizar qualquer reconhecimento de terras indígenas em nosso país.

Pinheiro (2009 p.21), preleciona que, o Poder Judiciário sempre é festejado quando rompe a clássica doutrina da separação de poderes e toma iniciativa ao implementar direitos sociais, mediante provimentos jurisdicionais que acabam por inovar a legislação existente, complementando direitos geralmente expressos em textos de grande abertura.

A professora Juliana Freitas, (2014 p. 291) , analisando as teoria de Victor Comella e Cass Sustein, informa que o controle judicial de normas contribui para o próprio desenvolvimento das relações travadas em uma sociedade, pois constantemente são discutidos os fundamentos que conferem a legitimidade ou ilegitimidade constitucional das leis insertas no ordenamento jurídico, além dos próprios princípios que norteiam o legislador na elaboração dos documentos normativos.

Na mesma esteira, o professor Elísio Bastos (2009 p. 171.) , explica que, a jurisdição constitucional fundamenta a proteção dos Direitos Fundamentais e o controle do Poder

Público. Nesse sentido, o sistema-tipo difuso é o que possui, notadamente no Brasil, mecanismos mais eficazes para a proteção célere contra lesão ou ameaça de lesão aos Direitos Fundamentais. São os mecanismos ínsitos ao controle difuso que possibilitam ao judiciário, nos mais das vezes, atuar como o “pronto-socorro da cidadania.”

Conclui-se portanto, que a interpretação no caso da judicialização da terra Indígena Raposa Serra do Sol, de acordo com o que preconiza Lise Tupiassu-Merlin, (2011 pp. 166-197) encontra-se na ordem do dia dos questionamentos, especialmente do fenômeno crescente da judicialização da política e do ativismo judicial. Supera-se o tempo em que Direito é concebido como norma isolada; volta-se a ele agora para um universo de interesses sociais pluralistas.

### **Considerações finais**

Foi possível constatar que a intensa repercussão político-social das decisões de nosso Tribunal Constitucional é decorrência de uma complexa estruturação de competências e atribuições pela Constituição Federal, e resultado do ativismo judicial.

O Constitucionalismo, legitima a intervenção do Poder Judiciário na definição de questões jurídico-constitucionais. Entende-se, como reflexo prático desta tese, a intensa intervenção judicial em questões de cunho estritamente político, que careceriam ser constituídas e formadas por representantes eleitos democraticamente.

Vanice Regina Lírio do Valle ((2009, p.21) alerta para a possibilidade de tanto o executivo quanto o legislativo, removerem assuntos controvertidos do debate político e transferirem para o Judiciário a fim de impedir plausível desgaste político. Removendo, assim, do debate público temas que duramente seriam decididos em sentido favorável, tanto pela falta de apoio da sociedade como pela ausência de debate político. Logo, esta estratégia deliberada de transferência de responsabilidade ao judiciário pode impedir aos demais poderes deterioração política, diminuindo possíveis danos eleitorais.

Diante do acanhamento do legislativo em exercer o seu papel, isto é, fazer as leis que a sociedade necessita, surge o Judiciário, como superego de uma sociedade órfã, superando o remoto modelo legalista positivista, e diante de nova técnica interpretativa constitucional, regula determinadas situações que caberia ao legislador ordinário regulamentar.

No que tange à judicialização da política, tanto os Poderes Executivo como o Legislativo tem cooperado para que ela ocorra. O primeiro, pelo abuso de medidas provisórias que tem editado, atribuindo ao Legislativo que sejam discutidas as matérias de interesse do

executivo. Com esse atropelamento e diante das manobras políticas, a oposição, como derradeira alternativa, recorre ao Judiciário a fim de que este venha declarar a inconstitucionalidade da Lei aprovada.

Mesmo que o legislativo recorra ao Judiciário a fim de ver declarada a inconstitucionalidade de Lei, no escopo de atender determinados interesses partidários criando acanhamento ao administrador eleito e colaborando para a judicialização da política; esta tem reagido ao que avocam de intromissão do judiciário nos demais poderes.

No entanto, essa possível interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, poderia parecer risco à separação de poderes. Porém, ousar discordar, posto que, no tocante à separação dos poderes, não há riscos pela prática do ativismo judicial, afinal, o poder é uno, o que há é a separação das funções. Ademais no positivismo jurisprudencial a idéia de separação de poderes intransigente, amparada pela teoria liberal, não atende aos anseios da sociedade, sendo substituído pelo mecanismo de freios e contrapesos, no qual cada poder desempenha suas atribuições típicas e em momentos excepcionais, exerce as funções de outro poder, sem violar a Constituição.

No que tange à judicialização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, verifica-se que o ativismo judicial é uma realidade inafastável e coerente. Assim, em modo de encerramento, nota-se ser a referida decisão um julgado paradigmático que em muito dignifica a função construtiva constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, posto que estabeleceu-se padrões de orientação para os casos futuros, havendo uma clara extrapolação do objeto da demanda, visto que o questionamento versava sobre a constitucionalidade da demarcação contínua da reserva e não sua eventual extensão futura; não se restringindo, a condicionante, em decidir a controvérsia em questão.

A decisão construiu, portanto, um verdadeiro marco teórico, isto é, um estatuto apto a orientar todos os outros questionamentos envolvendo demarcação de terras indígenas.

## Referências bibliográficas

- ALVES, Eliana Calmon. A crise do poder judiciário. Caderno Direito e Justiça, n. 11310. Correio Brasiliense, Brasília, 18 abr. 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. Consultor Jurídico. Publicado em 16 fev 2010. Disponível em: . Acesso em 16 ago 2010.
- \_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, nº 4. Jan/Fev 2009. Disponível em: . Acesso em: 17 fev. 2010.
- \_\_\_\_\_. Interpretação e Aplicação da Constituição. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A garantia jurisdicional da constituição: A vis atractiva dos principais modelos. O resgate e defesa do controle difuso no Brasil. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO Paulo. Direitos Fundamentais, teoria do Direito e sustentabilidade. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo; Método; 2009 p. 171.
- BERCOVICI, Gilberto. A Concretização da Constituição e o Positivismo Jurisprudencial. Artigo não publicado
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- CAPELLETI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, vol. 20, p.269 e ss.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FREITAS, Juliana Rodrigues. O princípio da maioria, sob a ótica de Victor Comella e Cass Sustein, como limite para a atuação da justiça constitucional. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcos Alan de Melo. Direito e Desenvolvimento. São Paulo; Método; Belém: Cesupa, 2014 p. 291
- GARCÍA, Pedro de Vega. *El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional*. Teoría y Realidad Constitucional. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, n. 1, 1. sem. 1998. pp. 65 a 87.

LEAL Saul Tourinho, artigo publicado em 22.11.12, no site Os Constitucionalistas, <http://osconstitucionalistas.com.br/o-novo-superego-de-um-brasil-orfao>, acessado em 08/11/2014.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”*. Revista *Novos Estudos*, No. 58, CEBRAP, Nov. 2000, p. 183 a 202.

MARTINS, Leonardo. *Igualdade e Liberdade na Justiça Constitucional: Cortes Constitucionais entre self-restraint e vínculo ao Direito constitucional positivo*. In Estado Constitucional e organização do poder. Tavares, André Ramos; Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010. (p. 459 a 478)

MERLIN, Lise Tupiassu. Judicialização e legitimação do controle de constitucionalidade através da abertura hermenêutica. In: DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso; DARWICH, Ana. Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém, PA: CESUPA 2011 pp. 166-197.

PINHEIRO, Victor Marcel. O STF e o mito do legislador negativo. In COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. jurisprudência constitucional: como decide o STF? São Paulo: Maleiros Editores, 2009 p.21.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. ROUSSEAU, Dominique. Une rèsurrection: la notion de Constitution. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, 1990, Paris, LGDJ, n. 1, jan./fev. 1990, p. 5-22.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

VALLE Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, Editora Juruá, 2009.

YAMADA Erica Magali & VILLARES Luís Fernando, *Revista Direito GV* 11 p.149.