

ATIVISMO JUDICIAL – O STF COMO PROTAGONISTA DE UMA APARENTE REVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

Guilherme Moraes Cardoso

Resumo: O presente artigo tem por finalidade apresentar o ativismo judicial como fundamento para algumas decisões que magistrados colegiados ou não vêm proferindo por todo o país. Será feita uma análise teórica do que alguns doutrinadores entendem por ativismo judicial bem como uma diferenciação com a judicialização da política. Por fim, após a demonstração de alguns pontos positivos e negativos do ativismo judicial, será feita uma abordagem de algumas decisões que o STF prolatou fundamentando a disparidade com a lei em face do ativismo judicial. Com efeito, será apresentada uma análise do caso que ficou internacionalmente conhecido pela demarcação da terra indígena raposa serra do sol, onde o STF praticou ativismo judicial.

Palavras-Chave: ativismo judicial, STF, raposa serra do sol.

INTRODUÇÃO



poder judiciário brasileiro vem passando por constantes mudanças em sua essência, na medida em que vem sendo cobrado de forma mais intensa pela sociedade, para dirimir sobre determinados assuntos, que o poder executivo e legislativo ainda não conseguiu se pronunciar.

A atividade do poder judiciário que era basicamente a de aplicar o direito elaborado pelo legislador, ampliou seu rol de atuação adentrando na seara da inovação interpretando a Constituição Federal.

Nossa Carta Maior, classificada dentre outras espécies

como programática, absorveu toda boa intenção do legislador e trouxe em seu bojo uma série numerosa de direitos protegidos, bem como se fundamentou em princípios diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, obrigando o julgador, na ausência de regulamentação destes, interpretar e proferir uma decisão condizente com o texto constitucional.

É sabido que nem todas as garantias constitucionais propostas pelo legislador já se encontram regulamentadas, são as conhecidas normas de eficácia contida e eficácia limitada.

No entanto, vale dizer que a espera pela regulamentação de tais garantias tem levado a população a questionar de fato a validade da Constituição Federal promulgada como lei Maior e una, de uma sociedade que protege antes de qualquer coisa a dignidade da pessoa humana.

As principais questões que incitam essa discussão são aquelas em que o cidadão se vê desamparado pelo Estado, este que tem a finalidade de precípua de afiançar as garantias elencadas em sua Constituição e não ser mero coadjuvante na tentativa de ao menos assegurar uma espécie *sui generis* de dignidade.

A desigualdade entre as diversas classes da sociedade aumenta a cada dia e isso é um processo que vem evoluindo há muito tempo. Trata-se de um quadro aparentemente degenerativo. É de se contestar as notícias veiculadas pela mídia que contrariam essa afirmação. O que pode ter diminuído é a linha de pobreza graças aos ‘vultosos programas sociais que o país tem implantado nos últimos anos.

Não nos cabe discutir a questão social atinente às igualdades ou desigualdades por não ser este o objeto de discussão do presente artigo, mas é possível constatar que um Estado que não protege seus tutelados está fadado ao insucesso e conseqüentemente à sua ruína.

Cuida-se em destacar que os locais sem a presença efetiva do Estado permitem o surgimento de grupos paraestatais conquistando muitas vezes o apoio da população, que carente,

encontra respaldo para suas imediatas necessidades, pois encontra proteção.

Essa premissa pode ser facilmente detectada em locais com presença marcante do narcotráfico que quase sempre se instala nas zonas de maior pobreza e miséria. Nesse reduto, a atuação criminosa é apoiada graças aos benefícios muitas vezes impostos. É uma espécie de proteção, de segurança proposta que mesmo advinda de uma atividade ilícita, acaba sendo aceita pela população desfavorecida como questão de vida ou morte. É a ausência do Estado, porque ali deveria atuar e não o faz.

Obviamente a questão do narcotráfico não se resume única e exclusivamente na ausência do Estado, pois este não é o responsável absoluto por esse problema que aflige a humanidade.

Porém, a lista de inimigos do Estado aumenta. Entendemos que os poderes legislativo e executivo também se apresentam como opositores ao sistema constitucional na medida em que deixam de fazer aquilo que deveriam, tendo em vista o bem estar social. Vale dizer que sob o olhar destes poderes, o judiciário também deve ser considerado uma barreira para a almejada estabilidade social.

Acreditamos que o poder judiciário passa a ter um papel extremamente importante no momento em que assume para si a obrigação de fazer, o que determinado poder se omitiu em cumprir.

Mesmo não sendo um poder constituído por voto popular, que represente determinados grupos de pessoas e/ou ideologias como fazem, ou pelo menos deveriam fazer os candidatos políticos eleitos, o poder judiciário não deixa de ser um poder político na medida em que efetiva a concretização dos direitos de uma sociedade.

Ora, se a garantia foi prevista pelo legislador, mas deixou de ser sancionada, ou ainda deixou de ser efetivada pela ausência

de uma norma, que a regulamentasse, e, que por conta dessa decisão algum prejuízo ou desigualdade viesse a ser causada para outrem, assim se faz necessário que esse problema seja solucionado o mais breve possível, e muitas vezes o único caminho é o judiciário.

A Constituição Federal de 1988¹ inaugura uma nova fase para o Brasil na medida em que apresenta uma série de princípios capitaneados pela proteção à dignidade da pessoa humana.

É certo que ao se falar de ativismo judicial, inúmeras críticas e posições contrárias podem vir a surgir demonstrando enorme preocupação quanto à autonomia e independência entre os poderes da administração pública.

Além do mais, a definição de ativismo judicial não traz um conceito fechado, sendo por muitas vezes confundido com judicialização, que apesar de objetivos semelhantes, são conduzidos por formatos especialmente diferentes quanto à causa debatida.

Desta forma, pretende o presente artigo apresentar algumas conceituações do termo ativismo judicial, sua aplicabilidade e suas críticas doutrinárias e por fim a análise da jurisprudência do STF.

1. O ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A conceituação do termo ativismo judicial destaca algumas nuances que se analisadas de maneira superficial pode nos levar a confundir com outras modalidades de atuação do poder judiciário, tal como a judicialização.

Por guardar semelhança com o ativismo judicial e confundir grande parte dos operadores do direito, oportuno definir

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

o que vem a ser a judicialização ou para alguns autores a judicialização da política².

Ao conceituar judicialização e ativismo judicial, como elementos norteadores para a discussão que se inicia, utilizaremos a definição dada por Luís Roberto Barroso nos ensinando que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais.” (2008, p.03).

Para este autor, a judicialização se deve ao fato da redemocratização do país, anulando todo o resquício da ditadura militar por ter sido este o período que mais atrasou o desenvolvimento econômico, jurídico e social do Brasil. As garantias constitucionais foram ampliadas valorizando e prestigiando a magistratura e sua atividade precípua.

Logo, a judicialização nada mais é do que o poder judiciário legitimando uma norma constitucional, se é que assim podemos conceituar, ou seja, aquela atividade que era inerente a outro determinado poder agora necessita da intervenção do judiciário para a sua concretização ou efetivação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã que guarda em seu bojo o princípio da dignidade da pessoa humana, o poder judiciário passa a ter a

² Com relação ao emprego do termo judicialização, os professores da PUC/CP Andrei Koerner e Débora Maciel não concordam com a utilização de referido termo uma vez que o mesmo pode ter diversos sentidos e por essa razão se tornar muitas vezes contraditórios. Como exemplo os autores apresentam a utilização do termo judicialização quando se refere a uma obrigação legal, fazendo presumir que a matéria em pauta esta sendo apreciada judicialmente. Na sequencia, dando um caráter normativo, o termo indicaria a preferência do demandante em socorrer-se do poder judiciário para apreciar sua demanda. Quando o termo recebe um sentido de processo social e político, passa a se referir a qualidade de atuação do sistema judicial. Em face da possibilidade de empregar o termo judicialização com diversos significados, a crítica aponta ser imprópria a sua utilização. (Revista Lua Nova, Volume 57, Ano 2002, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452002000200006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)

importante incumbência de resguardar esses valores, essas garantias que alicerçam a dignidade do homem.

Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do poder judiciário brasileiro vem se utilizando de princípios constitucionais e de cláusulas abertas para assim conseguir efetivar os valores constitucionais.

Apesar de sermos favoráveis à judicialização da política, nos preocupa o impacto dessas decisões judiciais, especialmente no que tange ao efeito que se pode dar para a coletividade. Vale dizer que alguns parâmetros devem ser respeitados, para se evitar uma espécie de “autopromoção” do poder judiciário em oposição à sintonia que os poderes necessitam estabelecer entre si.

Esta “autopromoção” ocorreria na medida em que o poder judiciário, na tentativa de suprir os anseios da população carente de dignidade e respeito do Estado, passasse a emitir decisões que causassem enorme desequilíbrio financeiro ou de política social.

É certo que a vontade da população estaria sendo respaldada, mas nos preocupa a que ponto valeria a pena conduzir os rumos das políticas públicas a este nível, talvez o excesso, entendemos como extremamente prejudicial ao funcionamento da ordem estatal.

Essas decisões no “varejo”, se é que assim podemos exemplificar, tem seu efeito restrito à realidade daquele determinado caso. Não obstante, nos preocupa a ideia quando esse tipo de decisão for proferido ao “atacado”, ou seja, a uma determinada coletividade.

Segundo o Prof. José dos Santos Carvalho Filho, “a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição³”

Para Barroso, (2008, p.05) o fenômeno da judicialização

³FILHO, José dos Santos Carvalho, *Ativismo Judicial e Política*, Revista Jurídica Consulex, Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

tem um ponto positivo e outro negativo: o positivo é que o “Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”. Sob o aspecto negativo, não tão menos importante, é que a judicialização “exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica”.

Para Luís Flávio Gomes⁴ o fato de a Constituição prever um determinado direito e sua interpretação se dá no sentido de que esse direito seja garantido, há a judicialização do direito considerado.

Embora emanados de correntes diferentes, ambos os conceitos apresentados se amparam da necessidade do direito estar adaptado à democracia contemporânea na medida em que seu emprego deve ter como foco a satisfação popular.

Portanto, a judicialização da política se difere do ativismo judicial por ser a interpretação de um direito preexistente e concebido pela Constituição Federal e àquele por ser uma criação do magistrado a partir do ponto zero, com fundamentação baseada apenas nos princípios constitucionais.

Em suma, falar em judicialização da política é se referir ao ato do magistrado de interpretar uma norma constitucional que permite alguma dedução do operador do direito. Esse é o ponto de destaque ao se analisar a diferença com o ativismo judicial que deve ser considerado como uma ação proativa do magistrado em expandir o alcance da norma.

Oportuno destacar a diferenciação entre judicialização e ativismo judicial nas palavras de Luis Roberto Barroso⁵

⁴GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>.

⁵BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf

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 se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que 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 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, 2008)

Com muita propriedade o doutrinador consegue estabelecer uma diferenciação clara entre judicialização da política e ativismo judicial como sendo a judicialização uma interpretação por mera dedução do que já estaria previsto no texto constitucional e ativismo judicial como sendo uma ação expansiva do magistrado, ultrapassando a norma constitucional.

Dentro dessa perspectiva surge a figura de duas modalidades de juiz: o juiz ativo e o juiz ativista conforme muito bem conceitua Roberto C Berizonce⁶:

O juiz que pronuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado *ativo*; será *ativista* se, ademais disto, e a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

Apesar de existirem outras diferenças e definições, não iremos exaurir todo o vasto campo teórico por não ser o foco

⁶ LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. BDJur, Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>> apud BERIZONCE, Roberto C. p. 02.

principal deste estudo. De todo modo, acreditamos que a análise preliminar feita com relação à diferença entre ativismo judicial e judicialização da política seja suficiente para darmos seguimento ao conteúdo. Nesse ínterim, convém avançarmos o estudo apresentando algumas conceituações do que vem a ser o ativismo judicial.

2. ATIVISMO JUDICIAL – DEFINIÇÕES

Avançando pelas linhas iniciais do presente artigo, para fins de conceituação, oportuno destacar algumas definições apresentadas por diversos doutrinadores.

Para o ex-ministro do STJ Evandro Gueiros Leite⁷, ativismo judicial é “o resultado da evolução social, política e cultural de nossa época, dado que o processo tem sido sempre o reflexo das sociedades em certos períodos” (2008, p.03).

Já Luis Roberto Barroso⁸, “ativismo judicial: é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Em congruência, as duas definições demonstram que o ativismo judicial é uma esperança autorizada ao poder judiciário dando ao magistrado a oportunidade de suprir as falhas de outros poderes. Trata-se da legitimação de um direito, de tornar executável até então àquilo que dependia de uma normatização ou ainda de simples boa-vontade política.

Barroso⁹ ainda complementa afirmando que o ativismo judicial muitas vezes se instala no momento de “retração do poder legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

E assim podemos concluir que o ativismo judicial é o

⁷ LEITE, Op.cit, p.06

⁸ BARROSO, Op.cit. p.10

⁹ BARROSO. Op.cit. p.10

momento em que o juiz excede seus limites do campo jurídico e passa a circular pela seara política com a finalidade de solucionar problemas políticos se utilizando de fundamentação jurídica.

Em suma, dentro do conceito de divisão dos poderes apresentados por Montesquieu¹⁰ surge uma enorme preocupação entre juristas e legisladores no que se refere à independência hierárquica desses poderes na medida em que a omissão de um, abre precedente para a revelação de outro.

Pelo fato do ativismo judicial aparecer no momento em que algum dos outros dois poderes deixa de executar sua obrigação-fim, a atuação do judiciário pode denegrir a imagem destes colocando-os em sentidos contrários ao da aceitação popular, visto que estes foram constituídos pelo povo.

Em continuação as definições, passando por aqueles contrários ao ativismo judicial, segundo o procurador do estado de São Paulo Elival da Silva Ramos (2011, p.138)¹¹ o ativismo judicial é uma espécie de desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional. Segundo o autor em recente entrevista fornecida ao site Consultor Jurídico¹², o ativismo se dá “quando o tribunal ultrapassa o limite do texto normativo e passa a criar. Existe um equilíbrio entre a norma e interpretação, que é rompido pelo ativismo”.

Para Luís Flávio Gomes¹³ “o ativismo judicial ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico”.

Após esses dois últimos conceitos apresentados começamos a observar que para determinados doutrinadores o ativismo

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Tradução: Roberto Leal Ferreira. Editora Martin Claret. 2010.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Ed. Saraiva. 2011.

¹² Revista Consultor Jurídico. 01/08/09. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>

¹³ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>.

judicial é uma modalidade de atuação negativa do magistrado na medida que o juiz ignora alguns preceitos constitucionais para julgar conforme seu ponto de vista, impondo ao Estado alguma obrigação.

Socorrendo da doutrina clássica, Ronald Dworkin¹⁴ como sendo um defensor da interpretação como fonte da prática jurídica é contrário ao ativismo judicial não permitindo que este seja confundida com uma postura ativa do magistrado. Sua crítica aos “passivistas” não reflete apoio ao ativismo judicial.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da suprema corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Dworkin nos leva a concluir que o direito não é capaz de prever todas as situações em que o Estado tem a obrigação de proteger o cidadão, vale dizer que a sociedade está em constante mutação que variavelmente implica em evolução. Para que essa coletividade caminhe em consonância é necessário que todos os seus integrantes também caminhem na mesma marcha. Na medida em que um passa a destoar de outro, surge a necessidade de se estabelecer um ponto de equilíbrio.

Em outras palavras, a evolução da sociedade sem contar com a mesma evolução do direito pode criar certas instabilidades dentro do ordenamento e cabe ao magistrado, quando invocado, interpretar dentro dos parâmetros que a lei já definiu, evitando qualquer abuso ou arbitrariedade. Conforme assevera Dworkin¹⁵:

Insiste em que os juízes apliquem a Constituição, por meio de interpretação e não por *Fiat*, querendo com isso dizer que suas

¹⁴ RAMOS apud. DWORKIN Ronald. Op.cit p. 135.

¹⁵ RAMOS apud. DWORKIN Ronald. Op.cit p. 135.

decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz de maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição.

Como um defensor do pensamento moralista, Dworkin propõe que o magistrado se utilize da interpretação considerando fatores externos as características da lei, ou seja, ao interpretar o juiz deve levar basear-se na cultura local, nos preceitos de igualdade como forma de aproximar sua decisão à justiça. No entanto essa interpretação não pode ser desmedida e equivocada levando em consideração apenas um ideal de justiça.

A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo como do passivismo, não cede espaço algum a tirania¹⁶.

Nesse ponto começamos a nos preocupar com a possibilidade de surgir uma instância hegemônica, suprema, capaz de dirimir sob todos os anseios do povo, representando-os de maneira indireta sem dependência ao conceito de elegibilidade amparado pelo sufrágio universal. É o poder judiciário avançando na contramão da divisão de poderes da administração e atuando nas instâncias em que deveria haver a atuação do legislativo ou do executivo.

Segundo o ex-ministro Gueiros¹⁷, “o ativismo como conduta habitual, torna-se princípio e caminha para a formação de material jurídico positivo. A aplicação do direito é produção de direito como norma agendi”.

Ou seja, o ativismo do juiz não pode ser visto como uma

¹⁶ RAMOS apud. DWORKIN Ronald. Op.cit p. 135.

¹⁷ GUEIROS. Op.cit.

maneira suficientemente capaz de carrear em seu bojo as atividades exclusivas do poder legislativo e do poder judiciário, sob pena de se violar a Constituição Federal e também de estar se permitindo o surgimento de uma nova modalidade de elaboração de leis.

Por certo, acreditamos que a decisão ativista servirá de modelo para outras tentativas de soluções para casos semelhantes, levando também a servir de modelo para novas decisões. É basicamente uma espécie *sui generis* de jurisprudência.

Em leitura obrigatória, a obra de Miguel Reali, a filosofia jurídica propõe uma análise sob a atividade de interpretação do magistrado sentenciando que a interpretação feita pelo não pode ser meramente um ato de repensar aquilo que já foi pensado, mas sim o de dar continuidade ao que já começaram a pensar¹⁸:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado *livre*, não perante a lei e aos fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido *objetivamente válido* de um preceito, não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber *pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence.

Mutatis mutandis aceitamos com bons olhos o ativismo judicial como atuação primordial e necessária no momento de decidir pela lei ou pela justiça. E não apenas isso, trata-se de um divisor de águas entre o positivismo de Norberto Bobbio e a proposta de uma atuação mais presente na sociedade do poder judiciário moderno.

Segundo Barroso¹⁹, ao opinar sob o assunto, chega-se a conclusão de que “o ativismo judicial, expressa uma postura do

¹⁸ REALI, Miguel. Filosofia do direito. Editora Saraiva. 19ª Edição. Ano 1999.

¹⁹ BARROSO. Op.cit. p.11

intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”.

3. CARACTERÍSTICAS POSITIVAS E NEGATIVAS DO ATIVISMO

É inegável que o Estado contemporâneo ganhou um aumento em sua atividade governamental na medida em que suas atribuições cresceram e crescem de modo considerável a cada ano.

O Estado, enquanto garantidor do pacto democrático acabou por não dar o devido suporte a questões que no Brasil ensejou a carta constitucional de 1988; muito embora o referido diploma acompanhasse a nova visão do direito que se opunham as atrocidades causadas pela 2ª guerra mundial e a matança do período estalinista, o Estado brasileiro não conseguiu avançar na aplicação irrestrita do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa função protetora e/ou garantidora atribuída ao Estado encontra agasalho nos artigos 1º inciso III, da Constituição Federal por onde resolveu o legislador consolidar que “a dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. E mais, figura entre seus objetivos, nos termos do artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de promover o bem de todos cabendo essa função em última instância ao Poder Judiciário. Pelo que se depreende do texto constitucional, a justiça é o bastão da defesa da dignidade humana.

Com isso, atingimos o cerne do problema: de um lado temos o texto constitucional escrito e promulgado que dentre seus principais artigos aparecem aqueles que fazem uma série de promessas ao cidadão e de outro lado o magistrado como *front* dos problemas sociais, sendo cobrado a decidir já que estabelecer a justiça é sua principal função. E mais, ao olhar para os lados

nos deparamos com o povo, expectadores dessa batalha.

Em razão dessa cena surge o ativismo judicial como protagonista amado e odiado pelo ordenamento jurídico, de modo a apresentar para uns a perspectiva de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e, para outros, o golpe fatal em um sistema, desde que foi criado caminha sobre a corda bamba.

Antes de adentrar especificamente nas características positivas e negativas do ativismo judicial, oportuno destacar que a doutrina identifica duas espécies de ativismo: o inovador por onde o juiz cria uma norma, um direito; e o revelador quando a criação se dá a partir dos valores e princípios constitucionais ou ainda partindo de uma lacuna deixada pela lei.

Passando a análise dos argumentos contrários ao ativismo judicial, a legitimidade democrática do poder judiciário é aquele mais comumente utilizado por seus opositores. Segundo a corrente contrária ao ativismo os tribunais não teriam legitimidade democrática para se rebelarem contra atos que foram constituídos pelos poderes eleitos pelo povo.

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?²⁰

Para Luis Flávio Gomes²¹ o ativismo judicial que vem sendo praticado pelo STF apresenta uma série de riscos para a sociedade; segundo o autor, o ativismo judicial aparentemente se apresenta como um mau comportamento do judiciário:

O novo ativismo judicial (do STF) está impregnado de vários riscos. O primeiro reside no enfraquecimento da democracia. Os parlamentares são os legítimos e diretos representantes do

²⁰ ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19512> apud GARGARELA, 1996, Apud, CRITSINELIS, Marcos Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro. 2003. América Jurídica. p. 28.

²¹ GOMES, Luis Flávio. *Nepotismo: o STF pode legislar?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11718>>

povo. Seu produto legislativo, portanto, quando compatível com a Constituição, é muito mais democrático que uma norma do judiciário. Atuando o STF como "legislador ativo", há sempre também o risco de "aristocratização do Direito" (ou seja: o Direito pode derivar de uma casta elitizada, não da vontade dos representantes do povo). Conforme a composição do STF pode-se ademais descambar para uma "hipermoralização do Direito" (que significa priorizar as regras morais sobre o direito positivado). Caso os magistrados do STF venham a se engajar com as ondas involutivas do Estado de Polícia, há também o risco de "hitlerização do Direito" (direito nazista). Se conferirem primazia para a religião, em detrimento das regras jurídicas, há o risco da "fundamentalização do Direito" (direito fundamentalista). Se não observarem nenhuma regra vigente no momento das decisões, pode-se chegar à "alternativização do Direito" (direito alternativo). O Direito construído pelo STF, de outro lado, pode resultar absurdamente "antigarantista".

Em continuidade, Elival da Silva Ramos também aponta que o ativismo judicial coloca em risco o princípio da separação dos poderes na medida em que o judiciário avança no exercício de uma função que não apresenta previsão constitucional, pelo contrário, a previsão existente é para o exercício de outro poder e não o judiciário.

Nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes²².

De fato a preocupação doutrinária frente ao fenômeno do ativismo judicial se apresenta de maneira robusta ao considerar ofensa à legitimidade democrática e a separação dos poderes. No entanto, convém destacarmos a corrente que identifica os fatores positivos do ativismo judicial.

²² RAMOS. Op.cit. p. 120

O professor Silvio Dobrowolski²³ em artigo apresentado para o acervo da Universidade Federal de Santa Catarina apresenta com clareza como deve se portar o poder judiciário alicerçado nos pilares do constitucionalismo moderno:

Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sóciopolítica dos dias presentes. É compreensível uma Justiça “quase nula”, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade. Em vez do Judiciário fraco da doutrina tradicional da separação de poderes, deve tornar-se o terceiro gigante, como o define MAURO CAPPELLETTI, para manter o equilíbrio de forças, necessário aos controles recíprocos entre os poderes do Estado e ao controle dos poderes sociais e econômicos²⁴.

Para Dobrowolski o princípio da separação dos poderes não pode se tornar um empecilho para a efetivação dos direitos fundamentais na medida em que a própria Constituição de 1988 deixa clara sua intenção de ter um judiciário ativo.

Aliás, a ativação deste Poder é desejada pela própria Constituição de 1988. Além de conceder as vias processuais comuns, para o controle da Administração, a Lei Magna defere outros remédios poderosos para tal fim. São eles o “habeas-corpus”, como tutela do “jus libertatis”, o “habeas-data”, relativo a dados pessoais, e o mandado de segurança individual e coletivo, para proteção de outros direitos não amparados pelos dois primeiros. É possível, através desses instrumentos, corrigir ilegalidades praticadas pelos agentes administrativos, de maneira

²³ DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade ativismo judicial no estado contemporâneo – Revista nº 31. Universidade Federal de Santa Catarina. Ano 1995. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1095-1109-1-PB.pdf>

²⁴ DOBROWOLSKI, Op.cit. p. 08

pronta e eficaz, com a restauração rápida do império da lei. Acaso não desejasse a Constituinte uma Justiça eficiente e ágil, teria se omitido em lhe conceder tais meios, que são adequados exatamente para a imediata correção das violações a direitos²⁵.

Outro defensor do fenômeno chamado ativismo judicial é o ilustre Professor Luís Roberto Barroso, titular da cadeira de direito constitucional da UERJ afirmando 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. 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, notadamente em matéria de políticas públicas²⁶.

As palavras da professora Gisele Cittadino não poderiam ser esquecidas uma vez que a autora estabelece um vínculo entre a democracia e o ativismo judicial por onde se verifica a expansão do poder judicial devendo tal expansão ser vista como um reforço da lógica democrática²⁷. Segundo Cittadino, o ativismo judicial passa a ser visto como um fator positivo em razão do compromisso assumido entre o Poder Judiciário e a soberania popular por algumas razões:

O processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face da sua natureza coletiva

²⁵ DOBROWOLSKI, Op.cit. p. 09

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 06. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>

²⁷ CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano 110, Nº 2 e Ano 111, Nº 3 -2001-2002. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>

e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolvera classe política, fenômeno já descrito como "criminalização da responsabilidade política"; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas, podemos compreender por que a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática²⁸.

Logo, a crítica fundamental estabelecida pelos opositores ao ativismo judicial perde sua robustez quando analisada sob a ótica do pacto que se estabelece entre o poder judiciário e a sociedade. Enquanto acreditam os conservadores que o ativismo fere o estado democrático de direito, pela conclusão que se extrai das citações acima apresentadas, o ativismo judicial é um meio de reavivar e consolidar tal princípio.

Por essa corrente capitaneada por Barroso, o ativismo judicial seria tal qual um reforço à democracia de modo a sustentar o Estado Democrático de Direito traçando um paralelo entre a Constituição e os princípios que a regem com a finalidade precípua de interpretar em razão da inércia e ineficiência de algum outro poder.

Note-se que não se pode confundir o ativismo judicial com a atuação do poder judiciário nos casos em que há a inconstitucionalidade por omissão com a conseqüente troca de sujeito apresentada por Walther Claudius Rothemburg²⁹. Segundo tal teoria o que mais importa é fazer cumprir aquilo que foi disposta

²⁸ CITTADINO, Op. cit. p.10

²⁹ ROTHEMBURG. Walther Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. Editora RT.

na Constituição independente da observância por quem ou, por qual poder, será efetivada tal obrigação, ou seja, a inércia do poder que possuía competência residual para tal atividade resultaria em sua troca pela atuação do poder judiciário – esse inclusive seria o fundamento a ação por inconstitucionalidade.

Em conclusão, Guilherme Amorim Campos da Silva³⁰ assevera que “no âmbito do constitucionalismo moderno, a realização dos direitos humanos e dos direitos sociais constitui-se em condição legitimadora de qualquer ordem jurídica estabelecida (2004, p. 39)”.

Talvez por essa razão o ativismo judicial ganha espaço nos corredores forenses por se tratar de um fenômeno que coloca em debate a efetividade das normas constitucionais que se apresentam apenas no texto da Constituição, ficando sua aplicabilidade esperando por programas futuros que muitas vezes nem sequer são apresentados para a sociedade.

4. O STF: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDENCIA ATUAL

Ultimamente o papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição tem sido contestado veementemente em face das últimas decisões que levantou a antiga discussão sobre uma possível atuação ativista deste Tribunal.

Reconhecido pela Constituição Federal como órgão máximo do poder judiciário brasileiro, o STF detém uma série de competências sendo possível destacar o controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, em caso de violação ou na iminência disso acontecer, o STF é chamado para processar e julgar se a questão prática assim determinar.

Composto por onze ministros, o STF tem recebido a direção dos holofotes da mídia em virtude dos últimos julgados

³⁰ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Editora Método, 2004.

que para alguns essas decisões não passavam de mera interpretação e para outros o exercício do ativismo judicial. Nesse contexto vale destacar que a escolha de seus ministros se dá por indicação do presidente da república e por conta disso emerge enorme preocupação quanto à independência desses ministros e de suas decisões, afinal, se trata aparentemente de um poder político.

Abordando com maiores detalhes, a postura ativista que o STF vem adotando pode ser claramente identificada em casos como o da fidelidade partidária declarando que vaga conquistada no congresso nacional pertence ao partido político e não a seu candidato; a verticalização, também da seara do direito eleitoral, foi uma decisão que declarou a inconstitucionalidade de uma emenda que apresentava novas regras para a corrida eleitoral com as eleições em menos de um ano da vigência dessa emenda.

Em outras situações, como aquelas em que demandam pessoas com necessidades diferenciadas da coletividade cuja integridade da vida depende de medicamentos, cirurgias e/ou tratamentos não previstos para a sociedade em geral. Oportuno fazer menção em sede de controle difuso, a derrota sofrida pelo governo em relação ao tema da correção monetária incidente sobre as contas de FGTS durante o Plano Verão e Plano Collor.

Apesar de serem consideradas ativistas todas as decisões que acima foram superficialmente apresentadas, demonstram a nosso ver, a preocupação do STF em adaptar os princípios constitucionais às decisões que carecem de um posicionamento moderno da doutrina, ou seja, são questões novas, surgidas em decorrência do avanço da sociedade e da ocorrência de uma nova necessidade.

Para aqueles que se preocupam com a violação do princípio da separação dos poderes, o ativismo judicial representa um forte aliado à conformação dos ideais constitucionais pelo fato do poder judiciário atuar onde outros poderes deveriam tê-

lo feito. Segundo Barroso³¹:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica.

Sendo assim, passaremos a analisar especificamente a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede do caso que ficou conhecido como o conflito indígena da aldeia Raposa Serra do Sol no Estado de Roraima. Tal decisão foi proferida no ano de 2007 cujo conteúdo resguardava e protegia o direito dos índios que ocupavam esse lugar.

4.1. O STF E A RAPOSA SERRA DO SOL: ATIVISMO JUDICIAL - UMA ANÁLISE REFLEXIVA.

O fato ocorreu no estado de Roraima na área conhecida por Raposa Terra do Sol cuja extensão territorial ocupava aproximadamente 1.678.800 hectares e abrigava a população indígena das etnias macuxi, wapixana, ingarikó, taurepang e patamona.

Segundo informações do ministério da justiça a demarcação dessa área deu início na década de 70 em face da ocupação de boa-fé de plantadores de arroz e criadores de gado. Afirma o ministério que essas pessoas, não índios, foram removidas de forma pacífica e indenizadas pelas instalações que ali haviam constituído. Vale destacar que a decisão que optou pela retirada de não índios se amparava em estudos antropológicos e fundiários que confirmavam se tratar essa região de uma alocação indígena.

Por conta dessa ocupação, os índios que habitavam aquela região pleitearam do poder judiciário a demarcação da terra indígena e assim, no ano de 1998, o ministério da justiça

³¹ BARROSO, Op.cit, p. 09

por meio de portaria declarou a posse permanente da área sob litígio como sendo de posse permanente dos índios daquelas etnias que ali viviam.

A portaria do ministério da justiça obviamente não agradou a todos, principalmente aqueles que se sentiram lesados em face das diretrizes que esse documento continha, tal como a utilização da área apenas por povos indígenas. Como decorrência dessa portaria o poder judiciário passou a receber uma série de ações com o objetivo de reverter essa situação sendo inclusive proferidas algumas liminares favoráveis a não índios.

Uma crise se instalou no estado que colocava frente a frente interesses da sociedade em geral e dos índios – sem solução pacífica ambos pegaram em armas e a gravidade do problema passava a tomar rumo ao descontrole total.

A FUNAI, entidade representativa e de apoio ao indígena socorreu-se de uma reclamação ao STF pedindo que fossem suspensas as ações que reivindicavam o direito à posse daquela terra sob litígio e, declarando-se competente, o STF passa a julgar e a dirimir sobre todas as ações judiciais que contestavam a demarcação.

Obviamente a crise ganhava proporções na esfera política uma vez que reduzia a competência do estado de Roraima e ampliava os poderes do STF para julgamento dessa demanda. O objeto das demandas questionava a constitucionalidade da demarcação que outrora havia sido feito.

Por fim, no ano de 2009 o STF declara a constitucionalidade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, mas com a imposição de alguns elementos condicionantes³² para que essa decisão emanasse seus efeitos.

Nas palavras de Érica Magnani Yamada e Luiz Fernando Villares o desenrolar da crise com a consequente declaração de

³² Ver Anexo 01

constitucionalidade se resume da seguinte forma³³:

A substituição administrativa da Portaria n. 820/1998 pela edição de uma nova Portaria do Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, Portaria n. 534/2005, que procurava conciliar os diversos interesses envolvidos sem deixar de reconhecer por inteiro o território indígena, possibilitou a homologação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol através do Decreto de 15.04.2005. Em trabalho coordenado entre os Poderes Executivo e Judiciário, a nova Portaria e a homologação possibilitaram que o STF apreciasse todos os processos judiciais sobre o caso, decidindo pela sua extinção dada a perda do objeto, ou seja, porque a Portaria n. 820 – fundamento da ação popular, das liminares e das ações possessórias – deixava de existir. Decisão depois confirmada definitivamente no julgamento das Reclamações n. 2833, 3331 e 3813 em junho de 2006. Finalmente em 2009, o STF apreciou o mérito da questão no julgamento de uma medida cautelar ajuizada pelos ocupantes quando o Poder Executivo iniciou os trabalhos de desocupação da terra indígena, colocando um ponto definitivo no caso.

Pelo que se verifica, a postura ativista do STF se desperta na medida em que esse órgão passa a legislar criando um direito e uma norma que restringia o poder executivo na demarcação do que fosse conveniente ao se tratar dos limites das etnias indígenas bem como passaria a atuar no âmbito das atribuições do poder legislativo na medida em que este não conseguiu entregar para a sociedade o Estatuto do Índio.

Outro ponto que convém destacar dentro das inovações trazidas pela decisão do STF sobre o caso da demarcação de terras indígenas Raposa Terra do Sol são as condições estabelecidas para cumprimento da parte dos índios, para que essa limitação fronteiriça fosse respeitada.

³³ YAMADA, Érica Magami e VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. Revista Direito GV. São Paulo p. 143-158. Disponível em <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv1/08.pdf>

Nos termos do artigo 231 da Constituição Federal³⁴, o índio tem algumas garantias previstas pela Constituição Federal que em tese deveriam ter sido respeitadas pelo STF, no entanto, face as condicionantes que foram determinantes aos índios, muitas dessas garantias foram esquecidas e colocadas em segundo plano como, por exemplo, a condicionante número XVII que veda a terra indígena demarcada.

CONCLUSÃO

Em face das considerações expostas, o ativismo judicial é um fenômeno que merece toda atenção do poder judiciário e da sociedade de um modo em geral por se tratar uma atuação de magistrados colegiados ou não, que influem diretamente na vida

³⁴ BRASIL. Op. cit. Artigo 231 - 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 efetivadas 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.

do cidadão, haja vista as decisões cujo efeito se dá *inter partes* que não se fundamenta em conformidade com o ordenamento pátrio, mas sua efetividade alcança a pretensão daquele que a invocaram com a máxima qualidade.

É certo que o abuso dessas decisões *sui generis* podem ocasionar uma crise entre os poderes previamente definidos pela Constituição Federal e transformar aquilo que deveria ser benéfico em algo prejudicial à harmonia social.

O ativismo judicial não é um tema novo nos corredores forenses espalhados pelo país, mas todas as vezes que sua aplicação vem fundamentar alguma decisão judicial, o clima de insegurança e incerteza volta a pairar sobre o ordenamento jurídico.

Os pontos positivos e negativos são substanciais e merecem um estudo aprofundado pela doutrina quanto à vantagem ou não de se permitir a modulação ou ainda a criação de alguma norma com o uso do ativismo judicial.

De plano não podemos condená-lo nem atribuir ao ativismo judicial o título de salvador ou de inimigo do ordenamento jurídico brasileiro, e mais, da sociedade brasileira como um todo que sofre pela ineficiência política em diversos setores da sociedade.

Não podemos também deixar de valorizar a atuação positiva de magistrados que se fundam no ativismo judicial e aplicam aquelas que seriam “normas programáticas” da Constituição Federal em face da dignidade humana.

Cabe-nos refletir se a efetivação dos direitos e garantias constitucionais, necessita que o processo para se chegar a tanto seja de observância obrigatória ou, se independente da forma, a efetivação de tais direitos deve caminhar como meta principal.

Obviamente os preceitos constitucionais deveriam ser respeitados em sua completude e não apenas um ou outro dispositivo, principalmente no que se verifica dos direitos e garantias fundamentais. Se assim fosse, provavelmente não se discutiria o

ativismo judicial uma vez que este seria um absurdo jurídico. Ora, se ambos os poderes cumprissem com suas determinações impostas por lei e dessem o suporte devido ao cidadão, não seria necessária a intervenção de um poder estranho ao tipo legal com a finalidade de atuar onde o obrigado deixou de fazê-lo.



BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19512> apud GARGARELA, 1996, Apud, CRITSINELIS, Marcos Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. Rio de Janeiro. 2003. *América Jurídica*. p. 28.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar. Petição 3388/RR, Pleno. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje 181. Divulgação 24/09/2009. Publicação 25/09/2009. Ementário 2408-2.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf
- CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano 110, Nº 2 e Ano 111, Nº 3 -2001-2002. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>

- DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade ativismo judicial no estado contemporâneo – Revista nº 31. Universidade Federal de Santa Catarina. Ano 1995. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/1095-1109-1-PB.pdf>
- FILHO, José dos Santos Carvalho, Ativismo Judicial e Política, Revista Jurídica Consulex, Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.
- GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.BR/revista/texto/12921>>
- GOMES, Luis Flávio. Nepotismo: o STF pode legislar? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11718>>
- LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. BDJur, Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>> apud BERIZONCE, Roberto C. p. 02.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Tradução: Roberto Leal Ferreira. Editora Martin Claret. 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Ed. Saraiva. 2011.
- REALI, Miguel. Filosofia do direito. Editora Saraiva. 19ª Edição. Ano 1999.
- ROTHEMBURG. Walther Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. Editora RT.
- SILVA. Guilherme Amorim Campos Da. Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Editora Método, 2004.
- YAMADA, Érica Magami e VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. Revista Direito GV. São Paulo p. 143-158. Disponível em <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv11/08.pdf>

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. 01/08/09. Disponível em
<<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>

ANEXO 01 – CONDICIONANTES DA DECISÃO SOBRE A DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL³⁵

- (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, §2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, §6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;
- (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;
- (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
- (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados e independentemente de consultas às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;
- (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar. Petição 3388/RR, Pleno. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje 181. Divulgação 24/09/2009. Publicação 25/09/2009. Ementário 2408-2.

pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI;

(x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

(xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço público, tenha sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

(xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº6. 001/1973);

(xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, §1º, Lei nº 6.001/1973);

(xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo da riqueza naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, §3º, da CF/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo à cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, CF/88); e.

(xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observadas a fase que se encontrar o procedimento.